

Contabilidad y Tributación. CEF

Revista mensual núm. 443 | Febrero 2020

ISSN: 1138-9540



Persecución de delitos fiscales tras una liquidación exculpatoria

Pedro Manuel Herrera Molina y Ada Tandazo Rodríguez

Análisis de la jurisprudencia del IVA en 2019

Antonio Longás Lafuente

Limitación a los gastos financieros en operaciones LBO

Ana María Cremades Cano

Tributación de las IIC y de sus socios o partícipes

Eduardo Sanz Gadea

Estado actual de los trabajos de la OCDE en materia de economía digital

David Vilches de Santos

Análisis práctico de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del ICAC, sobre criterios de presentación de los instrumentos financieros y operaciones societarias (IV)

Juan Manuel Pérez Iglesias y Ginés Sánchez Iniesta

La obligación de ser socialmente transparente: el estado de información no financiera

Isabel María García Sánchez, María Pilar
Martín Zamora y Lázaro Rodríguez Ariza



Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

Núm. 443 | Febrero 2020

Directora editorial

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

Consejo de redacción

Director	Alejandro Blázquez Lidoy. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. URJC
Subdirectora (tributación)	María Luisa González-Cuéllar Serrano. Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. UC3M
Subdirectora (contabilidad)	María Consuelo Pucheta Martínez. Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Jaume I

Coordinadoras

M.^a José Leza Angulo. Área tributaria del CEF
Berta Gaubert Viguera. Área contable del CEF

Consejo asesor

Eladio Acevedo Heranz. Presidente del Ilustre Colegio Central de Titulados Mercantiles y Empresariales
Sotero Amador Fernández. Profesor de Contabilidad del CEF
Carolina del Campo Azpiazu. Socia de Cuatrecasas Madrid
Inocencio Carazo González. Socio Director de Insesa Concursal Abogados
Juergen B. Donges. Catedrático de Ciencias Económicas. Universidad de Colonia
María Antonia García Benau. Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia
Beatriz García Osma. Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Carlos III
Alberto García Valera. Inspector de Hacienda del Estado
Begoña Giner Inchausti. Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia
José Antonio Gonzalo Angulo. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá
Lorenzo de las Heras Miguel. Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España
Pedro Manuel Herrera Molina. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UNED
Clara Jiménez Jiménez. Socia de Pérez-Llorca Abogados
Manuel Lucas Durán. Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alcalá
Luis Alberto Malvárez Pascual. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva
Diego Martín-Abril Calvo. Socio Gómez Acebo y Pombo. Inspector de Hacienda (excedente)
Javier Martín Fernández. Catedrático de la UCM y Socio Director de F&J Martín Abogados
Miguel Ángel Martínez Lago. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UCM
Francesco Moschetti. Profesor de la Universidad de Padua y Despacho Tributaria Studio Legale Tributario
Enrique Ortega Carballo. Socio Gómez Acebo y Pombo. Inspector de Hacienda (excedente)
Carlos Palao Taboada. Abogado Montero-Aramburu
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
Juan Manuel Pérez Iglesias. Inspector de Hacienda del Estado
Ferrán Rodríguez Arias. Presidente del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España
Enrique Rubio Herrera. Presidente del ICAC
Luz Ruibal Pereira. Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Santiago de Compostela
José Andrés Sánchez Pedroche. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UDIMA
Jesús Sanmartín Mariñas. Presidente del Registro de Economistas Asesores Fiscales de España
Enrique Villanueva García. Profesor titular de Economía Financiera y Contabilidad. UCM

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 (2020) (11 números) 160 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistacef@cef.es
Edición digital: www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm
Depósito legal: M-1947-1981
ISSN: 1138-9540
ISSN-e: 2531-2138

Imprime

Artes Gráficas Coyve, SA
C/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2020 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Sumario

Tributación

Estudios

- ¿Puede perseguir la inspección un supuesto delito fiscal después de haber dictado liquidación sin apreciar indicios delictivos? A propósito de la STS de 25 de septiembre de 2019 5-30
Can tax authorities report tax crimes after a tax assessment which does not find any evidence of a crime? Judgment of the Spanish Supreme Court of September 25, 2019
 Pedro Manuel Herrera Molina y Ada Tandazo Rodríguez
- Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de IVA en 2019 31-72
Analysis of Supreme Court and the EU Court of Justice VAT case law in 2019
 Antonio Longás Lafuente
- La limitación de la deducibilidad de gastos financieros en operaciones de adquisición apalancadas de empresas (LBO) en el impuesto sobre sociedades 73-106
Limitation on interest deductions in leveraged buyouts operations in the corporation tax
 Ana María Cremades Cano
- @ Tributación de las rentas obtenidas por las instituciones de inversión colectiva (IIC) y sus partícipes 107-116
Taxation of revenues obtained by collective investments institutions (IIC) and its partners
 Eduardo Sanz Gadea
- @ Estado actual de los trabajos de la OCDE en relación con los desafíos de la economía digital 117-120
Current state of OECD work on the challenges of the digital economy
 David Vilches de Santos

Análisis doctrinal y jurisprudencial

- La exigencia de sanciones a los responsables tributarios en los supuestos en los que el deudor principal prestó conformidad en los términos del artículo 41.4 de la LGT: inexigibilidad al responsable de la reducción por conformidad (Análisis de la RTEAC de 30 de octubre de 2018, RG 5214/2016, que reitera otra RTEAC de 27 de septiembre de 2018, RG 1443/2016) 121-124
 Manuel Mejías Mondelo
- El TS prohíbe el dictado de providencias de apremio en defensa del crédito tributario contra la masa (Análisis de la STS de 20 de marzo de 2019, rec. núm. 2020/2017, y la consecuente RTEAC de 24 de septiembre de 2019, RG 303/2017) 125-135
 Rosa Fraile Fernández
- Efecto interruptor de la prescripción del acuerdo de ampliación de actuaciones adoptado una vez superado el plazo máximo de duración del procedimiento de inspección (Análisis de la STS de 10 de julio de 2019, rec. núm. 2220/2017) 136-143
 Ángel Puerta Arrúe
- Los sujetos obligados al pago de un tributo local por contrato se hallan legitimados para proceder a su impugnación (Análisis de la STS de 30 de octubre de 2019, rec. núm. 3738/2018) 144-152
 Neus Teixidor Martínez



Casos prácticos

- Ⓐ Supuestos prácticos del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores Tributarios de la Generalitat de Catalunya (y II) 153-154
Rafael Enric Herrando Tejero

Contabilidad

Estudios

- La obligación de ser socialmente transparente: el estado de información no financiera 155-192
Obligation to be socially transparent: the non-financial information statement
Isabel María García Sánchez, María Pilar Martín Zamora y Lázaro Rodríguez Ariza
- Análisis práctico de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del ICAC, sobre criterios de presentación de los instrumentos financieros y operaciones societarias (IV) 193-260
Practical analysis of the ICAC Resolution of March 5, 2019, on criteria for the presentation of financial instruments and societary operations (IV)
Juan Manuel Pérez Iglesias y Ginés Sánchez Iniesta

Análisis doctrinal

- Tratamiento contable de un acuerdo firmado por una empresa con un proveedor para la fijación del precio de las existencias que se compromete a adquirir en un determinado plazo (Análisis de la consulta 4 del BOICAC 115, de septiembre de 2018) 261-263
Carlos Calderero Parlange
- Tratamiento contable de la venta de unas parcelas (NRV 4.^a) (Análisis de la consulta 2 del BOICAC 118, de junio de 2019) 264-268
Javier López Aguilar

Casos prácticos

- Ⓐ Ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Técnico de Administración Pública (rama económica) al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos 269-270
Fernando Vallejo Torrecilla

Normas de publicación 271-272

- Ⓐ | Solo disponible en <www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>

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 <<http://www.fiscal-impuestos.com>>.



¿Puede perseguir la inspección un supuesto delito fiscal después de haber dictado liquidación sin apreciar indicios delictivos?

A propósito de la [STS de 25 de septiembre de 2019](#)

Pedro Manuel Herrera Molina

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
UNED

Ada Tandazo Rodríguez

Profesora tutora de Derecho Financiero y Tributario.
Centro de Estudios Ramón Areces

Extracto

La regulación del delito fiscal presenta unas peculiaridades dirigidas a reforzar la posición de la Administración para recaudar las deudas defraudadas. ¿Resulta compatible este régimen con la posibilidad de denunciar un posible delito después de haberse dictado liquidación? El artículo 197 bis.2 del Reglamento de aplicación de los tributos permitía «apreciar» indicios delictivos «en cualquier momento». Tal precepto ha sido anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2019. Esta postura se discute, con vehemencia, en un voto particular. Pensamos –siguiendo al tribunal– que el precepto era ilegal por infringir el régimen previsto en la Ley General Tributaria. En la actualidad, sigue existiendo un deber de denuncia (art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero este queda limitado a los supuestos en que aparezcan nuevas pruebas y no implica la potestad para iniciar un nuevo procedimiento de comprobación. Por otra parte, aunque ofrezca ciertas dudas, parece posible una interpretación finalista del artículo 305.4 del Código Penal que admita una regularización penal ante los órganos judiciales después de haberse dictado liquidación.

Palabras clave: delito fiscal; denuncia; liquidación; regularización.

Fecha de entrada: 23-12-2019 / Fecha de aceptación: 10-01-2020

Cómo citar: Herrera Molina, P. M. y Tandazo Rodríguez, A. (2020). ¿Puede perseguir la inspección un supuesto delito fiscal después de haber dictado liquidación sin apreciar indicios delictivos? A propósito de la STS de 25 de septiembre de 2019. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 5-30.



Can tax authorities report tax crimes after a tax assessment which does not find any evidence of a crime?

Judgment of the Spanish Supreme Court of September 25, 2019

Pedro Manuel Herrera Molina

Ada Tandazo Rodríguez

Abstract

Legislation on tax crimes includes peculiarities to reinforce the position of tax authorities and grant the omitted payment of taxes. Is it possible for the Tax Authorities to report tax crimes after a tax audit is completed without finding any evidence of a crime? Article 197 bis.2 of the General Regulation on Tax Audits empowered tax authorities to assess crimes «at any moment». The Spanish Supreme Court has declared this rule void (with a vocal dissenting opinion). In our view, the provision clashed against the rules of the General Tax Act. Currently, tax authorities must report tax crimes when they receive new proofs (Article 262 Criminal Procedure Act) but cannot bring into motion a new audit. It is doubtful whether the taxpayer can adjust his tax situation without criminal consequences after a completed tax audit. A teleological interpretation could support an affirmative answer. In any case, only criminal courts could appreciate this circumstance.

Keywords: tax crime; crime report; tax assessment; tax adjustment.

Citation: Herrera Molina, P. M. y Tandazo Rodríguez, A. (2020). ¿Puede perseguir la inspección un supuesto delito fiscal después de haber dictado liquidación sin apreciar indicios delictivos? A propósito de la STS de 25 de septiembre de 2019. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 5-30.

Sumario

1. Planeamiento
 - 1.1. Objeto y método
 - 1.2. Finalidad del precepto anulado
 - 1.3. Tono *melodramático* de la sentencia y del primer voto particular
2. Modalidades de liquidaciones y sanciones para las que resultaba relevante el precepto anulado
 - 2.1. Cuestión planteada
 - 2.2. Liquidaciones derivadas de la apreciación de indicios delictivos
 - 2.3. Liquidaciones definitivas dictadas sin haberse apreciado indicios de delito
 - 2.4. Liquidaciones provisionales derivadas de comprobaciones limitadas o de actuaciones inspectoras de carácter parcial
3. Ausencia de habilitación legal e infracción del régimen previsto en la LGT por parte del precepto anulado
 - 3.1. Los argumentos de la sentencia se reconducen a la infracción del régimen previsto en la LGT
 - 3.2. El voto particular interpreta que el precepto permitía «reapreciar» los hechos reflejados en la liquidación para apreciar indicios de delito, pero exigía requisitos adicionales de carácter formal
 - 3.3. Posibilidad de haber salvado la legalidad del precepto mediante una interpretación correctiva (exigencia de nuevas pruebas como presupuesto para practicar la denuncia)
 - 3.3.1. Formulación e inconvenientes de una hipotética interpretación correctiva
 - 3.3.2. *Excursus*: otros preceptos reglamentarios impugnados que han sido objeto de interpretación correctiva por la sentencia
4. La discutible necesidad del precepto anulado para garantizar la persecución del delito fiscal y preservar el deber de contribuir (comentario crítico al primer voto particular)
5. La supuesta tensión del precepto anulado con otros mandatos legales (comentario crítico a la sentencia)
 - 5.1. Posible inobservancia de las normas sobre revisión de actos administrativos firmes
 - 5.2. Posible incompatibilidad con la prohibición de *non bis in idem*
 - 5.3. Posible transgresión del principio de confianza legítima



6. Efectos de la sentencia sobre la posibilidad de denunciar después de haber dictado liquidación sin apreciar indicios delictivos y sobre la posibilidad de regularizar tras dicha liquidación
 - 6.1. Sobre la posibilidad de denuncia de la Administración tributaria o de un tercero con posterioridad a la liquidación
 - 6.2. Posibilidad de regularizar la deuda correspondiente al delito después de que se haya dictado liquidación definitiva

7. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Nota: Los autores agradecen las valiosas observaciones de Carlos Palao Taboada, sin que esto suponga que suscriba nuestros argumentos ni sea responsable de nuestros posibles errores.

1. Planeamiento

1.1. Objeto y método

La configuración del delito fiscal presenta una serie de peculiaridades que refuerzan el papel de la Administración tributaria en el proceso penal. En este trabajo analizaremos la posibilidad de que la Administración persiga un supuesto delito contra la Hacienda pública después de haber dictado liquidación sin haber apreciado indicios delictivos.

Esta posibilidad tiene apoyo en el deber de denuncia previsto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, la reforma del Reglamento general de aplicación de los tributos (RD 1070/2017) estableció *–sin precisar un concreto presupuesto habilitante–* que «la *apreciación* de dichos indicios de delito contra la Hacienda pública, podrá tener lugar en cualquier momento, con independencia de que se hubiera dictado liquidación administrativa o, incluso, impuesto sanción...» (art. 197 bis.2).

Este último precepto ha sido anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 25 de septiembre de 2019 (rec. núm. 85/2018 –NFJ075067–). El TS considera que la citada norma carece de habilitación legal, se opone a la regulación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), contradice el principio de *non bis in idem*, lesiona el principio de confianza legítima y quebranta el régimen de revisión de actos administrativos firmes. En cambio, uno de los dos votos particulares de la citada sentencia discrepa de estos argumentos y afirma que el citado precepto constituía un elemento clave para garantizar la protección del deber constitucional de contribuir.

En este trabajo –además de analizar la sentencia– examinaremos el bien jurídico protegido por el delito fiscal y los supuestos en que la Administración puede perseguir tales delitos tras haber dictado liquidación definitiva, aunque se haya anulado el precepto reglamentario. Prestaremos especial atención a la posibilidad de practicar la denuncia a pesar de la anulación del precepto.

Como hemos comentado, la sentencia incorpora dos votos particulares. El primero, especialmente relevante (suscrito por los magistrados Maurandi Guillén y Toledano Cantero), considera que no debía haberse anulado el citado artículo 197 bis.2 del Reglamento de aplicación de los tributos (posibilidad de apreciar los indicios delictivos en cualquier momento). El otro, elaborado por el magistrado Díaz Delgado, entiende que sí debía haberse anulado el artículo 74.1 h) relativo a ciertos supuestos en que debía denegarse el certificado de estar al corriente de las obligaciones tributarias.

Hemos preferido no estructurar este trabajo en un comentario separado de la sentencia y de los votos particulares, pues consideramos mejor sistemática el ir analizando cada uno de los problemas jurídicos planteados.

Al seguir esta estructura –centrada en problemas y no en la estructura de la sentencia– corremos el riesgo de que el lector no pueda apreciar con claridad a qué pasajes de la sentencia o de los votos particulares nos referimos. Por este motivo hemos puesto especial empeño en referenciar cada uno de los pasajes citados.

1.2. Finalidad del precepto anulado

Antes de continuar con este estudio, conviene plantearse cuál era la finalidad del precepto anulado.

A posteriori cabe formular dos interpretaciones:

- a) La norma se limitaba a reiterar el deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si así fuese, el precepto resultaba superfluo.
- b) El reglamento añadía algo más al citado deber. En efecto, el precepto no mencionaba el mero deber de denuncia, sino la potestad de «apreciar» *en cualquier momento* indicios delictivos. Por tanto, parece afirmarse una permanente potestad de investigación tributaria –dentro del plazo de prescripción penal– que la norma no subordina a un específico presupuesto habilitante (como podría ser la aparición de nuevas pruebas).

Esta segunda interpretación podría matizarse en el sentido de que la Administración solo podía apreciar y denunciar el delito, después de haber desconocido su existencia en una inspección de carácter general, cuando llegaran a su conocimiento nuevas pruebas. Desde luego, es una interpretación razonable, pero –a nuestro juicio– no resulta obvia. Llegamos a esta conclusión a partir de los siguientes elementos:

- a) La literalidad del precepto. Ese no se refiere expresamente a la «denuncia», sino a la posibilidad de que la Administración «aprecie» la existencia de indicios delictivos «en cualquier momento», incluso después de haber dictado liquidación. Por tanto, las propias palabras del precepto admiten una nueva apreciación de tales indicios a partir del propio expediente de comprobación.
- b) Los antecedentes normativos. Ante las alegaciones críticas recibidas en el trámite de información pública la Dirección General de Tributos (DGT) contestó lo siguiente:

[...] la norma es clara y no se considera necesario modificarla [...] Siguiendo el mandato del artículo 250 LGT [...] el artículo 197 bis RGAT *describe las distintas situaciones* en las que se pueden apreciar esos indicios de delito,

teniendo en cuenta no solo el órgano actuante sino también el momento procedimental, señalando que estos indicios pueden apreciarse en cualquier momento, con independencia de que se haya dictado liquidación o incluso impuesto sanción¹ (la cursiva es nuestra).

De esta respuesta parece deducirse que los redactores del precepto no consideraban limitada su aplicación a los supuestos en que la Administración tuviera constancia de nuevos hechos no contemplados en la liquidación. La DGT afirma que se «describen las distintas situaciones en las que se pueden apreciar esos indicios de delito», pero, en realidad no se precisa en qué casos sería esto posible después de haberse dictado liquidación, sino, tan solo, que tales indicios «pueden apreciarse en cualquier momento».

c) Los argumentos reflejados en la sentencia y en el primer voto particular.

En cuanto a la sentencia, el fundamento jurídico (FJ) 4.º, apartado 3, describe con detalle los argumentos del abogado del Estado (la cursiva es nuestra):

[...] en cuanto a la contradicción entre el precepto reglamentario y los artículos 250 y siguientes de la Ley General Tributaria, afirma el abogado del Estado que el hecho de que tales preceptos solo regulen la tramitación que debe efectuar la Administración en el caso de apreciarse indicios de delito en el seno de un procedimiento inspector *no impide que tal apreciación y el consiguiente deber de denuncia se puedan producir en un momento distinto*, a cuyo efecto el precepto cuestionado encontraría habilitación legal en los artículos 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 95.3 y 165.1 (*sic*) de la Ley General Tributaria.

Así pues –en la medida en que la sentencia refleje fielmente los argumentos del abogado del Estado– la oposición al recurso no menciona la interpretación según la cual el precepto solo resultaría aplicable en caso de aparición de nuevas pruebas.

Por lo que se refiere al primer voto particular sostiene expresamente que:

[...] también se pueden dar casos en que el conocimiento de los indicios de delito fiscal sean posteriores, *bien porque no haya sido apreciado debidamente en el curso de las actuaciones*, bien porque se conozca posteriormente a las mismas, con ocasión de otras actuaciones (apartado 9, penúltimo párrafo, la cursiva es nuestra).

En definitiva, el propio voto particular que defiende la legalidad del precepto sostiene que dicha norma permitía volver a «apreciar» el expediente que dio lugar a la liquidación apreciando debidamente los hechos reflejados en el procedimiento inicial.

¹ Agradecemos a don Esaú Alarcón García, que nos haya facilitado esta documentación. Cfr. también su conferencia impartida en la UNED el 25 de noviembre de 2019: Alarcón García (25 de noviembre de 2019).

Por tanto, nos inclinamos por considerar que el precepto añadía algo más al deber de denuncia previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que no llevaba implícito un presupuesto habilitante basado en el descubrimiento de nuevas pruebas. Aunque estemos equivocados, existía un claro peligro de que un sector de la Administración lo interpretara de este modo, tal y como lo ha hecho el primer voto particular.

1.3. Tono *melodramático* de la sentencia y del primer voto particular

Una dificultad que encuentra el lector para valorar la sentencia y el primer voto particular es lo que podríamos llamar su carácter «melodramático»² o «pomposo»³.

Así, la sentencia incurre en un planteamiento hipergarantista⁴, considerando que el precepto impugnado no solo lesiona la regulación legal sino una larga lista de derechos y garantías del contribuyente: la prohibición de *bis in idem* (FJ 4.º, apartado 4.8), la confianza legítima (FJ 4.º, apartado 4.8 *in fine*) y el régimen legal de revisión de los actos tributarios (FJ 4.º, apartado 4.7).

Por su parte, el primer voto particular da la impresión de que el precepto anulado resultaba imprescindible para garantizar el deber de contribuir y la subsistencia del Estado social (apartado 2.º).

A nuestro juicio, este «dramatismo» lleva a la sentencia y al voto particular a poner el acento en principios que – pese a su indudable importancia en términos abstractos – no eran relevantes para decidir sobre la concreta legalidad del precepto reglamentario.

El único punto en que coinciden la sentencia y el voto particular es en la *falta de claridad y defectuosa técnica normativa* del precepto impugnado (FJ 4.º, apartado 4.1, de la sentencia y apartado 1 del primer voto particular). Ante esta circunstancia, hubiera sido conveniente realizar un esfuerzo suplementario para aclarar su sentido. Sin embargo, la sentencia y el voto particular parecen distraídos por los elementos melodramáticos y no se centran en precisar con argumentos técnicos cuál era el sentido del precepto ni cuáles serán las consecuencias de su nulidad.

² El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define «melodrama» como una «obra [...] en la que se acentúan los aspectos patéticos y sentimentales».

³ La Real Academia recoge dos acepciones de este término: «1. Ostentoso, magnífico, grave y autorizado. 2. adj. Hueco, hinchado y extendido circularmente».

⁴ Los planteamientos excesivamente garantistas del TS han sido criticados, con acierto, por Carlos Palao Taboada (2019, apartados 4.3.1 y 5.1, especialmente).

2. Modalidades de liquidaciones y sanciones para las que resultaba relevante el precepto anulado

2.1. Cuestión planteada

En este epígrafe nos planteamos una cuestión que no se menciona en la sentencia y que el voto particular trata de un modo que nos parece insatisfactorio⁵: ¿qué modalidades de liquidaciones y sanciones resultaban afectadas por el precepto anulado? Realizaremos este análisis partiendo de una idea antes expuesta: el artículo 197 bis.2 no se limitaba a reiterar el deber de denuncia previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que –en una de sus posibles interpretaciones– permitía realizar «en cualquier momento» una nueva valoración de los hechos reflejados en la liquidación.

2.2. Liquidaciones derivadas de la apreciación de indicios delictivos

Según el primer párrafo de la norma anulada:

La apreciación de dichos indicios de delito contra la Hacienda pública podrá tener lugar en cualquier momento, con independencia de que se hubiera dictado liquidación administrativa o, incluso, impuesto sanción.

Pues bien, en el caso de las «liquidaciones derivadas del delito» (art. 250.1 LGT) los indicios delictivos se denuncian inmediatamente, de modo que no procedía la invocación del precepto. Por tanto, su anulación no tiene consecuencias sobre estos supuestos⁶. Sin embargo, la norma sí resultaba aplicable a la liquidación de elementos «que no se enc[ontraran] vinculados con el posible delito contra la Hacienda pública» (art. 205.1 *in fine* LGT).

⁵ El primer voto particular señala, de modo bastante impreciso:

[...] que las liquidaciones tributarias son, como regla general, provisionales (art. 101.4 LGT) e incluso en el procedimiento inspector cabe dictar liquidaciones provisionales en los casos que prevé dicho precepto. Y que, sin necesidad de extendernos ahora en ello, en estos supuestos las actuaciones de comprobación e inspección tributarias finalizadas con liquidación provisional, no impiden la regularización posterior bajo determinados supuestos, establecidos en el citado artículo 101.4.a LGT, situación en la que pueden aflorar nuevos elementos determinantes de indicios de delito fiscal. (Voto particular, apartado 9 *in fine*).

Este párrafo –que, por lo demás omite la conveniente mención al art. 148.3 LGT– parece suponer que el artículo 197 bis.2 se refería tan solo a las liquidaciones provisionales, pero tal impresión queda desvirtuada por otros pasajes del voto particular.

⁶ Aunque el precepto sí podría ser aplicable a la liquidación de elementos «que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda pública», prevista en el artículo 205.1 *in fine* de la LGT.

2.3. Liquidaciones definitivas dictadas sin haberse apreciado indicios de delito

En el caso de liquidaciones derivadas de un procedimiento inspector de carácter general, el precepto –según la interpretación literal que antes hemos mencionado– permitía una ulterior «apreciación» de indicios delictivos «en cualquier momento» sin exigir el descubrimiento de nuevas pruebas. La anulación del precepto supone un retorno al mandato general de denuncia previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta regla solo operará cuando se descubran nuevas pruebas (incluyendo los indicios de que la inspección encubrió la conducta del obligado tributario) y no atribuye potestades para iniciar una nueva comprobación. A continuación nos detendremos en el examen de estas cuestiones mediante un análisis conjunto de la sentencia –que apenas profundiza en la cuestión– y el primer voto particular.

2.4. Liquidaciones provisionales derivadas de comprobaciones limitadas o de actuaciones inspectoras de carácter parcial

En el caso de las liquidaciones provisionales (derivadas de comprobaciones en vía de gestión o de actuaciones inspectoras) las actuaciones administrativas no permiten comprobar por completo la situación tributaria del contribuyente. Por tanto, no resulta problemático un examen más profundo a través de actuaciones posteriores.

En estos casos, resulta claro que la anulación del precepto reglamentario no impide una nueva comprobación en los términos previstos por el artículo 140.1 de la LGT para los supuestos de comprobación limitada⁷ y por el artículo 148.3 de la LGT en el caso de liquidaciones provisionales dictadas en un procedimiento inspector⁸. Este argumento puede trasladarse a aquellas sanciones tributarias que no estén relacionadas con un procedimiento inspector de carácter general⁹.

⁷ Artículo 140.1 de la LGT:

Dictada resolución en un procedimiento de comprobación limitada, la Administración tributaria no podrá efectuar una nueva regularización en relación con el objeto comprobado al que se refiere el párrafo a) del apartado 2 del artículo anterior [Obligación tributaria o elementos de la misma y ámbito temporal objeto de la comprobación] salvo que en un procedimiento de comprobación limitada o inspección posterior se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en dicha resolución.

⁸ Artículo 148.3 de la LGT:

3. Cuando las actuaciones del procedimiento de inspección hubieran terminado con una liquidación provisional, el objeto de las mismas no podrá regularizarse nuevamente en un procedimiento de inspección que se inicie con posterioridad salvo que concurra alguna de las circunstancias a que se refiere el párrafo a) del apartado 4 del artículo 101 de esta ley y exclusivamente en relación con los elementos de la obligación tributaria afectados por dichas circunstancias.

⁹ En este sentido se ha pronunciado Mourelo Gómez (25 de noviembre de 2019).

Ahora bien, en estos casos, la modificación de la liquidación provisional exige el descubrimiento de nuevas pruebas (requisito no señalado expresamente el precepto anulado para apreciar los indicios de delito). Por tanto, sería posible sostener que –al igual que en el caso de las liquidaciones definitivas– la apreciación del delito no debería basarse en la mera recalificación de los hechos ya comprobados, sino en la aparición de nuevas pruebas en un procedimiento posterior.

3. Ausencia de habilitación legal e infracción del régimen previsto en la LGT por parte del precepto anulado

3.1. Los argumentos de la sentencia se reconducen a la infracción del régimen previsto en la LGT

Según la sentencia:

La previsión contenida en el [...] artículo 197 bis no es ya solo, a nuestro juicio, que carezca de habilitación legal suficiente, sino que se opone de manera radical a los preceptos legales que disciplinan la forma en que debe conducirse la Administración tributaria cuando aprecia que un contribuyente ha podido cometer un delito contra la Hacienda pública (FJ 4.º, apartado 4.6).

Se trata de un doble argumento: a) El precepto carece de habilitación legal y b) Contradice la regulación sobre «actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda pública» (arts. 250 y ss. LGT), pues estos prevén que los indicios de delito sean objeto de denuncia en el seno del procedimiento inspector.

La Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la LGT, establecía una habilitación genérica para su desarrollo reglamentario:

El Gobierno dictará cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de esta ley (disp. final undécima).

Por tanto, el argumento de la falta de habilitación legal carece de peso en sí mismo y se reconduce a determinar si el precepto reglamentario se opone a lo previsto en la reforma de la LGT.

Para la sentencia, la contradicción con el régimen de la LGT es evidente:

A fuerza de ser repetitivos, debemos insistir en algo obvio: la ley no contempla que se pase el tanto de culpa o que se remitan al Fiscal unas actuaciones de comprobación después de haberse dictado una liquidación administrativa; y mucho menos después de haberse sancionado la conducta infractora tras el oportuno expediente sancionador (FJ 4.º, apartado 4.6).

Hubiera sido conveniente que la sentencia se hubiera detenido más en determinar el sentido del precepto para explicar su contradicción con la LGT. ¿Exigía el precepto, de modo implícito, la aparición de nuevas pruebas o debía interpretarse en sentido literal? La sentencia no realiza esta labor. Da por sentado el sentido literal y su consiguiente contradicción con la LGT.

3.2. El voto particular interpreta que el precepto permitía «reapreciar» los hechos reflejados en la liquidación para apreciar indicios de delito, pero exigía requisitos adicionales de carácter formal

En el primer voto particular, los magistrados don Nicolás Maurandi Guillén y don Rafael Toledano Cantero afirman, que: a) el precepto reglamentario tenía apoyo en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues dicha norma impone el deber de denunciar delitos públicos a «los que por razón de su cargo, profesiones u oficio tuviesen noticia de algún delito público» (primer voto particular, apartado 5) y b) que el silencio de la LGT sobre la posibilidad de formular la denuncia después de practicarse liquidación no es una decisión deliberada, sino una muestra de «defectuosa técnica normativa» (primer voto particular, apartado 1). Dedicaremos el resto de este epígrafe al comentario de este voto particular.

Como punto de partida debemos recordar que el voto particular comentado –a diferencia de la sentencia– sí ofrece una interpretación detallada del precepto:

[...] se pueden dar casos en que el conocimiento de los indicios de delito fiscal sean posteriores [a la liquidación], *bien porque no haya sido apreciado debidamente en el curso de las actuaciones*, bien porque se conozca posteriormente a las mismas, con ocasión de otras actuaciones (apartado 9, penúltimo párrafo; la cursiva es nuestra).

Por tanto, el voto particular entiende que el precepto permitía apreciar los indicios delictivos después de la liquidación en dos casos:

- a) Cuando aparezcan nuevas pruebas («porque [los indicios] se conozca[n] posteriormente [...] con ocasión de otras actuaciones»).
- b) Cuando, sin concurrir nuevas pruebas, vuelva a «apreciar[se] debidamente» los hechos reflejados en la liquidación.

De este modo, el voto particular atribuye unas potestades de «reapreciar» hechos ya conocidos, que van más allá del mero deber de denuncia previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por otra parte, en opinión de estos magistrados discrepantes, aunque el precepto no sea ilegal:

[...] debe evitarse la posibilidad de que la Administración tributaria *decida libremente* [la cursiva es nuestra] el momento de pasar el tanto de culpa al juez penal o la remisión al Ministerio Fiscal; pues eso puede conllevar una aplicación de hecho del principio de oportunidad, y hasta la selección arbitraria de los contribuyentes cuya persecución penal se insta a través de la deducción del tanto de culpa al juez o la remisión del expediente al Ministerio Fiscal.

Asimismo debe conjurarse la gravísima irregularidad que significaría que los órganos tributarios advirtieran a los contribuyentes de la comunicación de indicios al juez penal y al Ministerio Fiscal, sin efectuar dicha comunicación, al único fin de torcer su voluntad en los procedimientos tributarios.

Mas lo anterior serán prácticas jurídicamente patológicas o incorrectas que no deben impedir la persecución penal mediante la observancia de las reglas generales aplicables que antes han sido expuestas.

La evitación de esas prácticas, claramente reprobables, como habrá de conseguirse será exigiendo a la Administración tributaria que justifique la concreta fecha en la que tuvo noticia del delito y consigne la expresa declaración que no hubo la clase de advertencia que ha sido indicada (primer voto particular, apartado 12).

El voto particular considera contrario a derecho que «la Administración tributaria... [pueda decidir] *libremente el momento* de pasar el tanto de culpa al juez penal o la remisión al Ministerio Fiscal» (la cursiva es nuestra). Sin embargo, esto es precisamente lo que permite la dicción literal del artículo 197 bis.2:

La apreciación de dichos indicios de delito contra la Hacienda pública, podrá tener lugar en cualquier momento, con independencia de que se hubiera dictado liquidación administrativa o, incluso, impuesto sanción.

El voto particular «encauza» la citada interpretación literal incluyendo una doble exigencia formal no mencionada en la norma: a) que la Administración «justifique la concreta fecha en la que tuvo noticia del delito» y b) que «consigne la expresa declaración [de] que no hubo la clase de advertencia que ha sido indicada»; es decir, «que los órganos tributarios advirtieran a los contribuyentes de la comunicación de indicios al juez penal y al Ministerio Fiscal, sin efectuar dicha comunicación, al único fin de torcer su voluntad en los procedimientos tributarios».

Esta segunda cautela resulta muy extraña, pues implica exigir a la Administración una declaración de que no adoptó a sabiendas una decisión injusta en el procedimiento inspector para forzar la voluntad del contribuyente¹⁰.

¹⁰ Como nos ha hecho notar el profesor Carlos Palao Taboada: «la anulación del precepto no basta para impedir la treta de la inspección de amenazar con la denuncia y luego no presentarla: la presentación posterior muestra que la amenaza no era infundada».

En cuanto al primer requisito, es decir, la necesidad de justificar la fecha en que se tuvo conocimiento del delito, nos parece insuficiente si no se acompaña del motivo por el que se «aprecian» ahora los indicios delictivos en lugar de haberse hecho con motivo de la inicial comprobación.

A nuestro entender cabría distinguir tres motivos que justificarían la denuncia posterior a la liquidación o la sanción:

- a) Porque la Administración ha tenido conocimiento de nuevas pruebas aportadas por un tercero (como podía haber sucedido con la *Lista Falciani* o los *Papeles de Panamá*)¹¹.
- b) Como consecuencia de «otros procedimientos de comprobación –del propio obligado tributario o de terceros– de los que resulten acreditados hechos distintos a los considerados por los órganos de la Inspección durante la comprobación del tributo y periodo impositivo cuya defraudación constituye un posible delito contra la Hacienda pública»¹².
- c) Porque –aunque esto resulte improbable– haya indicios de que fue la propia Administración quien encubrió la conducta del defraudador tributario en el primer procedimiento de comprobación.

Además, si el fundamento legal del precepto reglamentario se encontrase en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Administración debería limitarse a denunciar los hechos al juez penal o al Ministerio Fiscal sin iniciar un nuevo procedimiento de comprobación (apreciación). Si esta fuera la interpretación del precepto anulado –interpretación que no parece admitir el voto particular– la norma hubiera resultado completamente innecesaria.

¹¹ Según la opinión de Mourelo Gómez (25 de noviembre de 2019), este era el tipo de supuestos a los que se refería el precepto anulado.

¹² Utilizamos la expresión literal de Joan Iglesias Capellas (2018, p. 43). El mismo autor se refiere al supuesto que citamos en la letra a) [«origen externo a la propia Administración (p. ej. una denuncia pública)»]. Además, realiza otra consideración muy valiosa:

[...] la decisión de denunciar una defraudación tributaria ya sancionada en vía administrativa puede producirse como consecuencia de dos circunstancias: a) de una parte, si se pone de manifiesto que la cuota tributaria efectivamente defraudada es superior a la liquidada por la Administración, superando el límite cuantitativo fijado en el artículo 305.1 del CP; b) y, de otra, si se pone de manifiesto que el incumplimiento tributario descubierto por la Administración, en lugar de constituir un supuesto de negligencia o de venir amparado en una causa de justificación, ha sido intencionado. (*Ibidem*, pp. 43-44).

3.3. Posibilidad de haber salvado la legalidad del precepto mediante una interpretación correctiva (exigencia de nuevas pruebas como presupuesto para practicar la denuncia)

3.3.1. Formulación e inconvenientes de una hipotética interpretación correctiva

¿Hubiera sido posible salvar la legalidad del precepto mediante una interpretación correctiva? Como hemos visto, tal interpretación consistiría en sostener que solo era posible practicar la denuncia con posterioridad a la liquidación cuando hubieran aparecido nuevas pruebas.

Pensamos que hubiera sido una solución posible. Sin embargo, nos parece más adecuada la anulación del precepto. Dicha anulación no impide la necesaria práctica de la denuncia cuando la apreciación del delito derive de nuevas pruebas que no pudieron tenerse en cuenta en la liquidación inicial.

La interpretación correctiva –utilizada con profusión por el Tribunal Constitucional (TC)– presenta el falso atractivo de respetar una norma a la vez que se altera su sentido literal. En la práctica, esta técnica genera inseguridad jurídica, pues el precepto queda intacto y será necesario recordar, en cada caso, el sentido que le dio la sentencia correctora.

3.3.2. *Excursus*: otros preceptos reglamentarios impugnados que han sido objeto de interpretación correctiva por la sentencia

La sentencia comentada sí ha acudido a una interpretación correctiva para salvar la legalidad de los otros tres preceptos del Reglamento general de aplicación de los tributos que fueron objeto de impugnación:

1. Del artículo 74.1 h) que niega al obligado la certificación de estar al corriente de sus obligaciones tributarias cuando tenga «pendientes de ingreso multas [o] responsabilidades civiles derivadas de delito contra la Hacienda pública».

El TS entiende que el precepto debe interpretarse de modo coherente con el artículo 74.1 g) en el sentido de que sí debe expedirse el certificado cuando las multas o responsabilidades civiles derivadas del delito no se encuentren en periodo ejecutivo o cuando exista fraccionamiento, aplazamiento o suspensión (FJ 1.º, apartado 4.4).

En cambio, el voto particular del magistrado don José Díaz Delgado (segundo voto particular) considera insuficiente esta interpretación restrictiva, y entiende que el

precepto debía haberse anulado por falta de habilitación legal (apartado 2.º de su voto particular). A nuestro entender sí era razonable equiparar la «responsabilidad civil derivada del delito» a las deudas tributarias, pero no sucede lo mismo con penas de multa impuestas por el tribunal penal, pese a que su recaudación se atribuya a la Administración tributaria por el artículo 305.7 del Código Penal.

2. Del artículo 171.3, que permite a la Inspección admitir a aquellas personas obligadas a relacionarse por medios electrónicos la aportación directa de documentación en el curso de la comparecencia, «con objeto de lograr la eficacia de la actuación administrativa».

La sentencia interpreta que la Inspección está obligada a admitir la documentación siempre que esta sea «apta, desde el punto de vista material, para incluirse en el procedimiento de comprobación e inspección» (FJ 2.º, apartado 4.3).

Según advierte Esaú Alarcón García, en la práctica sucedía que «esa posibilidad de aportación de documentación en papel [...] [era] denegada sin motivación alguna o con cualquier tipo de excusa arbitraria» (2019, p. 9). Desde esta perspectiva hubiera sido preferible declarar la nulidad del precepto. Ahora bien, tal solución hubiera sido perjudicial para los contribuyentes, pues les hubiera privado por completo de la posibilidad de aportar documentos en papel. Quizá esto explica que se haya optado por una mera interpretación correctiva.

3. Del artículo 184.2, que exige solicitar con una anticipación de siete días hábiles los «días de cortesía» y permite «establecer un plazo distinto del solicitado por el obligado tributario».

El precepto se impugnaba por omitir toda referencia a los supuestos de fuerza mayor –en los que la anticipación de siete días será imposible– y por no exigir la motivación del establecimiento de un plazo distinto del solicitado.

Pues bien, la sentencia considera que «los supuestos de fuerza mayor deberán necesariamente ser abordados en los procedimientos administrativos en los términos que el supuesto requiere, so pena de afectar –si arbitrariamente se desconocen esos hechos– a la validez de las actuaciones realizadas» (FJ 3.º, apartado 4.2). Además, entiende que la modificación del plazo solicitado ha de ser siempre motivada (FJ 3.º, apartado 4.3).

En este caso, la interpretación de la sentencia sí podría considerarse adecuada, pues tiene apoyo expreso en ciertos preceptos legales. Así, el artículo 150.3 f) obliga a suspender las actuaciones inspectoras por causa de fuerza mayor, y podría entenderse que el artículo 103.3 de la LGT exige directamente la motivación del establecimiento de un plazo de cortesía distinto del solicitado por el obligado tributario, en cuanto el sometimiento al nuevo plazo supone la imposición de una obligación. En definitiva, se trataría de interpretar que el precepto impugnado no contradice estos mandatos legales, sino que los da por supuestos.

Podemos concluir que la interpretación correctiva debe utilizarse con mucha cautela, sobre todo cuando implica negar la literalidad de un precepto en lugar de anularlo. Por este motivo, consideramos adecuada la anulación por el TS del artículo 197 bis.2 del Reglamento de aplicación de los tributos¹³.

4. La discutible necesidad del precepto anulado para garantizar la persecución del delito fiscal y preservar el deber de contribuir (comentario crítico al primer voto particular)

El primer voto particular enmarca sus argumentos en unas extensas consideraciones sobre la importancia del delito fiscal para preservar el deber constitucional de contribuir:

[...] la comisión del delito fiscal constituye un muy principal obstáculo para alcanzar las metas que dan contenido a la cláusula de Estado social del artículo 1 de la Constitución (CE). Esto lo hace expresivo de una de las conductas socialmente más insolidarias, y determina que *las reglas de su persecución no deban ser distintas a las establecidas con carácter general para los demás delitos* (la cursiva es nuestra).

A nuestro entender, el delito fiscal sí presenta importantes peculiaridades en su regulación. Esta lo configura como un instrumento que prima la recuperación de las cantidades defraudadas sobre el castigo de conductas insolidarias.

Como sintetiza Juan M. Lacruz López, el delito fiscal solo se comete cuando la cuota defraudada es relativamente elevada (120.000 € según el art. 305.1 Código Penal), *desaparece* (según se deduce del preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012 de reforma del Código Penal, apartado III) si se produce una íntegra regularización antes de que se inicien actuaciones de comprobación o investigación (art. 305.4 Código Penal) y se beneficia de una atenuante muy cualificada si el imputado «antes de que de que transcurran dos meses desde la citación judicial [...] satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos» (art. 305.6 Código Penal) (Lacruz López, 2016, p. 81)¹⁴.

Parafraseando a Fernando Pérez Royo, puede afirmarse que el *bien jurídico protegido por el delito fiscal* se configura como «la posición en que el ordenamiento coloca a la Administración para la defensa del interés público relativo a la efectiva actuación de las normas tributarias» (Pérez Royo, 1986, pp. 67 y ss.).

¹³ Suscribimos, en este punto, la opinión de Esaú Alarcón García (2019, p. 9).

¹⁴ En cuanto a la atenuante muy cualificada *cfr.* la demoledora crítica de Jacobo Dopico Gómez-Aller (2019, pp. 43 y ss.).

Ahora bien, como advierte el profesor Tejerizo López (2016, pp. 17 y ss., apartado II.D) la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2012 «supuso nada menos que contribuir a que los tributos fueran recaudados aun a costa de poner el Código Penal al servicio de la Administración tributaria». Añade este autor que el citado conjunto normativo «supone una vulneración de las reglas más elementales del Estado de Derecho, en especial el respeto debido a los principios de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica» (Tejerizo López, 2016, apartado III).

Paradójicamente, un sector de la doctrina penalista considera la regulación del delito fiscal como una muestra del llamado *Derecho penal de los nuestros*:

[...] nos encontramos ante una quiebra del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, una suerte de privilegio para los defraudadores y, ya desde la perspectiva del ciudadano de a pie, bombardeado por los éxitos en la lucha contra el fraude, ante una inquietante operación de cosmética jurídica (Lacruz López, 2016, p. 81).

En definitiva, observamos dos valoraciones aparentemente incompatibles de las normas que regulan el delito fiscal. Algunos tributaristas tienden a considerar que restringen excesivamente las garantías del contribuyente, mientras que un sector de los penalistas las califican de privilegio para los delincuentes.

A nuestro entender, la explicación está en el bien jurídico protegido o, dicho con más precisión, en el modo en que quiere protegerse el deber de contribuir (art. 31.1 CE). Desde el punto de vista de la política legislativa, nos encontramos con dos posibilidades: a) Dar prioridad al cobro de las cantidades defraudadas, aunque esto suponga un trato más favorable para quien regulariza su situación que el previsto en otros delitos; b) Primar el castigo al delincuente, aunque esto pueda suponer una mayor dificultad para el cobro de las cantidades defraudadas. En todo caso, el delito fiscal buscará tanto el castigo del delincuente como la reparación del daño, pero la cuestión radica en determinar a cuál de estas dos finalidades se otorga prioridad.

El sistema español prima la «reparación del daño». Esto se comprueba en las afirmaciones del preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, de reforma del Código Penal:

Se ha configurado «la regularización de la situación tributaria como el verdadero reverso del delito de manera que, con la regularización, resulte neutralizado no solo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente.

Esta nueva configuración de la regularización hace que esta guarde una relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto, tal y como han destacado tanto la Fiscalía General del Estado, como el Tribunal Supremo, que de forma muy expresiva se han referido a la regularización como el pleno retorno a la legalidad que pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida

por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias» (apartado III).

Además, para conseguir este objetivo se ha otorgado un papel especialmente relevante a la Administración tributaria en el proceso penal. A nuestro entender, esta configuración supone un cierto riesgo de que se perjudique la situación del contribuyente que no ha cometido delito –aunque existan indicios en su contra– y se favorezca, en cambio, al auténtico delincuente¹⁵. Como señaló Isabel Espejo Poyato (2013, pp. 422 y ss.) en su brillante monografía sobre el procedimiento inspector en el proceso penal, sería necesaria una profunda reforma –que, a su juicio, podría inspirarse en el ordenamiento alemán– para eliminar estas disfunciones.

5. La supuesta tensión del precepto anulado con otros mandatos legales (comentario crítico a la sentencia)

5.1. Posible inobservancia de las normas sobre revisión de actos administrativos firmes

Según la sentencia:

[...] existe otro argumento que abona el carácter *contra legem* del precepto que analizamos: si la liquidación tributaria ya dictada hubiera ganado firmeza, sería posible su revisión ulterior, o su modificación, o su anulación fuera de los cauces previstos en la Ley General Tributaria, cuyos artículos 213 y siguientes no solo establecen medios de revisión tasados, sino que impiden expresamente (i) que se produzca la modificación de los actos tributarios sobre los que ha recaído resolución económico-administrativa por cauces distintos de la nulidad radical, la rectificación de errores, el recurso extraordinario de revisión y el procedimiento de lesividad y (ii) que se revisen aquellos actos cuando hayan sido confirmados por sentencia judicial firme (FJ 4.º, apartado 4.7).

¹⁵ El presidente de la Asociación Española de Asesores Fiscales (8 de octubre de 2019) se ha referido a «un aumento de querellas por delito fiscal para responder al afán recaudatorio de la AEAT, querellas que muchas veces se resuelven con acuerdos, que es una vía mucho más cómoda y rápida para recaudar». Además, ha afirmado que:

[...] los jueces se ven desbordados por este aluvión de querellas y, en algunos casos, y dada su falta de especialización en temas tributarios, tienden a descansar en las conclusiones de la Agencia, incluso, en ocasiones, se ha admitido como perito judicial al inspector de Hacienda que instruyó el procedimiento. Creemos que una de las soluciones pasa por establecer una jurisdicción especializada en materia fiscal que acoja también la revisión de los delitos fiscales.

Este razonamiento había sido formulado ya en el trámite de audiencia por el Instituto de Estudios Fiscales (organismo autónomo del Ministerio de Hacienda), pero fue desestimado por la DGT.

Resulta curioso que el primer voto particular –tan crítico con la sentencia en otros extremos– guarde completo silencio sobre este punto.

A nuestro entender, el argumento no resulta convincente, pues los procedimientos especiales de revisión limitan su ámbito a los actos administrativos firmes, mientras que el artículo anulado se refiere a la apreciación de indicios de delito a efectos de su denuncia¹⁶.

Esto no impide que sea razonable revisar las liquidaciones cuando, después de su firmeza, se haya practicado la denuncia por haberse cometido un delito en el seno de las actuaciones inspectoras o bien por la aportación de nuevas pruebas que incriminen al contribuyente.

Así, el artículo 217.1 d) LGT permite declarar la nulidad de pleno derecho de los actos firmes cuando «sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta». Por ejemplo, en el caso improbable de que la inspección hubiera encubierto el delito contra la Hacienda pública, procedería tanto la denuncia como –después de haberse producido la condena penal– la declaración de nulidad de la correspondiente liquidación.

En el caso, más probable, de que la denuncia traiga causa de la aparición de pruebas de imposible aportación en el momento de dictarse la liquidación sería posible acudir al recurso extraordinario de revisión en vía administrativa en el plazo de tres meses desde el conocimiento de los correspondientes documentos (art. 244.1 a) en relación con el apartado 5 del citado precepto).

Por otra parte, dentro del plazo de cuatro años desde la notificación de la liquidación sería posible acudir al procedimiento de declaración de lesividad para impugnarla después en vía contencioso-administrativa.

Finalmente, si la liquidación que no apreció indicios de delito ya no pudiera revisarse, el importe liquidado debería tenerse en cuenta para calcular la cuantía de la eventual defraudación.

5.2. Posible incompatibilidad con la prohibición de *non bis in idem*

La sentencia afirma que el precepto reglamentario es contrario a la prohibición de *bis in idem*, pues «la norma reglamentaria permite que un mismo comportamiento sea juzgado en

¹⁶ No obstante, la imposibilidad de que una sentencia penal contradiga actos administrativos firmes ha sido defendida por Ramón Falcón y Tella (2007, pp. 239 y ss.).

sede penal después de haberlo sido en sede administrativa, con la sola salvedad de que la ejecución de la sanción quedará en suspenso» (FJ 4.º, apartado 4.8). Claro está que este argumento no se refiere a los casos –menos frecuentes– en que el procedimiento inspector no haya dado lugar a la imposición de sanciones administrativas, sino tan solo a una liquidación.

En cualquier caso, el argumento ofrece flancos a la crítica. Como advierte adecuadamente el primer voto particular, no hay vulneración del principio *non bis in idem* cuando «en el ulterior procedimiento penal, que en todo caso es preferente y preeminente, aunque sea posterior, se descuenta o minora del importe de la pena impuesta (en caso de sentencia condenatoria) el de la sanción administrativa impuesta previamente» (apartado 11 con cita de las SSTC 2/2003 –NCJ041689– y 334/2005 –NCJ047824–)¹⁷.

De todos modos, resulta criticable que la ley no ordene expresamente la necesidad de practicar tal «descuento».

5.3. Posible transgresión del principio de confianza legítima

Según la sentencia, el principio de confianza legítima «no saldría demasiado bien parado en un caso como el que nos ocupa: el contribuyente ha visto –con su intervención como interesado– cómo la Administración ha tramitado un procedimiento de comprobación de su situación tributaria, cómo ha liquidado la deuda tributaria practicando los ajustes correspondientes y, eventualmente, cómo le ha impuesto una sanción administrativa, todo ello sin apreciar la existencia de reproche penal alguno en el cumplimiento (o incumplimiento) de sus obligaciones fiscales». Sin embargo, con posterioridad la Administración procede a presentar la denuncia penal (FJ 4.º, apartado 4.8).

En cambio, para el primer voto particular, el principio de seguridad jurídica –del que deriva la confianza legítima– queda suficientemente garantizado por el plazo de prescripción del delito fiscal (apartado 4).

A nuestro juicio, la sentencia atribuye una relevancia excesiva al «principio de confianza legítima» con una argumentación basada en la imposibilidad de ir en contra de los propios actos. El profesor Palao Taboada ha criticado, con acierto, las consecuencias desmesuradas que algunas sentencias derivan del citado principio (Palao Taboada, 2020, apartado 4)¹⁸.

¹⁷ Además, la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera respetado el principio *non bis in idem* siempre que «la cuantía total no degenera en un exceso punitivo». Tomamos la expresión de Marta Moreno Corte (2019, apartado 4).

¹⁸ Por su parte, Santiago Muñoz Machado (2016, p. 149) ha destacado «los defectos de construcción técnica del principio [de confianza legítima] y la difícil predicción de las aplicaciones de la confianza».

La auténtica cautela que debe adoptarse para garantizar la confianza legítima radica en la necesidad de motivación¹⁹. Si la Administración tributaria formula la denuncia después de haber practicado liquidación, deberá justificar los motivos que explican esta distorsión temporal. Por ejemplo, el encubrimiento por parte de la inspección o la aportación a la Administración de pruebas que no estaban disponibles cuando se dictó la liquidación.

6. Efectos de la sentencia sobre la posibilidad de denunciar después de haber dictado liquidación sin apreciar indicios delictivos y sobre la posibilidad de regularizar tras dicha liquidación

6.1. Sobre la posibilidad de denuncia de la Administración tributaria o de un tercero con posterioridad a la liquidación

La sentencia se limita a anular el precepto reglamentario sin precisar las consecuencias de dicho fallo. En cambio, a juicio del primer voto particular, el artículo anulado resultaba imprescindible para garantizar una correcta aplicación del delito fiscal. Los magistrados que lo suscriben advierten que la expulsión del precepto del ordenamiento implica «consecuencias de difícil justificación jurídica»:

La primera sería el contrasentido de que esos indicios, conocidos con posterioridad a una liquidación tributaria ya practicada, sí podrían ser denunciados por un particular, quien incluso podría ejercitar acción para su persecución y castigo; y no lo podrían ser por la Administración tributaria.

[...]

La segunda [...] sería la existencia en los delitos fiscales de unos obstáculos formales para su perseguibilidad y sanción que no existen en los demás delitos públicos. Algo de difícil comprensión desde el prisma que es la gravedad que presentan esos incumplimientos tributarios, por la dificultad que generan en cuanto a las metas de los logros del Estado social constitucionalmente proclamado (primer voto particular, apartado 8).

Comencemos por analizar la segunda «consecuencia». En realidad, la anulación del artículo 197 bis.2 no elimina el deber de denuncia de la Administración tributaria, pues, como advierte el propio voto particular, aquel se funda en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo que posibilitaba el citado precepto –al menos en su interpretación literal– era el inicio de una nueva comprobación para perseguir el delito sin necesidad de que apareciesen nuevas pruebas. La anulación tiene como consecuencia que el deber de de-

¹⁹ Cfr., en este sentido, el citado trabajo del profesor Palao Taboada.

nuncia deba basarse en nuevas pruebas. Lo que no es posible es una mera recalificación jurídica de los hechos ya examinados por la Administración.

En cuanto al primer «problema» presenta un planteamiento inadecuado. El que la Administración tributaria no pueda practicar la denuncia si no adquiere nuevas pruebas es compatible con la circunstancia de que un tercero –por ejemplo, un trabajador de la empresa que ha defraudado– denuncie los hechos a los jueces o al Ministerio Fiscal. Si la denuncia del tercero se dirige a la Agencia Tributaria, esta debería trasladarla a los jueces (o al Ministerio Fiscal) sin iniciar un nuevo procedimiento de comprobación.

6.2. Posibilidad de regularizar la deuda correspondiente al delito después de que se haya dictado liquidación definitiva

Analicemos, por último, una cuestión que no se plantea ni en la sentencia ni en el voto particular: ¿Tiene alguna relevancia la anulación del precepto sobre la posibilidad de regularizar la deuda correspondiente al delito fiscal una vez que la Administración ha dictado liquidación? A nuestro juicio la anulación de la norma carece de incidencia sobre esta cuestión, pues –como hemos sostenido– no impide la denuncia siempre que se descubran nuevas pruebas.

En cualquier caso, existen dudas sobre la posibilidad de practicar dicha regularización. Una primera lectura de los preceptos relevantes parece llevar a una conclusión negativa, pues se exige el «completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, *antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado [al obligado] el inicio de actuaciones de comprobación o investigación* tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización» (art. 305.4 Código Penal; en parecidos términos se pronuncia el art. 252 LGT; la cursiva es nuestra).

Por tanto –cabría razonar– puesto que la liquidación implica actuaciones de comprobación, ya no será posible regularizar la deuda derivada del delito. En este sentido parece pronunciarse la autorizada opinión de Caridad Mourelo Gómez²⁰.

Sin embargo, cabe subrayar que las actuaciones comprobadoras que impiden la regularización se refieren a «las deudas tributarias objeto de [dicha] regularización» y, en el caso que comentamos, el contribuyente pretende regularizar unas deudas cuya existencia no descubrió la Administración al dictar liquidación, por lo que podría considerarse «reabierta» la «espontaneidad». En la doctrina sostiene esta postura Alejandro Blázquez Lidoy (2019, apartado 5). Esta interpretación –un tanto audaz– parece coherente con la finalidad de la regularización: conseguir el íntegro pago de la deuda tributaria pese a que la Administración no la haya descubierto.

²⁰ Cfr. la intervención de Mourelo Gómez (25 de noviembre de 2019), en el debate posterior a la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la UNED.

Sin embargo, a juicio del citado autor:

[...] en estos casos, el artículo 252 de la LGT no parece que tuviera margen de aplicación. Ni el sujeto pasivo puede presentar una declaración, ni la Administración comprobarla. Sin embargo, sí podría haberse cometido un delito contra la Hacienda pública. Por tales motivos, en estos casos, la regularización no debe practicarse en sede administrativa, sino judicial. No debe existir impedimento alguno en que la declaración veraz y completa se presente ante los juzgados, a la vez que se procede a la consignación de las cantidades debidas (Blázquez Lidoy, 2019, apartado 5).

Ante las dudas que puede presentar la posibilidad de regularizar el delito después de haberse dictado una liquidación que no aprecie indicios de delito, la regularización solo parece practicable ante el juez penal, como propone Blázquez Lidoy. La anulación del precepto reglamentario no presenta incidencia alguna sobre esta cuestión.

7. Conclusiones

El delito contra la Hacienda pública presenta diversas peculiaridades dirigidas a reforzar la posición de la Administración tributaria en la recaudación de las deudas defraudadas. Tales peculiaridades han sido criticadas desde una doble perspectiva: para algunos penalistas otorgan un trato privilegiado al delincuente fiscal, mientras que para un sector de la doctrina tributarista erosionan las garantías del contribuyente. A nuestro juicio –suscribimos la tesis de Isabel Espejo– sería deseable una reforma que evitara las actuales disfunciones entre el procedimiento inspector y el proceso penal.

El artículo 197 bis.2 del Reglamento de aplicación de los tributos establecía que «la apreciación de dichos indicios de delito contra la Hacienda pública, podrá tener lugar en cualquier momento, con independencia de que se hubiera dictado liquidación administrativa o, incluso, impuesto sanción...». Tal precepto ha sido anulado por la Sentencia del TS de 25 de septiembre de 2019 (rec. núm. 85/2018 –NFJ075067–). A juicio del tribunal el precepto carecía de habilitación legal, era contrario al régimen procedimental previsto en la LGT, quebrantaba el principio de *non bis in idem* así como la confianza legítima y lesionaba el régimen legal de revisión de actos administrativos firmes.

La sentencia cuenta con dos votos particulares. Uno de ellos, suscrito por dos magistrados, rechaza los motivos de nulidad formulados por la sentencia y considera, además, que el precepto resulta imprescindible para que la regulación del delito fiscal proteja el deber constitucional de contribuir.

El citado voto particular interpreta que el precepto anulado permitía recalificar los hechos de la liquidación ya dictada para apreciar *a posteriori* indicios de delito, incluso en el caso en que no hubieran aparecido nuevas pruebas.

Sin embargo, entiende que la correcta aplicación del precepto exigía dos cautelas: que la denuncia posterior a la liquidación se acompañase de una justificación de «la concreta fecha en la que [la Administración] tuvo noticia del delito» y de una declaración expresa de que no se había advertido *falsamente* «a los contribuyentes de la comunicación de indicios al juez penal y al Ministerio Fiscal, [en el seno del procedimiento inspector] al único fin de torcer su voluntad en los procedimientos tributarios». El segundo requisito –declarar que no se ha cometido un delito de prevaricación– resulta sumamente extraño.

A nuestro entender sí podía haberse salvado la ilegalidad del precepto interpretando que la denuncia posterior a la liquidación solo procedía en el caso de aparecer nuevas pruebas y sin que fuera posible desarrollar una nueva comprobación. Aunque esta interpretación hubiera sido posible, existen ciertos argumentos en su contra, por lo que nos parece más correcta la anulación del precepto.

En cambio, no resultan convincentes las consideraciones de la sentencia sobre la incompatibilidad del precepto con la prohibición de *bis in idem* ni con el régimen de los procedimientos especiales de revisión de actos firmes.

En cuanto a la posible lesión del principio de confianza legítima, la verdadera cuestión radica –siguiendo la construcción general formulada por Palao Taboada– en la necesidad de motivar detalladamente por qué se ha denunciado el delito después de haberse dictado liquidación.

La anulación del precepto no elimina el deber de denuncia previsto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ahora bien, tal denuncia exigirá motivar cuál es la causa que justifica el traslado de la *notitia criminis* después de haberse dictado la liquidación. Pensamos que esto solo sería posible en tres circunstancias:

- Cuando se hayan recibido nuevas pruebas de un tercero.
- Cuando las pruebas deriven de otros procedimientos de comprobación posteriores.
- Cuando se descubran indicios de que fue la propia inspección quien encubrió la conducta del defraudador tributario.

Además, en estos casos, no podrá iniciarse un nuevo procedimiento de comprobación o investigación. La Administración deberá limitarse a depurar los datos y trasladar los hechos al juez penal o al Ministerio Fiscal.

Existen algunas dudas sobre la posibilidad de practicar la regularización del delito fiscal después de una liquidación que no haya advertido indicios de delito. Siguiendo a Blázquez Lidoy, parece posible admitir que tal liquidación convertiría en «espontánea» la posterior regularización a efectos penales. Así podría deducirse de una interpretación finalista del artículo 305.4 del Código Penal. En todo caso, tal regularización solo cabría ante la jurisdicción penal.

Referencias bibliográficas

- AEDAF. (8 de octubre de 2019). *Nota de prensa I Jornada AEDAF sobre el delito fiscal*.
- Alarcón García, E. (2019). Inspecciones en papel. *Revista Buen Gobierno, Iuris & Lex y RSC de elEconomista*, 23.
- Alarcón García, E. (25 de noviembre de 2019). *Los criterios de la STS 1246/2019 y los votos particulares emitidos*. UNED (puede consultarse en Canal UNED).
- Blázquez Lidoy, A. (2019). La regularización del delito contra la Hacienda Pública en la reforma de la LGT (Ley 34/2015). En A. Génova Galván y J. Romero Pi (dirs.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. D. Francisco Clavijo Hernández*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2019). La superatenuación por regularización tardía y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación. En la obra coordinada por E. Demetrio Crespo y J. A. Sanz Díaz-Palacios (dirs.), *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*. Barcelona: Atelier.
- Espejo Poyato, I. (2013). *Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*. Madrid: Marcial Pons.
- Falcón y Tella, R. (2007). La imposibilidad de revisar en vía penal liquidaciones administrativas firmes: crítica de la STS 20 de enero 2006. En M. Bajo Fernández (dir.), *Política Fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Iglesias Capellas, J. (2018). La litispendencia del proceso penal por delito contra la Hacienda Pública. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 422, 19-60.
- Lacruz López, J. M. (2016). La protección penal de la Hacienda Pública. ¿Un Derecho penal de tres velocidades? *Presupuesto y Gasto Público*, 85, 47-88.
- Moreno Corte, M. (2019). El exceso punitivo como único límite al *bis in idem*. *Revista Técnica Tributaria*, 126.
- Mourelo Gómez, C. (25 de noviembre de 2019). *Actuaciones de la Administración tributaria en caso de indicios de delito contra la Hacienda Pública*. Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la UNED.
- Muñoz Machado, S. (2016). Regulación y confianza legítima. *Revista de Administración Pública*, 200, 141-172.
- Palao Taboada, C. (2019). Los métodos indiciarios de valoración tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2018. *Revista Técnica Tributaria*, 124, 99-120.
- Palao Taboada, C. (2020). Algunas consideraciones sobre el principio de seguridad jurídica en la aplicación de las normas tributarias. *Intervención en el Homenaje a Francisco Escribano*, celebrado el 21 de noviembre de 2019 en la Universidad de Cádiz. [Pendiente de publicación en REAF, al cierre de la edición de esta revista]
- Pérez Royo, F. (1986). *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Tejerizo López, J. M. (2016). El procedimiento de inspección en los supuestos de presunto delito contra la Hacienda Pública. *REDF*, 170, 17-35.



Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de IVA en 2019

Antonio Longás Lafuente

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto

El 2019 no ha sido un año en el que se hayan promulgado normas internas con trascendencia en materia de IVA. Ante esta ausencia normativa, el presente artículo analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada a lo largo del año, que afecta a este impuesto.

Para una mayor comprensión y orden en la exposición se analizan las resoluciones más importantes de acuerdo con la propia estructura de la LIVA, de forma que el lector tenga así un conocimiento de esta jurisprudencia acorde con los títulos de la norma.

Palabras clave: IVA; hecho imponible; exenciones; lugar de realización; devengo; base imponible; tipo impositivo; deducciones; devoluciones a no establecidos; suministro inmediato de información; Haciendas forales.

Cómo citar: Longás Lafuente, A. (2020). Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de IVA en 2019. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 31-72.



Analysis of Supreme Court and the EU Court of Justice VAT case law in 2019

Antonio Longás Lafuente

Abstract

In 2019, there have not been numerous VAT enactments. In view of that, the instant paper analyses the Supreme Court and the EU Court of Justice decisions rendered throughout the year regarding this tax.

For a better comprehension and due to order reasons, the most important decisions are commented according to the proper structure of VAT Law, so that the reader may have a better knowledge of this case law along with the Law sections.

Keywords: VAT; taxable event; exemptions; place of supply; accrual; taxable base; tax rate; deductions; non-established taxpayer refunds; immediate supply of information on VAT; regional tax authorities.

Citation: Longás Lafuente, A. (2020). Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de IVA en 2019. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 31-72.

Sumario

1. Hecho imponible

- 1.1. Dación en pago
- 1.2. Entregas de oro o metales preciosos por particulares a comerciantes, relaciones IVA-TPO

2. Exenciones

- 2.1. Exención de los servicios públicos postales del artículo 20.Uno.1.º de la LIVA
- 2.2. Exenciones sanitarias del artículo 20.Uno.2.º y 3.º de la LIVA
- 2.3. Exención relativa a uniones o agrupaciones del artículo 20.Uno.6.º de la LIVA
- 2.4. Exenciones relativas a la educación o enseñanza del artículo 20.Uno.9.º de la LIVA
- 2.5. Exenciones financieras del artículo 20.Uno.18.º de la LIVA
- 2.6. Exención de apuestas y juegos del artículo 20.Uno.19.º de la LIVA
- 2.7. Exenciones inmobiliarias. No es primera entrega la de un edificio en construcción. Artículo 20.Uno.22.º de la LIVA
- 2.8. Exenciones inmobiliarias. Arrendamiento de terrenos rústicos. Artículo 20.Uno.23.º, letra a), de la LIVA
- 2.9. Exenciones relativas a las exportaciones y operaciones asimiladas de los artículos 21 a 24 de la LIVA
- 2.10. Exenciones a las importaciones

3. Lugar de realización

- 3.1. Acceso a manifestaciones educativas del artículo 70.Uno.3.º de la LIVA
- 3.2. Prestaciones de servicios recreativas a destinatarios no empresarios o profesionales del artículo 70.Uno.7.º, letra c), de la LIVA
- 3.3. Servicios cuya explotación o utilización efectivas se produce en el territorio de aplicación del impuesto del artículo 70.Dos de la LIVA

4. Devengo

- 4.1. Devengo en caso de entrega de pagarés
- 4.2. Devengo y exigibilidad. Prestaciones de servicios en que se pacta la recepción de los trabajos. Artículo 75.Uno.2.º de la LIVA

5. Base imponible

- 5.1. Base imponible en operaciones de dación en pago
- 5.2. Partidas que se incluyen en la base imponible, subvenciones vinculadas al precio. Artículo 78.Dos.3.º de la LIVA
- 5.3. Partidas que se incluyen en la base imponible. Tributos. Artículo 78.Dos.4.º de la LIVA

- 5.4. Base imponible en operaciones con contraprestación no monetaria del artículo 79.Uno
- 5.5. Contratos por los que se intercambian operaciones recíprocas. Artículo 79.Uno de la LIVA
- 5.6. Modificación de la base imponible: concurso. Artículo 80.Tres de la LIVA
- 5.7. Modificación de la base imponible. Impagos. Artículo 80.Cuatro de la LIVA
- 6. Tipos impositivos
 - 6.1. Tipos impositivos aplicables a medicamentos y dispositivos médicos
 - 6.2. Entregas de obras de arte consistentes en fotografías. Artículo 91.Uno.4.1.º de la LIVA
 - 6.3. Arrendamiento de emplazamientos en terrenos para *campings* y de espacios de estacionamiento de caravanas, y arrendamiento de amarres. Artículo 91.Uno.2.2.º de la LIVA
- 7. Deducciones
 - 7.1. Cuotas soportadas afectas a operaciones sujetas y no sujetas de entidades públicas. Artículo 93.Cinco de la LIVA
 - 7.2. Cuotas soportadas afectas a operaciones sujetas y no sujetas. Artículo 95.Uno de la LIVA
 - 7.3. Deducciones en vehículos. Artículo 95.Tres, reglas 2.ª y 4.ª, de la LIVA
 - 7.4. Cuotas no deducibles del artículo 96.Uno de la LIVA
 - 7.5. Regulación de bienes de inversión en el supuesto de entrega durante el periodo de regularización. Artículo 110 de la LIVA
 - 7.6. Deducción y negocios ficticios, en fraude o prácticas abusivas
 - 7.7. Principio de íntegra regularización
 - 7.8. Operaciones ficticias, deducción y derecho a la devolución (regularización íntegra)
 - 7.9. Deducción incorrecta en supuestos de inversión del sujeto pasivo y regularización íntegra
- 8. Devoluciones
 - 8.1. Devoluciones a empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto y establecidos en otro Estado miembro
 - 8.2. Devoluciones a empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto y establecidos fuera de la Unión
- 9. Gestión del impuesto
 - 9.1. Recaudación del IVA en las importaciones. Legalidad del artículo 74 del RIVA
 - 9.2. Suministro inmediato de información
 - 9.3. Reembolso del IVA a los agentes de aduanas
- 10. Otros aspectos relativos al IVA
 - 10.1. Ámbito de aplicación. Territorialidad. Haciendas forales

Referencias bibliográficas

1. Hecho imponible

1.1. Dación en pago

Si bien el Tribunal Supremo (TS) en la Sentencia de 31 de enero de 2019 (rec. núm. 1095/2018 –NFJ075763–)¹ examina una operación sujeta al concepto transmisiones patrimoniales onerosas (TPO) del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITP y AJD), efectúa diversas consideraciones generales en relación con el impuesto sobre el valor añadido (IVA), de manera que recuerda la tributación en el IVA de las operaciones de dación en pago (en el supuesto analizado un deudor hipotecario conviene con una entidad financiera la dación en pago del inmueble hipotecado mediante escritura de dación en pago de deudas y cancelación de hipotecas), concurriendo para el TS los requisitos que la jurisprudencia reclama con habitualidad en el negocio jurídico de la dación en pago: la cesión del dominio pleno en concepto de pago de la deuda, el consentimiento del acreedor para la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido y la existencia de un crédito líquido que, en este caso, opera como contraprestación a la entrega o adjudicación del bien con la finalidad de extinguirlo.

Lleva a cabo el órgano jurisdiccional un examen del derecho tributario como sistema, con base en el principio de coherencia, desde la perspectiva del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), del impuesto sobre sociedades y del IVA, para concluir que el derecho tributario toma en consideración el negocio jurídico de la dación en pago como un negocio global oneroso en el que la adjudicación del inmueble al acreedor constituye la contraprestación de la extinción de la deuda hipotecaria.

Así, desde el punto de vista del IVA recuerda que para el caso de que la transmisión del bien inmueble se realizase por una sociedad mercantil, la dación en pago estaría sujeta, en principio, a IVA, al constituir una entrega de bienes gravada por el artículo 8 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA).

¹ En el mismo sentido, Sentencias de 4 de febrero de 2019 (recs. núms. 3256/2017, 4768/2017 y 4812/2017).

1.2. Entregas de oro o metales preciosos por particulares a comerciantes, relaciones IVA-TPO

El TS había admitido recursos en interés casacional para concretar la tributación de estas operaciones, siendo la cuestión suscitada en los autos de admisión la de determinar si la transmisión de metales preciosos por un particular a un empresario o profesional del sector está o no sujeta a la modalidad de TPO del ITP y AJD. El TS planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la siguiente cuestión prejudicial, suspendiendo el recurso:

Si la Directiva IVA y el principio de neutralidad fiscal que de aquella Directiva deriva, así como la jurisprudencia del TJUE que la interpreta, se oponen a una normativa nacional con arreglo a la cual un Estado miembro puede exigir el pago de un impuesto indirecto distinto del IVA a un empresario o profesional por la adquisición a un particular de un bien mueble (concretamente, oro, plata o joyería) cuando: – el objeto adquirido va a ser destinado, mediante su procesamiento y posterior transmisión, a la actividad económica propia de dicho empresario; – se van a efectuar operaciones sujetas a IVA al reintroducir el bien adquirido en el circuito empresarial, y – la legislación en ese mismo Estado no permite al empresario o profesional deducirse, en tales operaciones, lo abonado en concepto de aquel impuesto por la primera de las adquisiciones mencionadas.

La respuesta a esta cuestión prejudicial la da el TJUE en la Sentencia de 12 de junio de 2019, asunto C-185/18, Oro Inversión (NFJ073607), concluyendo que la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (Directiva IVA) y el principio de neutralidad fiscal no se oponen a una normativa nacional, como la española, que somete a un impuesto indirecto que grava las transmisiones patrimoniales, distinto del IVA, la adquisición por una empresa a los particulares de objetos con alto contenido en oro o en otros metales preciosos, cuando tales bienes se destinen a la actividad económica de dicha empresa, la cual, para su transformación y posterior reintroducción en el circuito comercial, revende los bienes a empresas especializadas en la fabricación de lingotes o piezas diversas de metales preciosos.

Dictada la anterior resolución, el TS levanta la suspensión del recurso y ha dictado la Sentencia de 11 de diciembre de 2019 (rec. núm. 163/2016 –NFJ075683–)² en la que, tomando como base lo señalado por el TJUE, declara la sujeción de estas operaciones a la modalidad de TPO, en la medida en que lo esencial es analizarlas desde la perspectiva del particular que enajena el bien por cuanto es dicho particular el que realiza la transmisión y, por tanto, el hecho imponible del impuesto y no hay ningún precepto legal que exonere

² A esta sentencia han seguido, en el mismo sentido, 4 más dictadas el 12 de diciembre, 14 el 16 de diciembre, y otras 14 el 17 de diciembre.

del gravamen por la circunstancia de que el adquirente sea un comerciante que actúa en el seno del giro o tráfico empresarial de su actividad.

Con ello se pone fin a una dilatada polémica, pues el propio TS había mantenido una postura contraria y, como consecuencia de fijar jurisprudencia, tanto los órganos jurisdiccionales, como el propio Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC)³ habían tenido que ajustarse a la misma; si bien en las relaciones entre el concepto TPO y el IVA siguen existiendo múltiples puntos débiles que permiten dudar de la adecuada regulación nacional en operaciones en las que participa un empresario o profesional, pues basta una lectura de los artículos 7.1 y 20.Uno.20.º y 22.º y Dos de la LIVA para que surjan puntos de fricción; al igual que ocurre del examen del artículo 48 del texto refundido de la Ley del ITP y AJD, pues no se comprende bien como la venta de determinados bienes a empresarios o profesionales queda exenta del concepto TPO frente a otro tipo de bienes.

2. Exenciones

2.1. Exención de los servicios públicos postales del artículo 20.Uno.1.º de la LIVA

Las exenciones siempre han sido un campo abonado para la interpretación del TJUE de los distintos supuestos recogidos en la Directiva IVA, o para el TS los de nuestra LIVA. Son variados los pronunciamientos habidos en 2019, que pasan a detallarse.

El TJUE se pronuncia en la Sentencia de 16 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-4/18 y C-5/18, Winterhoff y Eisenbeis (NFJ075114), sobre la exención de los servicios públicos postales, respecto de la que tanto se ha pronunciado nuestro TS⁴, no siendo coincidentes en algunos casos las tesis de uno y otro órgano. En este caso delimita la noción de «servicio postal universal», con base en los principios y condiciones que había fijado en anteriores ocasiones el tribunal. Si bien había señalado que no cabe aplicar la exención a servicios específicos disociables del servicio de interés general, negociándose las condiciones individualmente, en esta ocasión considera el órgano jurisdiccional que los proveedores del servicio de distribución de correspondencia que, en su condición de titulares de una licencia nacional que los autoriza a ofrecer dicho servicio, están obligados a llevar a cabo, de conformidad con las disposiciones del derecho nacional, la prestación de notificacio-

³ En su Resolución de 20 de octubre de 2016 (RG 2568/2016 –NFJ064239–) advirtió el TEAC que cambiaba su criterio para ajustarse al del TS, por lo que estas operaciones quedaban fuera del ámbito de aplicación tanto del IVA como de la modalidad TPO.

⁴ Entre otras, Sentencias de 28 de junio de 2010 (rec. núm. 3183/2007 –NFJ039812–), de 28 de abril de 2011 (rec. núm. 5844/2008 –NFJ075766–) y de 14 de junio de 2018 (rec. núm. 2714/2017 –NFJ070896–).

nes formales de documentos que provienen de órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas, deben considerarse proveedores de servicio universal, estando exenta dicha prestación. Los servicios controvertidos consistían en la notificación formal de documentos en el marco de procedimientos judiciales o administrativos, que debían notificarse en virtud de un mandato de notificación encargado al servicio postal o a un proveedor de servicios análogo, de forma que el documento se introduce en un sobre cerrado, acompañado de un formulario preparado de acta de notificación, que, una vez notificado el documento, se devuelve a la autoridad que ha efectuado el mandato.

2.2. Exenciones sanitarias del artículo 20.Uno.2.º y 3.º de la LIVA

Son cuestiones recurrentes ante el TJUE las referidas a las exenciones sanitarias, cuyo marco subjetivo y objetivo plantean abundantes dudas de interpretación. Dos son las sentencias que interesa destacar:

La primera es la de 18 de septiembre de 2019, asunto C-700/17, Wolf-Henning (NFJ074658), en la que se examina el supuesto de un médico que presta servicios profesionales a un laboratorio de análisis clínicos, sin que haya por tanto una «relación de confianza» entre el paciente y quien presta la asistencia (no existe una relación directa con el paciente por parte del profesional). Dos son las conclusiones alcanzadas por el órgano jurisdiccional que interesa destacar: si bien los laboratorios de derecho privado que realizan análisis clínicos son establecimientos de la misma naturaleza que los hospitalarios y los centros médicos de diagnóstico, las exenciones de los números 2.º y 3.º no son incompatibles entre sí, de forma que si no se cumplen los requisitos establecidos para aplicar la exención relativa a los servicios de hospitalización (número 2.º), nada impide que pueda aplicarse la relativa a la asistencia a personas físicas por profesionales médicos (número 3.º), pues lo trascendente es que las prestaciones puedan estar incluidas en el concepto de «asistencia sanitaria» (número 2.º) o en el de «asistencia a personas físicas» (número 3.º). Además, la exención prevista en este último número no está supeditada al requisito de que la prestación de asistencia de que se trate se realice dentro de una «relación de confianza» entre el paciente y quien presta el servicio, lo que da lugar a declarar la exención de los servicios prestados por el médico al laboratorio, aunque aquel no tenga una relación directa con los pacientes; lo que tiene trascendencia no solo para las exenciones citadas, sino que debe plantearse si esta misma idea debe tenerse en cuenta para otras exenciones, como las educativas, deportivas, etc.

La segunda de las Sentencias es la de 27 de junio de 2019, asunto C-597/17, Belgisch Syndicaat van Chiropraxie y otros (NFJ073840), y tiene mayor trascendencia que la anterior, en tanto se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de la exención del número 3.º, relativa a la asistencia sanitaria por profesionales, haciendo hincapié en el principio de neutralidad que preside el impuesto. En el origen del asunto se encuentran los recursos interpuestos a nivel nacional por quiroprácticos, osteópatas, cirujanos plásticos y otros profesionales aná-

logos, en tanto es habitual que las normativas nacionales exijan para aplicar la exención que se trate de profesiones reguladas por la normativa del Estado miembro.

El TJUE es contundente en su respuesta, pues si bien la Directiva IVA no define por sí misma el concepto de profesiones médicas y sanitarias, sino que se remite a la definición contenida en la normativa interna de los Estados miembros, esta facultad no es ilimitada, y así, los Estados miembros deben comprobar que quienes prestan la asistencia sanitaria disponen de las cualificaciones profesionales requeridas, lo que no implica necesariamente que tales personas deban ejercer una profesión regulada por la normativa del Estado miembro de que se trate, en la medida en que es posible pensar en otros modos eficaces de controlar sus cualificaciones profesionales, por ejemplo, en función de la organización de las profesionales médicas y sanitarias del Estado miembro y, además, debe tenerse en cuenta el principio de neutralidad, puesto que prestaciones similares no pueden tener un tratamiento distinto. Así, no cabe excluir de la exención con carácter general y absoluto a quienes no son miembros de una profesión regulada, cuando han recibido una formación ofrecida por un establecimiento de enseñanza reconocido por el Estado miembro (a lo que podría añadirse reconocido por otro Estado miembro o por Estados terceros). En definitiva no se exige que la exención del número 3.º (debería incluirse también la del número 5.º) del artículo 20.Uno se aplique únicamente a las prestaciones realizadas por quienes ejerzan una profesión médica o sanitaria regulada por la normativa del Estado miembro de que se trate.

2.3. Exención relativa a uniones o agrupaciones del artículo 20.Uno.6.º de la LIVA

Estamos ante una exención que ha dado lugar a recientes modificaciones legislativas⁵, consecuencia de la doctrina del TJUE, y cuya redacción lleva a veces a cierta confusión en su interpretación. Este órgano jurisdiccional vuelve a conocer de esta exención en la Sentencia de 20 de noviembre de 2019, asunto C-400/18, Infohos (NFJ075481).

La exención se aplica a los servicios prestados por una agrupación autónoma de personas en beneficio directo de sus propios miembros, que deben ejercer una actividad exenta o por la que no tienen la condición de sujetos pasivos. Ahora bien, este objetivo no impide a la agrupación prestar servicios a quienes no son miembros. Por ello, deben distinguirse: 1) Los servicios prestados a los miembros de la agrupación cuando tales servicios se sigan prestando en el marco de los objetivos para los que se ha instituido esa agrupación, estarán exentos (sin perjuicio de evaluar una posible distorsión de la competencia). 2) Los servicios prestados a quienes no son miembros de la agrupación no pueden acogerse a la

⁵ Por Ley 6/2018, de 3 de julio, se dio nueva redacción al artículo 20.Uno.6.º de la LIVA.

exención y seguirán estando sujetos al IVA. En definitiva, la aplicación de la exención no está supeditada al requisito de que los servicios se ofrezcan exclusivamente a los miembros de la agrupación.

2.4. Exenciones relativas a la educación o enseñanza del artículo 20.Uno.9.º de la LIVA

Si bien nuestra jurisprudencia nacional y la doctrina del TEAC no se han pronunciado con relativa asiduidad sobre esta exención, al TJUE llegan con mayor frecuencia cuestiones referidas a la misma, que han planteado si nuestra norma interna se ajusta a la Directiva IVA. En 2019 se han dictado dos resoluciones por este tribunal que interpretan el marco objetivo de la exención a la enseñanza.

Se trata de la Sentencia de 14 de marzo de 2019, asunto C-449/17, A & G Fahrschul-Akademie (NFJ072718), y del Auto de 7 de octubre de 2019, asunto C-47/19, HA. En ambas se expone y desarrolla el concepto de «enseñanza escolar o universitaria», concretándolo después para la actividad desarrollada por el sujeto pasivo. Lo trascendente, por ello, es la delimitación que el tribunal realiza del marco objetivo de la exención o del concepto anterior, para indicarnos que no se limita a «la enseñanza que concluye con un examen para la obtención de una cualificación o que permite adquirir una formación para el ejercicio de una actividad profesional, sino que comprende otras actividades en las que la enseñanza se imparte en escuelas o universidades con el fin de desarrollar los conocimientos y las aptitudes de los alumnos o de los estudiantes, siempre y cuando dichas actividades no tengan carácter meramente recreativo» y, por ello, las actividades que no revisten un carácter meramente recreativo pueden estar comprendidas en el marco objetivo de la exención. En definitiva, según el TJUE, el concepto de «enseñanza escolar o universitaria» se refiere, por lo que al IVA afecta, a un sistema integrado de transmisión de conocimientos y de competencias relativos a un conjunto amplio y diversificado de materias, así como a la profundización y el desarrollo de esos conocimientos y de esas competencias por los alumnos y los estudiantes a medida que progresan y se especializan en los distintos grados constitutivos de que consta el sistema.

A partir de ahí, aplica estos principios a las actividades realizadas por los dos sujetos pasivos que examina, llegando a la misma conclusión, pues si bien en ambos casos existe una transmisión de diversos conocimientos prácticos y teóricos, constituyen, sin embargo, una educación o enseñanza especializada y *ad hoc* que, por sí solas, no equivalen a la transmisión de conocimientos y habilidades relacionadas con un conjunto amplio y diversificado de materias o temas, ni a su profundización y desarrollo, que es la característica esencial de la educación o enseñanza escolar o universitaria. Es pues la idea de una especialización y enseñanza *ad hoc*, específica, la que excluye la actividad del marco de la exención, debiendo ser muy conscientes de esta idea, que indudablemente es compleja y

representa lo que denominamos un concepto jurídico indeterminado, cuando examinamos las actividades de enseñanza y su exención en materia de IVA.

Así, en la primera sentencia, el TJUE ratifica de manera expresa la doctrina de la DGT en materia de autoescuelas dirigidas a la obtención de permisos de conducción de vehículos (en este caso eran los permisos B y C1). Concluye el TJUE que la exención, recogida en nuestro artículo 20.Uno.9.º de la LIVA, no comprende la enseñanza de la conducción impartida por autoescuelas dirigidas a la obtención de estos permisos, al no quedar integrada en el concepto de «enseñanza escolar o universitaria».

Otro tanto ocurre en el Auto de 7 de octubre de 2019, al no incluirse en el ámbito de la exención la enseñanza del surf y la vela (podemos generalizar a cualquier deporte) impartida por escuelas o centros de este deporte para las escuelas o para las universidades, en las que esta enseñanza puede ser parte o estar cubierta, respectivamente, por el programa de actividades deportivas o la formación de profesores de deportes y contar en la notación. Lo trascendente de este segundo supuesto es que aún incluso en el caso de que el sujeto pasivo imparta la enseñanza para un centro educativo exento, la actividad que realiza el primero no queda exenta, en tanto no cumple con la idea de generalización en la transmisión de conocimientos y habilidades que se exige para quedar integrado dentro de la noción de la educación escolar o universitaria, lo que puede ser discutido cuando, como en este caso, se es un medio técnico utilizado por un centro educativo exento para impartir la enseñanza a la que se ha comprometido frente a sus alumnos. La interpretación del TJUE puede, por tanto, dejar fuera de la exención a numerosas actividades que prestan de forma habitual u ocasional los empresarios o profesionales a los centros educativos o universitarios.

2.5. Exenciones financieras del artículo 20.Uno.18.º de la LIVA

Dada la amplitud objetiva de esta exención existe numerosa doctrina nacional de la Dirección General de Tributos (DGT) y del TEAC, así como una notable jurisprudencia del TS y también del TJUE, quien ha establecido ya las nociones generales sobre estas exenciones, por lo que, en general, se plantean ahora supuestos específicos para examinar si quedan comprendidos o no en el marco de la exención. Así, el TJUE vuelve a pronunciarse en tres sentencias.

En la primera, de 15 de mayo de 2019, asunto C-235/18, Vega International Car Transport and Logistic (NFJ073216), califica como un servicio de concesión de crédito (del art. 20.Uno.18.º, letra c), LIVA) y, por ello exento de IVA, la puesta a disposición de sus filiales por una sociedad matriz de un grupo, de tarjetas de carburantes (puede ampliarse a cualquier otra finalidad, en principio) que permite a las filiales abastecer de carburante los vehículos afectos a la actividad económica que realizan y que queda sujeta al impuesto.

En las dos siguientes sentencias delimita negativamente la exención y así, en la Sentencia de 3 de octubre de 2019, asunto C-42/18, Cardpoint (NFJ074968), estima el TJUE

que queda excluida de las exenciones financieras una prestación de servicios para una entidad financiera que explota cajeros automáticos, consistente en poner en funcionamiento y mantener operativos los cajeros automáticos, abastecerlos de billetes, instalar en ellos equipo y programas informáticos para leer los datos de las tarjetas bancarias, transmitir las solicitudes de autorización de retirada de efectivo a la entidad financiera emisora de la tarjeta utilizada, proceder a la entrega del efectivo solicitado y registrar las operaciones de retirada de dinero. Y ello, por cuanto esta actividad no consiste en realizar operaciones relativas a pagos exentas de IVA prevista en nuestro artículo 20.Uno.18.º, letra a), de la LIVA (ni constituyen una transmisión de fondos ni implican las modificaciones jurídicas características de una operación relativa a pagos), no teniendo el sujeto pasivo poder de decisión alguno en lo que concierne a las transacciones de que se trata.

En la Sentencia de 17 de octubre de 2019, asunto C-692/17, Paulo Nascimento Consulting (NFJ075110), considera el TJUE que no queda incluida en la exención relativa a la concesión y la negociación de créditos o a la gestión de créditos (art. 20.Uno.18.º, letras c) y d), LIVA) una operación que consiste, para el sujeto pasivo, en ceder a un tercero, a título oneroso, todos los derechos derivados de su posición en un procedimiento de ejecución forzosa de un crédito que ha sido reconocido en una resolución judicial y cuyo pago está garantizado por un derecho sobre un bien inmueble embargado que ha sido adjudicado a dicho sujeto pasivo.

2.6. Exención de apuestas y juegos del artículo 20.Uno.19.º de la LIVA

El TS en la Sentencia de 12 de marzo de 2019 (rec. núm. 4636/2017 –NFJ072859–)⁶ analiza esta exención, siendo la cuestión que presenta interés casacional el supuesto en el que un empresario titular de un establecimiento hostelero y un empresario titular de máquinas recreativas tipo «B» (exentas del IVA) suscriben un contrato calificable como asociativo o de explotación conjunta (en general, el empresario hostelero, a cambio de una retribución que suele consistir en un porcentaje de la recaudación de la máquina, cede un espacio de su local para emplazar la máquina en un lugar visible y accesible para la clientela, la mantiene conectada a la red eléctrica durante el horario en que el establecimiento permanece abierto, se compromete a avisar a la empresa operadora en caso de avería, a abonar, en su caso, los premios si no lo hiciese la máquina, vigilando su utilización) y la determinación de si existe una prestación de servicios del primero al segundo sujeta al impuesto y, en su

⁶ En idéntico sentido, Sentencias de 12 de marzo de 2019 (recs. núms. 4205/2017 y 4206/2017), de 19 de marzo de 2019 (rec. núm. 5342/2017 –NFJ073049–); de 3 de abril de 2019 (rec. núm. 4406/2017), de 11 de julio de 2019 (rec. núm. 6052/2017), de 16 de diciembre de 2019 (rec. núm. 4216/2017) y de 18 de diciembre de 2019 (recs. núms. 126/2018, 4409/2018, 364/2019, 494/2019 y 979/2019).

caso, exenta, de acuerdo con el artículo 20.Uno.19.º de la LIVA, que recoge la exención relativa a loterías, apuestas y juegos.

De manera correcta, y con carácter previo a la aplicación de la exención, el TS entra a conocer de la sujeción al impuesto en relación con la actividad desarrollada por el hostelero titular del establecimiento. Tras efectuar un certero análisis de la noción de actividad económica de acuerdo con la normativa europea, señala el TS que el hecho imponible del IVA y la propia configuración de la exención no pueden alterarse por voluntad de las partes, concluyendo que «la prestación de servicios de carácter oneroso que realiza el titular del local, mediante la cesión de un determinado espacio para ubicar la máquina recreativa, es reconocible de forma autónoma e individualizada», negando así la existencia de un vínculo societario entre ambos empresarios, por lo que el titular del establecimiento realiza una prestación de servicios sujeta al impuesto.

Tras analizar la normativa y jurisprudencia europeas, fija el TS el siguiente contenido interpretativo:

Con independencia de la calificación del contrato entre un empresario titular de un establecimiento hostelero y un empresario titular de máquinas recreativas tipo «B», el titular de máquinas recreativas tipo «B» realiza, por un lado, la actividad económica de juego, sujeta a IVA pero exenta por aplicación del artículo 20.Uno.19.º de la LIVA y el titular del establecimiento hostelero realiza, por otro lado, una prestación de servicios sujeta a IVA (artículos 4 y 11 LIVA), que junto a otras obligaciones anejas, consiste principalmente en la puesta a disposición de un espacio para la instalación de las máquinas a cambio de una contraprestación con independencia de que la retribución que perciba pueda variar en función de la recaudación que se obtenga de la máquina, prestación que no puede considerarse exenta al amparo del artículo 20.Uno.19.º de la LIVA.

2.7. Exenciones inmobiliarias. No es primera entrega la de un edificio en construcción. Artículo 20.Uno.22.º de la LIVA

Si bien la cuestión de fondo a dilucidar se refiere esencialmente a la delimitación de las competencias entre las Haciendas forales y la común, el TS en la Sentencia de 17 de septiembre de 2019 (rec. núm. 310/2018 –NFJ075027–), nos recuerda que para calificar una entrega de edificaciones como primera, segunda o ulterior entrega, y aplicar, en su caso, la exención del artículo 20.Uno.22.º de la LIVA, habrá que estar a los términos de los contratos por los que se efectúa la entrega, de modo que si el objeto del contrato no es «el edificio terminado», no estaremos ante una primera entrega, por lo que tributará como operación sujeta y no exenta al tipo general del impuesto. Posteriormente, la entrega del edificio o de parte del mismo, una vez concluida la edificación constituirá primera entrega, tributando al tipo reducido si se trata de viviendas, o al general en otro caso.

2.8. Exenciones inmobiliarias. Arrendamiento de terrenos rústicos. Artículo 20.Uno.23.º, letra a), de la LIVA

En la Sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2019, asunto C-278/18, Sequeira Mesquita (NFJ072755), se examina el supuesto de una operación consistente en la cesión de una explotación agrícola de fincas rústicas que estaban cubiertas de viñas, concluyendo en su exención.

No hay duda de que, de acuerdo con nuestro artículo 20.Uno.23.º, letra a), de la LIVA, esta cesión o arrendamiento estará exento. Sin embargo, la sentencia nos aporta varias consideraciones de interés.

Reitera la finalidad de esta exención que no es otra que el arrendamiento de bienes inmuebles es una actividad económica, en general relativamente pasiva, que no produce un valor añadido relevante y, por ello, debe distinguirse de otras actividades que, o bien constituyen negocios industriales y comerciales, o bien son actividades cuyo objeto consiste más en el cumplimiento de una prestación que en la mera puesta a disposición de un bien (como el derecho a utilizar un campo de golf, el derecho a utilizar un puente a cambio del pago de un derecho de peaje, etc.). De ahí que este carácter pasivo que justifica la exención se deba a la naturaleza de la propia operación y no a la manera en que el arrendatario utiliza el bien de que se trate.

También reitera que la duración brevísima de un contrato de cesión de inmuebles puede excluir la operación del ámbito de la exención.

Finalmente el TJUE reitera el principio de accesoriedad en el IVA, y así resulta de interés destacar que si bien la cesión del inmueble llevaba consigo la transferencia de determinados bienes y derechos incorporales (transferencia de autorizaciones legales de plantación de viñas destinadas a la producción vinícola, la denominación o rótulo de un establecimiento empresarial, etc.), estos no pueden disociarse de la cesión, de tal manera que el contrato de arrendamiento constituye un negocio jurídico único, cuya prestación principal consiste en poner a disposición del cesionario los bienes inmuebles, por lo que queda exenta del impuesto.

2.9. Exenciones relativas a las exportaciones y operaciones asimiladas de los artículos 21 a 24 de la LIVA

Es un principio admitido por el TJUE, en relación con la generalidad de elementos de la relación jurídica, que el incumplimiento de las obligaciones formales no impide la aplicación de los derechos o beneficios que el IVA otorga al sujeto pasivo cuando se dan las condiciones materiales necesarias para ello (en el caso que ahora examinamos, los correspon-

dientes a la aplicación de las exenciones relacionadas con exportaciones), al margen del fraude o abuso del derecho o de la aplicación de la «teoría del conocimiento». Pues bien, el TJUE analiza estos efectos en materia de exenciones a la exportación en dos sentencias.

En la Sentencia de 17 de octubre de 2019, asunto C-653/18, *Unitel* (NFJ075127), interpreta estos principios el TJUE en relación con la exención a la exportación de bienes en un supuesto en el que un sujeto pasivo había efectuado entregas vinculadas a exportaciones fuera del territorio de la Unión, si bien los bienes no habían sido adquiridos por los destinatarios que se mencionaban en las facturas expedidas por el proveedor, sino por otros sujetos no identificados, por lo que el Estado miembro denegó la exención (correspondiente a nuestro art. 21 LIVA). El TJUE considera que la Directiva IVA se opone a una práctica nacional consistente en considerar, en todos los casos, que no existe entrega de bienes y en negarse a reconocer el derecho a la exención cuando los bienes hayan sido exportados fuera del territorio de la Unión y, tras su exportación, las autoridades fiscales hayan comprobado que el adquirente de los bienes no era la persona mencionada en la factura emitida por el sujeto pasivo, sino otra entidad que no ha sido identificada. Solo puede denegarse la exención cuando la falta de identificación del adquirente real (el incumplimiento de las condiciones formales) impide demostrar que la operación de que se trate constituye una entrega de bienes exenta (impide acreditar los requisitos materiales u objetivos del hecho imponible o de la exención, en nuestro caso venta o entrega de los bienes, expedición fuera de la Unión y abandono físicamente del territorio de la Unión) o en el caso de que se acredite que el sujeto pasivo sabía o debía haber sabido que la operación estaba relacionada con un fraude cometido contra el sistema común del IVA.

De forma análoga en la aplicación de estos principios, en la Sentencia de 28 de marzo de 2019, asunto C-275/18, *Milán Vinš* (NFJ072909), el TJUE vuelve a incidir en que el incumplimiento de requisitos formales no puede impedir la aplicación de la exención cuando han concurrido las condiciones materiales que exigía la norma. En este caso se trataba de un empresario que efectuaba envíos (entre 400 a 500 objetos de colección) fuera del territorio de la Unión, no presentando declaraciones de IVA al estimar que las entregas estaban exentas al estar los bienes destinados a la exportación, por lo que la Administración le exige el ingreso de la deuda al considerar que no se habían acogido los bienes al régimen aduanero de exportación. Para el órgano jurisdiccional, el incumplimiento del requisito formal de la inclusión de los bienes destinados a la exportación en el régimen aduanero de exportación no puede dar lugar a que el exportador pierda su derecho a la exención a la exportación, siempre que haya acreditado la salida efectiva de las mercancías en cuestión del territorio de la Unión, con las excepciones anteriormente apuntadas.

En materia también de exenciones a la exportación, en la Sentencia de 20 de junio de 2019, asunto C-291/18, *Grup Servicii Petroliere* (NFJ073697), delimita desde el punto de vista negativo el TJUE la expresión «buques afectados a la navegación en alta mar», recogida en nuestro artículo 22.Uno de la LIVA, concluyendo que no se incluyen en este concepto la entrega de estructuras flotantes que quedan fijas o estáticas (como son las plataformas

de perforación marina autoelevables que se utilizan de manera principal en posición inmóvil para explotar yacimientos e hidrocarburos en el mar), en tanto no se utilizan para fines de navegación, esto es, para desplazarse en el espacio marítimo, que es la condición indispensable que requiere la exención, pues el objetivo de su regulación no es otro que incentivar el transporte internacional; lo que debería llevar a replantear la interpretación que sobre esta materia lleva a cabo la DGT.

2.10. Exenciones a las importaciones

De manera reiterada el TJUE viene manteniendo que no puede verse afectado un sujeto pasivo que, no teniendo conocimiento o no pudiendo tenerlo de su participación, en una operación se ocasiona un fraude a la Hacienda pública por un tercero. En la Sentencia de 14 de febrero de 2019, asunto C-531/17, *Vetsch Int. Transporte* (NFJ072512), analiza la aplicación de esta denominada «teoría del conocimiento» en relación con las operaciones de importación exentas recogidas en nuestro artículo 27.12.º de la LIVA, esto es, la situación se refiere a importaciones de bienes a través del territorio de aplicación del impuesto, que tienen como punto de llegada un lugar situado en otro Estado miembro, efectuándose por ello una entrega intracomunitaria exenta del artículo 25 (importación vinculada a una inmediata entrega intracomunitaria de bienes) y que, por tal motivo, están exentas las importaciones. Pues bien, en la situación analizada el importador desconocía que el destinatario final que reside en otro Estado miembro cometía un fraude a la Hacienda pública y, en este sentido, el TJUE considera que no puede negarse al importador designado o reconocido como deudor el disfrute de la exención, en una situación en la que, por una parte, el destinatario de la transferencia intracomunitaria consecutiva a la importación comete un fraude en una operación posterior a la mencionada transferencia y, por otra, ningún dato permite considerar que el importador sabía o debería haber sabido que tal operación posterior estaba implicada en un fraude cometido por el destinatario.

3. Lugar de realización

3.1. Acceso a manifestaciones educativas del artículo 70.Uno.3.º de la LIVA

Las reglas especiales de localización de las prestaciones de servicios contenidas en el artículo 70 de la LIVA dan lugar a una notable conflictividad, pues sus términos no garantizan en muchos casos el principio de seguridad jurídica que debería imperar en la materia. Baste para ello considerar los extensos informes elaborados por la Comisión respecto de los servicios relacionados con bienes inmuebles, o los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y televisión y de los prestados por vía electrónica; o la redacción de los pre-

ceptos del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (Reglamento de Ejecución) relativos a estos servicios.

No se escapan el resto de reglas de localización de esta conflictividad, y así, la regla de localización de los servicios culturales, educativos, deportivos y análogos, cuando el destinatario es otro empresario, prevista en el artículo 70.Uno.3.º de la LIVA, y en los artículos 32 y 33 del Reglamento de Ejecución, plantean dudas en su interpretación. Una de ellas ha sido siempre la del contenido del marco objetivo, en tanto viene delimitado por la noción «acceso a manifestaciones» (culturales, educativas, etc.).

El TJUE en la Sentencia de 13 de marzo de 2019, asunto C-647/17, Skatteverket (NFIJ072795), se dedica a concretar este concepto en relación con servicios educativos, en concreto la asistencia a un curso o seminario de contabilidad y gestión impartido por una asociación a sus miembros, con una duración de 30 horas repartidas en cinco días, para cuya inscripción se requería del previo pago, sin que se discuta que estamos ante prestaciones de servicios sujetas y no exentas.

Varias son las conclusiones alcanzadas por el TJUE que nos interesa destacar. La primera, que esta regla de localización no debe considerarse una excepción a una regla general que deba interpretarse de manera estricta.

La segunda es que los servicios contemplados en esta regla relacionados con el acceso a manifestaciones educativas y científicas, como las conferencias y seminarios, comprenderán las prestaciones de servicios cuyas características fundamentales consistan en la concesión del derecho de acceso a tales manifestaciones a cambio de una entrada o de un pago y los cursos que imparte el sujeto pasivo, que presuponen la presencia física de los asistentes, están comprendidos en la categoría de las manifestaciones educativas a que se refiere el artículo 32 del Reglamento de Ejecución. En este sentido, el acceso a seminarios facilitado a sujetos pasivos a cambio de una contraprestación económica implica necesariamente la posibilidad de asistir y participar en ellos, por lo que, tal participación está estrechamente ligada al acceso a dichos seminarios. Por ello, no cabe aceptar la distinción entre el derecho a entrar en un lugar y el de participar en una formación específica a efectos de la aplicación de esta regla de localización.

En definitiva la determinación del lugar de la prestación de cursos como los expuestos debe llevarse a cabo sobre la base del artículo 70.Uno.3.º de la LIVA y, en consecuencia, quedarán sujetos al IVA en el lugar en el que tienen lugar efectivamente, es decir, en los Estados miembros en los que se imparten los cursos; a pesar de que, como reconoce el TJUE, ello pueda aumentar la carga administrativa que recae sobre determinados operadores.

La interpretación realizada por el TJUE en esta sentencia conllevaría en su caso que se replantea la doctrina de la DGT en materia de cursos, seminarios y servicios análogos,

en tanto puede estar alejada de estos criterios, pues nuestro órgano administrativo acude comúnmente a la regla general del artículo 69.Uno.1.º de la LIVA⁷.

3.2. Prestaciones de servicios recreativas a destinatarios no empresarios o profesionales del artículo 70.Uno.7.º, letra c), de la LIVA

En la Sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-568/17, Geelen (NFIJ073230), el TJUE analiza la norma de conflicto aplicable a este tipo de servicios (se trataba de espectáculos eróticos filmados fuera de la Unión que eran objeto de sesiones interactivas accesibles en directo por internet prestadas por un empresario establecido en un Estado miembro a destinatarios de este mismo Estado que podían incluso interactuar). Recuerda, en primer lugar, que para estar comprendida en el ámbito de aplicación de esta regla, la prestación de servicios debe tener como objetivo principal, en particular, el entretenimiento no exigiéndose un nivel artístico especial, por lo que quedan comprendidas también actividades simplemente similares. Resulta interesante que el TJUE señale que es irrelevante que esos servicios recreativos no se presten con la presencia física de sus destinatarios y que estos últimos no accedan a dicha prestación desde un único lugar, concluyendo en la aplicación de esta regla especial de localización en tanto el objetivo principal del servicio es el entretenimiento. Debe determinarse, por tanto, dónde materialmente se realizan y para ello el TJUE, al considerar que estamos ante prestaciones complejas en las que las actividades necesarias para su desarrollo se concentran en el lugar desde el que el prestador organiza las sesiones interactivas y permite a los clientes contemplar las sesiones en cualquier lugar por internet e interactuar con las personas filmadas, debe considerarse «materialmente realizadas» en el lugar desde el que dicho prestador las suministra, en el caso examinado, donde está situada la sede de sus actividades económicas.

Si bien analiza a continuación el TJUE si estamos ante una prestación de servicios prestada por vía electrónica, al analizar una normativa que en la actualidad no está vigente, no tiene efectos en el momento actual, debiendo revisarse el criterio fijado por el órgano jurisdiccional para adaptarlo a la normativa vigente.

3.3. Servicios cuya explotación o utilización efectivas se produce en el territorio de aplicación del impuesto del artículo 70.Dos de la LIVA

La norma de conflicto prevista en el artículo 70.Dos, relativa a la utilización o explotación efectivas en el territorio de aplicación del impuesto, es una cláusula de cierre de las reglas

⁷ Véanse así, entre otras, las Consultas V2476/2014, de 23 de septiembre (NFI052277), y V1479/2019, de 19 de junio (NFI072806).

de localización que ha producido reiteradamente conflictividad en su aplicación (Longás Lafuente, 2019a, 53-94).

Vuelve ahora el TS a pronunciarse sobre la misma en las Sentencias de 16 de diciembre de 2019 (rec. núm. 6477/2018 –NFJ075742–) y de 17 de diciembre de 2019 (rec. núm. 6274/2018 –NFJ075745–), referidas ambas al mismo servicio y contribuyente. Se trata de servicios de consultoría de marketing y asesoramiento, así como de publicidad, prestados por una entidad residente en el territorio de aplicación del impuesto, a otra sociedad del mismo grupo residente en Gibraltar, que afecta dichos servicios a su actividad de juego *online*.

Al margen de la controversia suscitada en materia de prueba de los hechos, en la que no entra el TS por no ser materia del recurso al tener vedado el terreno de las apreciaciones fácticas, son varias las apreciaciones del órgano jurisdiccional que merecen destacarse. En primer lugar, y por lo que se refiere a los servicios citados, aprecia el TS que la normativa anterior al año 2010 y la vigente a partir del mismo, es análoga y no observa diferencias que permitan un trato divergente. Reconoce asimismo que las reglas relativas al lugar de realización de las prestaciones de servicios constituyen normas de conflicto que deben ser objeto de interpretación uniforme en toda la Unión, por lo que, partiendo de lo señalado por el TJUE, esencialmente en la Sentencia de 19 de febrero de 2009, asunto C-1/08, Athesia Druck (NFJ031653), considera que una prestación de servicios de publicidad por un proveedor establecido en la Unión, en favor de un destinatario, final o intermedio, situado en un tercer Estado, se considera efectuado en el territorio de aplicación del impuesto, siempre y cuando la utilización y la explotación efectivas se lleven a cabo en el interior de este Estado miembro, como ocurre en el supuesto que examina. Por ello, fija como contenido interpretativo este mismo principio respecto de la actividad de publicidad, consultoría, marketing y asesoramiento prestados por una empresa establecida en el territorio de aplicación del impuesto cuando la destinataria de los servicios es otra empresa establecida fuera de la Unión (Gibraltar) y se dedica a la prestación de servicios de juego *online* a través de plataformas digitales, al utilizar o explotar en el territorio de aplicación del impuesto los servicios prestados por la primera.

Finalmente, deben destacarse las apreciaciones que realiza el TS respecto de la aplicación parcial de la regla de utilización o explotación efectivas, pues indica que esta posibilidad no se reconoce explícitamente por la Directiva IVA; si bien, con independencia de lo anterior, entra a examinar el supuesto concreto, y concluye que no existe base para contemplar esta aplicación parcial, considerando las alegaciones y pruebas aportadas por el contribuyente.

4. Devengo

4.1. Devengo en caso de entrega de pagarés

La Sentencia del TS de 23 de abril de 2019 (rec. núm. 1250/2017 –NFJ073215–), examinada en el apartado 5.4 siguiente, si bien indirectamente, alude al devengo en el caso de

entrega de pagarés a la orden, teniendo trascendencia en caso de que se entreguen al sujeto pasivo con anterioridad a la realización del hecho imponible. En los supuestos de pagos anticipados, el artículo 75.Dos de la LIVA determina que el devengo se produce cuando se pague el precio o la parte del precio en que consista la operación sujeta. Pues bien, el TS nos recuerda que la entrega de pagarés a la orden solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, momento en que se producirá el devengo y esta realización es anterior al momento de la entrega del bien o de la prestación del servicio.

4.2. Devengo y exigibilidad. Prestaciones de servicios en que se pacta la recepción de los trabajos. Artículo 75.Uno.2.º de la LIVA

Los conceptos de devengo y exigibilidad siempre han creado conflictividad en nuestra jurisprudencia, dado que la separación entre ambos no se encuentra delimitada en nuestra norma interna, no así en la Directiva IVA, en donde se distinguen claramente ambas nociones. Vuelven a tratarse las mismas en la Sentencia del TJUE de 2 de mayo de 2019, asunto C-224/18, Budimex (NFJ073211), en relación con una operación basada en una prestación de servicios consistente en unos trabajos de construcción y montaje, pactándose en contrato que es precisa la recepción de las obras y sin que pueda determinarse de manera clara y precisa la base imponible hasta ese momento.

No le cabe duda al TJUE que, como regla general, en el caso de una prestación de servicios de construcción o de montaje se considera que esta se efectúa en la fecha de terminación material de los trabajos. Ahora bien, para calificar una operación como sujeta al IVA la realidad económica y mercantil constituye un criterio fundamental para la aplicación del impuesto, y las estipulaciones contractuales constituyen un elemento esencial para identificar la operación. Pues bien, en el supuesto que examina, considera el órgano jurisdiccional que no puede considerarse efectuada la prestación de servicios hasta una fase posterior a la fecha de terminación material de la prestación, cuando se ha procedido conforme a ciertas modalidades indisociables de ella y determinantes para garantizar su completa realización. Así se desprende de las estipulaciones el derecho del promotor a comprobar la conformidad de los trabajos y la obligación del prestador de efectuar las modificaciones necesarias, no siendo posible definir la base imponible y el importe del impuesto adeudado antes de la recepción de los trabajos por el promotor. Se concluye en la sentencia que, considerando estas circunstancias, esto es, siempre que la recepción de los trabajos haya sido estipulada en el contrato de prestación de servicios y que tal modalidad refleje las normas y las prácticas propias del ámbito en el que se realiza la prestación, cabe estimar que dicha formalidad es parte de la prestación y que, por tanto, es determinante para considerar que se haya realizado efectivamente.

Importante sentencia, por tanto, que debe hacer variar la interpretación doctrinal y jurisprudencial nacional en esta materia.

5. Base imponible

5.1. Base imponible en operaciones de dación en pago

Se ha analizado en el apartado 1.1 la Sentencia del TS de 31 de enero de 2019 (rec. núm. 1095/2018 –NFJ075763–)⁸ referida a la dación en pago. La misma resolución, tras concluir en la existencia de un hecho imponible cuando la entrega del bien inmueble, afecto a la actividad económica, la realiza un sujeto pasivo del IVA, detalla también la base imponible de la operación, de acuerdo con el artículo 78 de la LIVA, «habría que contemplar el importe total de la contraprestación, es decir, el importe de la deuda hipotecaria extinguida, que constituye, precisamente, la contraprestación de la adjudicación en pago del inmueble al acreedor hipotecario».

Si bien el TS indica que esta determinación de la base imponible debe efectuarse en el supuesto de que no concurra la exención del artículo 20.Uno.20.º y 22.º de la LIVA, o si se produce la renuncia a la exención resultase de aplicación la regla de inversión del sujeto pasivo, debe advertirse que la concreción de la base imponible debe realizarse también en los casos en que la operación esté exenta, dado que puede incidir en la fijación del porcentaje de prorrata, y en el importe del volumen de operaciones a efectos del artículo 121 de la LIVA.

5.2. Partidas que se incluyen en la base imponible, subvenciones vinculadas al precio. Artículo 78.Dos.3.º de la LIVA

La determinación de las subvenciones que deben incluirse en la base imponible ha supuesto de siempre una cuestión controvertida, respecto de la que el legislador nacional ha ido introduciendo modificaciones en la LIVA y ha exigido de abundante jurisprudencia europea y nacional para concretar la noción de subvención vinculada al precio. Finalmente el TJUE⁹ fijó unos criterios uniformes, que plantean dudas acerca de si nuestra norma interna se ajusta a la Directiva IVA, y que ahora son reiterados en la Sentencia de 9 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-573/18 y C-574/18, C (NFJ075025). La importancia de esta resolución radica esencialmente en este compendio de requisitos o condiciones que debe reunir una subvención para que sea considerada vinculada al precio de las operaciones, teniendo en cuenta que, en caso de que concurran, debe incluirse en la base imponible, si bien, como se ha apuntado, nuestra norma interna dista de estos criterios, por lo que debe tenerse en cuenta la posible compatibilidad entre ambas normas.

⁸ En el mismo sentido las sentencias señaladas en la nota 1.

⁹ Esencialmente en las Sentencias de 27 de marzo de 2014, asunto C-151/13, Le Rayon d'Or (NFJ053978); de 29 de octubre de 2015, asunto C-174/14, Sudaçor (NFJ060153); y de 22 de febrero de 2018, asunto C-182/17, Nagyszénás Településszolgáltatási Nonprofit Kft (NFJ069667).

Tres son las condiciones básicas, cuyo análisis se efectúa de manera más pormenorizada en otras resoluciones, para calificar a una subvención como vinculada al precio de las operaciones:

- La subvención debe ser abonada al operador subvencionado con el fin de que realice específicamente una entrega de bienes o una prestación de servicios determinada.
- Los adquirentes del bien o los destinatarios del servicio deben obtener una ventaja de la subvención concedida al beneficiario, siendo necesario que el precio que paga el adquirente o el destinatario se determine de forma tal que disminuya en proporción a la subvención concedida al vendedor del bien o al prestador del servicio. Hay que examinar si, objetivamente, el hecho de que se abone una subvención al vendedor o al prestador le permite vender el bien o prestar el servicio por un precio inferior al que tendría que exigir si no existiese la subvención.
- Finalmente, la contraprestación que representa la subvención tiene que ser, como mínimo, determinable.

5.3. Partidas que se incluyen en la base imponible. Tributos. Artículo 78.Dos.4.º de la LIVA

En ocasiones se plantea si los tributos deben incorporarse a la base imponible de las operaciones y, sobre todo, si las tasas por la prestación de servicios públicos que fijan las Administraciones llevan incorporada la cuota de IVA, en el supuesto de encontrarnos ante operaciones sujetas y no exentas del impuesto. En la Sentencia de 10 de abril de 2019, asunto C-214/18, PSM «K» (NFJ073164), el TJUE parte del principio general, según el cual, en el caso de una prestación de servicios, la base imponible estará constituida, con excepción del propio IVA, por la totalidad de la contraprestación que quien preste el servicio obtenga o vaya a obtener, con cargo a la prestación en cuestión, del adquirente, del destinatario o de un tercero. Ahora bien, recuerda que la Directiva IVA no contiene ninguna norma expresa sobre la cuestión de si las tasas que fijan las Administraciones deben incluir el IVA devengado, correspondiendo a los Estados miembros resolver esta cuestión, por lo que un Estado miembro puede fijar que la cuota devengada quede incorporada al importe de la tasa. El problema que se suscita, y así puede trasladarse a nuestro ámbito interno, es cuando la norma que crea la tasa no establece regla alguna al respecto.

5.4. Base imponible en operaciones con contraprestación no monetaria del artículo 79.Uno

El TS en la Sentencia de 23 de abril de 2019 (rec. núm. 1250/2017 –NFJ073215–) lleva a cabo un análisis de la regla que fija la base imponible en operaciones con contrapresta-

ción no monetaria prevista en el artículo 79.Uno de la LIVA. Los hechos que dan lugar a la sentencia son anteriores a la vigente redacción del precepto dada por la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, y tanto la Administración tributaria como los órganos revisores (TEAC y Audiencia Nacional –AN–), siguiendo la doctrina anterior del TS, habían acudido al valor de mercado para fijar la base imponible.

Pues bien, la trascendencia de esta resolución radica precisamente en que el TS entra a conocer de esta cuestión también con la redacción actual, realizando varias consideraciones de gran calado en la aplicación de la norma nacional.

En primer lugar, la regla del artículo 79.Uno de la LIVA no es más que una precisión de la regla general contenida en el artículo 78, pero no constituye una regla especial de determinación de la base imponible, a diferencia de otros supuestos contenidos en el mismo precio, como son las reglas del autoconsumo o de las operaciones vinculadas.

La segunda consideración de interés es el propio contenido interpretativo de la sentencia: el artículo 79.Uno de la LIVA, tanto en la redacción anterior como en la actual, analizado a la luz de la Directiva IVA y de la jurisprudencia del TJUE debe ser interpretado en el sentido de que a los efectos de cuantificar la base imponible del IVA de una operación sujeta al impuesto, entre partes no vinculadas (de existir vinculación se entiende que se acudirá a la regla del art. 79.Cinco), cuya contraprestación no consista en dinero deberá atenderse al valor o importe acordado entre las partes como contraprestación de la prestación de la operación, sin que resulte posible tomar como referencia el valor de mercado de los bienes o servicios recibidos como contraprestación.

Finalmente el TS cuestiona también la redacción actual y la remisión que el artículo 79.Uno hace a la regla de autoconsumo, en tanto, como se ha dicho, estamos ante una concreción de la regla general, lo que supone un desajuste de la norma nacional respecto de la europea¹⁰.

5.5. Contratos por los que se intercambian operaciones recíprocas. Artículo 79.Uno de la LIVA

También el TJUE ha analizado un supuesto de contraprestación no monetaria en la Sentencia de 10 de enero de 2019, asunto C-410/17, A Oy (NFIJ072392). Se trataba de una empresa de demoliciones que, en virtud de contrato, se comprometía a demoler edificios que comprende la retirada de materiales y residuos de chatarra y desecho, asumiendo las fun-

¹⁰ Para un examen más pormenorizado de las cuestiones que plantea el TS en esta sentencia puede leerse el artículo de Longás Lafuente (2019b, 136-152).

ciones de empresario principal, responsable y director de las obras. Parte de los materiales de residuo y desecho podían ser vendidos por el empresario encargado de la demolición a empresas que adquirirían la chatarra y residuos, de forma que ello se tenía en cuenta a la hora de elaborar la oferta por las labores de demolición. Otro tanto ocurría con maquinaria y aparatos viejos que desmontaba y retiraba de los edificios.

Es interesante la sentencia, en tanto el TJUE analiza desde el punto de vista del IVA las situaciones en las que se dan prestaciones u operaciones recíprocas, que quedan sujetas al impuesto cuando ambas partes son empresarios o profesionales, dando lugar así al hecho imponible de IVA, debiendo determinarse la base imponible de las operaciones.

Al margen de la existencia de estas obligaciones recíprocas, que confirma el TJUE y, por tanto, la existencia de varios hechos imponibles, así como la determinación de la base imponible de acuerdo con las reglas que ahora se recogen en nuestro artículo 79.Uno de la LIVA, nos recuerda el órgano jurisdiccional que la contraprestación de una prestación de servicios puede consistir en una entrega de bienes y constituir su base imponible, si bien a condición de que exista una relación directa entre la entrega de bienes y la prestación de servicios y de que el valor de aquella pueda expresarse en dinero; y lo mismo ocurre cuando una entrega de bienes se intercambia por una prestación de servicios, desde el momento en que se cumplan esos mismos requisitos. Esto es, los contratos de trueque, en los que, por definición, la contraprestación debe abonarse en especie, y las transacciones en las que la contraprestación es dineraria son, desde el punto de vista económico y comercial, dos situaciones idénticas.

Con base en estas reglas, precisa el tribunal que en una situación como la descrita la entrega de chatarra recuperable se hace a cambio de una contraprestación si el comprador (la entidad que realiza labores de demolición) atribuye un valor a esa entrega que se tiene en cuenta a la hora de determinar el precio propuesto por sus labores. Esta es, quizás, la aportación más interesante de la sentencia, pues solo cuando se dé un valor económico a lo percibido por quien presta el servicio podremos considerar que se produce el hecho imponible y, por tanto, el trueque o la existencia de obligaciones recíprocas; existiendo variados supuestos en los que no se produce tal situación y, por tanto, no podrá considerarse la existencia de hecho imponible, como por ejemplo en la entrega de productos alimentarios caducados sin valor comercial alguno o estimable.

5.6. Modificación de la base imponible: concurso. Artículo 80.Tres de la LIVA

En la Sentencia de 2 de abril de 2019 (rec. núm. 1315/2017 –NFJ073108–) analiza el TS el supuesto de modificación de la base imponible como consecuencia del concurso del destinatario de la operación.

Tres importantes precisiones deben efectuarse sobre esta resolución jurisdiccional. La primera, el examen que se hace por el TS del hecho imponible y del funcionamiento general del impuesto. La segunda, el análisis exhaustivo que se realiza de la operación controvertida considerando los diversos elementos de la relación jurídico-tributaria, siendo de gran interés por ello. Y la tercera, el análisis de la evolución histórica de la causa de modificación de la base imponible por concurso o impago del destinatario así como el estudio de la doctrina del TJUE sobre esta cuestión.

Da respuesta el TS a dos cuestiones, la primera relativa al artículo 80.Tres (modificación de la base imponible por concurso), aunque es extensible al apartado cuarto (modificación por impago o crédito incobrable), señalando que el sujeto pasivo que recibe pagarés del destinatario y que endosa a terceros puede emitir factura rectificativa cuando se den las circunstancias de los dos apartados anteriores, esto es, cuando los pagarés no hayan sido realizados y aun cuando haya endosado los pagarés a terceros, ya que estos últimos conservan frente a él la acción para hacer efectivo el pago¹¹.

La segunda conclusión se refiere al artículo 80.Cinco.1.º a) de la LIVA, común a ambas causas de modificación de la base imponible, que impide modificar la base imponible cuando el crédito disfrute de garantía real, en la parte garantizada. Para el TS el crédito que tiene que estar garantizado es el de quien realiza el hecho imponible, el sujeto pasivo que entregó el bien o prestó el servicio, y este crédito no es otro que la cuota repercutida. De esta forma si el destinatario entregó pagarés al sujeto pasivo, constituyendo una garantía real a favor de la entidad financiera endosatoria, esta circunstancia no impide al sujeto pasivo modificar la base imponible, en cuanto su crédito no está garantizado con la garantía real.

5.7. Modificación de la base imponible. Impagos. Artículo 80.Cuatro de la LIVA

Durante 2019 el TJUE se ha pronunciado de forma reiterada sobre este supuesto de modificación de la base imponible, más concretamente en relación con las excepciones que pueden introducir los Estados miembros para declarar un crédito incobrable.

En la Sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-127/18, A-PACK (NFJ073226), el TJUE recuerda que la Directiva IVA obliga a los Estados miembros a reducir la base imponible y, en consecuencia, el importe del IVA adeudado por el sujeto pasivo cuando, después de haberse formalizado una operación, el sujeto pasivo no percibe una parte o la totalidad de la contrapartida, si bien los Estados pueden introducir excepciones con fundamento en que

¹¹ Reitera la conclusión alcanzada en la Sentencia de 21 de diciembre de 2017 (rec. núm. 121/2017 –NFJ069020–).

en los casos de impago total o parcial, en determinadas circunstancias y por razón de la situación jurídica que exista en el Estado miembro de que se trate, el impago de la contraprestación puede ser de difícil verificación o bien meramente provisional, por lo que estas excepciones deben estar justificadas.

Pues bien, en la resolución anterior se fija como criterio interpretativo de la Directiva IVA que debe permitirse la rectificación de la base imponible en caso de impago total o parcial cuando el destinatario empresario o profesional deja de reunir esta condición, no justificándose una excepción que impida esta modificación de la base imponible.

La sentencia suscita si nuestra norma, en concreto el artículo 80.Cuatro, letra A), se ajusta a la Directiva IVA, en tanto se establece como excepción el supuesto de destinatarios no empresarios o profesionales hasta una determinada cantidad.

También en la Sentencia de 3 de julio de 2019, asunto C-242/18, UniCredit Leasing (NFJ073875), el TJUE se pronuncia sobre las excepciones que pueden establecer los Estados miembros en caso de impago total o parcial, concluyendo que la facultad de establecer excepciones tampoco puede aplicarse respecto al periodo posterior a la rescisión de un contrato, sin perjuicio de la posibilidad de que se reevalúe al alza la base imponible en el supuesto de que, no obstante, se produzca el pago.

Dada la existencia de dos supuestos de modificación de la base imponible que pueden llevar a generar cierta confusión como son los de rescisión o anulación del contrato y de impago, el TJUE reitera la aclaración entre ambos supuestos: los términos de anulación y rescisión se refieren a situaciones en las que la obligación del deudor de pagar su deuda o bien se extingue totalmente, o bien deja de existir en un momento determinado con carácter definitivo, el impago se caracteriza por la incertidumbre inherente a su naturaleza no definitiva.

Finalmente, en el Auto de 24 de octubre de 2019, asunto C-292/19, Porr Építési Kft, el TJUE recuerda que los Estados miembros deben permitir una reducción de la base imponible cuando el sujeto pasivo puede demostrar que el crédito que ostenta frente a su deudor es definitivamente irrecuperable.

6. Tipos impositivos

6.1. Tipos impositivos aplicables a medicamentos y dispositivos médicos

Los tipos impositivos aplicables a estos productos fueron objeto de modificación en nuestra norma interna recientemente (art. 92.Uno.1.6.º, letras a) y c), y Dos.1.3.º LIVA), y la Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2019, asunto C-597/17, Belgisch Syndicaat van Chi-

ropraxie y otros (NFJ073840), viene a ratificar la aplicación de tipos impositivos distintos en función de la finalidad a la que se afectan los bienes y servicios. Señala el tribunal que es conforme a la Directiva IVA una diferencia de trato entre, por una parte, los medicamentos y los dispositivos médicos suministrados en el marco de intervenciones o tratamientos con fines terapéuticos y, por otra, los medicamentos y los dispositivos médicos suministrados en el contexto de intervenciones o tratamientos con fines meramente estéticos, excluyendo a estos últimos del tipo reducido aplicable a los primeros. En nuestra normativa nacional no se distingue en relación con los medicamentos de uso humano, a los que resulta aplicable el tipo superreducido cualquiera que sea el destino o la intervención en la que se suministran, pero sí se hace respecto de los aparatos médicos.

6.2. Entregas de obras de arte consistentes en fotografías. Artículo 91.Uno.4.1.º de la LIVA

El artículo 91.Uno.4.1.º de la LIVA fija el tipo impositivo del 10 % para las entregas de obras de arte realizadas por sus autores y derechohabientes. La definición de obra de arte se lleva a cabo en el artículo 136.Uno.2.º, al definir los «objetos de arte» en relación con el régimen especial de los bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección. Respecto de las fotografías se consideran objetos de arte cuando hayan sido tomadas por el artista y reveladas e impresas por el autor o bajo su control, firmadas y numeradas con un límite de 30 ejemplares en total, sean cuales fueren los formatos y soportes.

El TJUE en la Sentencia de 5 de septiembre de 2019, asunto C-145/18, *Regards Photographiques* (NFJ074381), conoce de la aplicación del tipo reducido a estos objetos de arte y, ratificando las condiciones que se fijan en la directiva para que las fotografías tengan la consideración de obras de arte, que ya recoge también nuestra normativa interna, añade varias precisiones que resultan trascendentes. Así para delimitar si estamos ante una obra de arte a la que resulte de aplicación el tipo reducido, deberá excluirse cualquier otro criterio distinto de los señalados. En particular, queda excluida la valoración, por la administración fiscal nacional competente, de su carácter artístico.

En segundo lugar, si bien puede restringirse la aplicación del tipo reducido a una categoría de bienes, dentro de los señalados en el anexo de la Directiva IVA que permiten este tipo reducido, ello debe efectuarse por los Estados miembros adoptando criterios objetivos, claros y seguros o precisos, a fin de no vulnerar el principio de neutralidad fiscal. De ahí que considere que infringe estos principios una norma que aplica solamente el tipo reducido a una categoría de fotografías, aquellas cuya valoración artística es efectuada por la Administración, lo que no ocurre en nuestra normativa. De ahí que, en nuestro derecho, bastará que se cumplan las condiciones objetivas que figuran en el artículo 136.Uno.2.º de la LIVA para aplicar el tipo reducido, sin que deba ser objeto de calificación el carácter artístico de las fotografías.

6.3. Arrendamiento de emplazamientos en terrenos para *campings* y de espacios de estacionamiento de caravanas, y arrendamiento de amarres. Artículo 91.Uno.2.2.º de la LIVA

La Directiva IVA prevé la posibilidad de que los Estados miembros apliquen un tipo reducido, además de hoteles y establecimientos afines, los servicios de «arrendamiento de emplazamientos en terrenos para *campings* y espacios de estacionamiento de caravanas». Nuestro legislador interno no recoge estos mismos términos y alude en el artículo 91.Uno.2.2.º de la LIVA a los servicios de acampamento, donde bien pueden incluirse los relacionados con el *camping*, en los que se comprenderían también las caravanas, siempre que queden incorporados al espacio del acampamento, pues fuera de estos espacios el tipo impositivo debería ser el general, al no recoger nuestro legislador específicamente la figura del estacionamiento de caravanas (lo que no es contrario a la directiva, pues los Estados miembros pueden restringir la aplicación del ámbito objetivo de los tipos reducidos previstos en la norma europea).

En la Sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-715/18, Segler-Vereinigung Cuxhaven (NFIJ075735), con base en el principio de interpretación restrictiva de las excepciones al tipo general, el TJUE viene a señalar que el tipo reducido aplicable al arrendamiento de espacios para *camping* y estacionamiento de caravanas no puede extenderse al amarre de embarcaciones. La sentencia no tiene efectos pues para España, en tanto en nuestra norma, tanto el amarre de embarcaciones, como el estacionamiento de caravanas en las condiciones antes señaladas, tributan al tipo general; pero sí confirma lo que se ha expuesto, pues tanto el arrendamiento de espacios o terrenos para *camping* como de estacionamiento de caravanas deberían incluirse en el término «acampamento» de nuestra norma, siempre que estén relacionados con el concepto de «alojamiento», como señala el TJUE en la sentencia citada.

7. Deducciones

7.1. Cuotas soportadas afectas a operaciones sujetas y no sujetas de entidades públicas. Artículo 93.Cinco de la LIVA

Nuestro legislador nacional introdujo en la LIVA el apartado quinto al artículo 93 por Ley 28/2014, recogiendo así las previsiones del artículo 168 de la Directiva IVA, si bien lo hizo exclusivamente respecto de las entidades públicas, únicas a las que se aplica el precepto. De acuerdo con este, cuando las entidades públicas del artículo 7.8 de la LIVA realizan operaciones sujetas y no sujetas al impuesto pueden deducir las cuotas soportadas afectas a una y otra actividad, recogiendo un sistema de cálculo que quiere ajustarse al principio de afectación que preside el derecho a la deducibilidad del impuesto.

El TJUE, en la Sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-566/17, *Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach* (NFJ073220), analiza esta cuestión respecto de una mancomunidad pública, si bien, a diferencia de nuestra norma interna, no distingue entre entes públicos y no públicos, considerando que todos ellos se rigen por las mismas reglas en esta materia y así pueden deducirse en la medida en que las cuotas soportadas se afecten a las actividades sujetas al impuesto, considerando contraria a la Directiva IVA una norma nacional que permite la deducibilidad de la totalidad de las cuotas soportadas comunes por un ente público que realiza actividades sujetas y no sujetas. Ello nos debe llevar a plantearnos si la redacción de nuestro artículo 93.Cinco, en relación con los artículos 7.8 y 78.Dos.3.º de la LIVA se ajusta a los principios de la Directiva IVA y criterios interpretativos del TJUE.

7.2. Cuotas soportadas afectas a operaciones sujetas y no sujetas. Artículo 95.Uno de la LIVA

Si se acaba de exponer que el legislador nacional ha dado solución legislativa a la cuestión de la deducibilidad de las cuotas soportadas afectas tanto a actividades sujetas como no sujetas de entidades públicas, no hace lo mismo para el resto de empresarios o profesionales que afectan cuotas a uno y otro tipo de actividades, a pesar de la reiterada jurisprudencia del TJUE, y de la doctrina de la DGT y del TEAC en esta materia, manteniendo una redacción del artículo 95.Uno y Dos de la LIVA claramente contraria a la Directiva IVA¹².

Vuelve a insistir el TJUE en su Sentencia de 3 de julio de 2019, asunto C-316/18, *The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge* (NFJ073876), sobre esta cuestión reiterando la posibilidad que tienen los sujetos pasivos de deducir las cuotas soportadas comunes a actividades sujetas y no sujetas en la medida en que se afectan a las primeras, y no solo respecto de cuotas por bienes de inversión (único supuesto que reconoce nuestro legislador nacional). No obstante, reitera también el órgano jurisdiccional, y en ello radica lo trascendente de esta resolución, la admisión del derecho a deducción en favor del sujeto pasivo, incluso cuando no existe un vínculo directo e inmediato entre una determinada operación por la que se soporta el IVA y una o varias operaciones por las que se repercute que den derecho a la deducción, siempre que los costes de los bienes o servicios de que se trate formen parte de los gastos generales de aquel y, como tales, sean elementos constitutivos del precio de los bienes o servicios que presta, ya que tales costes presentan una relación directa e inmediata con la actividad económica del sujeto pasivo en su conjunto.

Estamos ante un concepto jurídico indeterminado que debe ser objeto de examen caso por caso y es lo que hace el TJUE quien, en el supuesto examinado, el de una universidad, concluye por estimar no deducibles las cuotas soportadas afectas a inversiones en un fondo de las donaciones y dotaciones que ha recibido utilizando los ingresos generados por ese

¹² Sobre esta cuestión, Longás Lafuente (2018, pp. 119-142).

fondo para cubrir los costes del conjunto de dichas actividades. Señala el órgano jurisdiccional que no son deducibles, en concepto de gastos generales, el IVA soportado y relativo a los gastos vinculados a dicha inversión.

Sobre este tema concreto ya se ha pronunciado el TEAC, también en relación con universidades¹³, debiendo examinarse si son coincidentes ambos órganos en los principios en los que se fundamentan sus resoluciones para llegar a conclusiones diferentes.

7.3. Deducciones en vehículos. Artículo 95.Tres, reglas 2.^a y 4.^a, de la LIVA

El TS ha seguido dictando durante 2019 diversas sentencias referidas a este precepto, reiterando la doctrina que ya había expuesto en la Sentencia de 5 de febrero de 2018 (rec. núm. 102/2016 –NFJ069766–). Así, en la Sentencia de 17 de enero de 2019 (rec. núm. 2665/2018 –NFJ075760–)¹⁴ vuelve a señalar que el artículo 95.Tres, reglas 2.^a y 4.^a, de la LIVA resulta, a su juicio, claramente respetuoso con lo dispuesto en los artículos 168, letra a), y 173.1 de la Directiva IVA, y con la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta. De esta forma, la presunción de afectación de vehículos en un 50 % y la carga de la prueba que se atribuye al sujeto pasivo respecto del grado de utilización en el desarrollo de la actividad, son considerados ajustados a la norma europea.

Al margen de otras consideraciones que puedan hacerse de esta doctrina, que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales y revisores (con la excepción de que alguno de ellos considere que debe plantearse una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE), merece destacarse una apreciación genérica que sobre el derecho a la deducción efectúa el TS, pues recuerda que la norma europea establece que el derecho a deducir debe reconocerse «en la medida en que los bienes y servicios se utilicen para las necesidades de sus operaciones gravadas». Declaración que debería conllevar una interpretación más acorde con la norma europea de algunos preceptos de la LIVA, como es el propio artículo 95, en su apartado Uno.

7.4. Cuotas no deducibles del artículo 96.Uno de la LIVA

Los supuestos de no deducibilidad recogidos en nuestro artículo 96.Uno de la LIVA tienen su fundamento en el artículo 176 de la Directiva IVA, donde se recoge una cláusula

¹³ Resoluciones de 25 de septiembre de 2018 (RG 5879/2014 –NFJ071524–) y de 25 de octubre de 2018 (RG 2203/2015 –NFJ071841–).

¹⁴ Reiterada por las Sentencias de 17 de enero de 2019 (rec. núm. 1791/2018), de 22 de enero de 2019 (recs. núms. 1800/2018 y 1860/2018), de 23 de enero de 2019 (recs. núms. 127/2018 y 2260/2018), de 29 de enero de 2019 (recs. núms. 1793/2018, 2118/2018, 2673/2018 y 3014/2018) y de 31 de enero de 2019 (rec. núm. 1866/2018).

«Stand-Still» (tienen por objeto la prohibición de incluir nuevas medidas que impliquen una reglamentación o normativa más restrictiva en un ámbito concreto del derecho europeo, en este caso del derecho a la deducción en IVA). El legislador europeo no ha establecido todavía una relación de cuotas no deducibles como sí ha hecho nuestro legislador interno, si bien el precepto europeo permite que los Estados miembros puedan mantener todas las exclusiones previstas por su legislación nacional a 1 de enero de 1979 y para los Estados miembros que se hayan adherido a la Comunidad después de esta fecha, en la fecha de su adhesión. España se encuentra en el segundo de los grupos, dado que a la fecha indicada ni formaba parte de la Unión Europea ni existía un impuesto análogo al IVA en nuestro país.

De manera recurrente el TJUE viene a recordar, como así lo hace en la Sentencia de 2 de mayo de 2019, asunto C-225/18, Grupa Lotos (NFJ073222), en este caso respecto de Polonia, que la Directiva IVA impide acoger supuestos de no deducción no previstos con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa IVA en un Estado miembro, como tampoco puede extenderse el ámbito de exclusión del derecho a deducción con posterioridad a la adhesión del Estado miembro, aunque sí puede restringirse este marco objetivo de exclusiones.

Sirva una vez más esta sentencia para plantearnos la adecuación de nuestro artículo 96.Uno de la LIVA a la Directiva IVA, que ya está siendo interpretado por algunos órganos jurisdiccionales de manera más acorde con el principio de afectación que preside el derecho a la deducción, permitiendo la deducibilidad cuando se acredite esta afectación a una actividad económica generadora del derecho a deducir¹⁵.

7.5. Regulación de bienes de inversión en el supuesto de entrega durante el periodo de regularización. Artículo 110 de la LIVA

La regularización de los bienes de inversión, cuando son objeto de entrega durante este periodo plantea diversas cuestiones en orden a determinar las condiciones en las que debe llevarse a cabo. La primera de ellas se refiere a si esta regularización debe efectuarse en todo caso. A ello responde el TJUE en la Sentencia de 27 de marzo de 2019, asunto C-201/18, Medybel (NFJ072910), y la respuesta es clara pues en los casos de entregas durante el periodo de regularización, el bien de inversión se considerará como si hubiera quedado afectado a una actividad económica del sujeto pasivo hasta la expiración del periodo de regularización, de forma que no deberá efectuarse regularización alguna cuando se presume que la actividad económica está totalmente gravada en el caso de que la en-

¹⁵ En este sentido, Sentencias de la AN de 2 de junio de 2014 (rec. núm. 443/2012 –NFJ075748–) y de 5 de julio de 2018 (rec. núm. 675/2015 –NFJ072020–). En contra, manteniendo la no deducibilidad en cualquier caso, se posiciona el TEAC, entre otras en Resoluciones de 19 de abril de 2018 (RG 6530/2014 –NFJ070711–) y de 15 de julio de 2019 (RG 9251/2015 –NFJ074095–). Para una mejor comprensión de la cuestión, véase Longás Lafuente (2019c, pp. 5 a 42).

trega del bien de inversión esté gravada. El problema radica entonces en delimitar el ámbito objetivo de este supuesto, lo que hace el TJUE caso por caso, concluyendo en el supuesto examinado que no existe obligación de regularizar el IVA que grava un bien inmueble, y que inicialmente ha sido deducido correctamente, cuando dicho bien ha sido objeto de una operación de *sale and lease back* (venta con arrendamiento posterior) no sujeta al IVA, al encontrarnos ante una operación meramente financiera y el bien quedó en posesión del sujeto pasivo, que lo utilizó de forma ininterrumpida y duradera para las necesidades de sus operaciones gravadas.

7.6. Deducción y negocios ficticios, en fraude o prácticas abusivas

De forma constante y reiterada, el TJUE viene manteniendo la no deducibilidad de cuotas generadas en negocios u operaciones ficticias, en fraude, o mediante la realización de prácticas abusivas.

En 2019 vuelve este órgano jurisdiccional a recordarnos la importancia de la lucha contra el fraude en el IVA, esencialmente en materia de deducciones. Destaca la Sentencia de 10 de julio de 2019, asunto C-273/18, «Kuršu zeme» (NFJ073990). En ella nos recuerda el órgano jurisdiccional las condiciones que deben concurrir para que exista una práctica abusiva:

[...] por una parte, que, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones pertinentes de la Directiva del IVA y de la legislación nacional por la que se adapte a ella el Derecho interno, las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones y, por otra parte, que de un conjunto de elementos objetivos resulte que la finalidad esencial de las operaciones en cuestión se limita a obtener dicha ventaja fiscal.

Y reitera quien tiene la carga de la prueba, que recae sobre la Administración, señalando expresamente que «la autoridad tributaria competente está obligada a demostrar la existencia de una ventaja fiscal indebida» en que consiste la práctica abusiva.

En el supuesto examinado, unas adquisiciones intracomunitarias de bienes que se habían producido tras una cadena de operaciones sucesivas entre varias sociedades residentes en dos Estados miembros, considerando la Administración tributaria que las operaciones intermedias eran ficticias, el TJUE considera que no se ha acreditado la ventaja fiscal indebida ni la participación del empresario en una práctica abusiva.

Otro tanto ocurre respecto de la aplicación de la denominada «teoría del conocimiento» en la Sentencia de 3 de octubre de 2019, asunto C-329/18, Altic (NFJ074972), pudiendo

la Administración tributaria fundamentar su decisión para acreditar la existencia del conocimiento por parte del sujeto pasivo en la participación del fraude en el incumplimiento de obligaciones no tributarias.

Destaca asimismo la Sentencia de 16 de octubre de 2019, asunto C-189/18, Glencore Agriculture Hungary (NFIJ075364), en la que el TJUE recuerda que:

[...] dado que la denegación del derecho a deducción supone una excepción a la aplicación del principio fundamental que constituye este derecho, corresponde a las autoridades tributarias competentes acreditar suficientemente con arreglo a Derecho los elementos objetivos que permitan llegar a la conclusión de que el sujeto pasivo sabía o debería haber sabido que la operación en la que se basa el derecho a deducción formaba parte del fraude en cuestión.

La novedad de esta resolución radica en que el órgano jurisdiccional entra a conocer de la prueba y de su obtención por parte de la Administración tributaria señalando, en primer lugar, que, dado que el Derecho de la Unión no establece normas relativas a la práctica de la prueba en casos de fraude del IVA, estos elementos objetivos debe acreditarlos la Administración tributaria de conformidad con las normas del derecho nacional en materia probatoria, si bien no pueden menoscabar la eficacia del Derecho de la Unión y deben respetar los derechos garantizados por ese ordenamiento jurídico y, en especial, por la Carta de Derechos. En este sentido, la Administración tributaria puede utilizar pruebas obtenidas en procedimientos penales y en procedimientos administrativos conexos incoados contra los proveedores del sujeto pasivo. Ahora bien, el principio del respeto del derecho de defensa exige que este último pueda tener acceso, durante el procedimiento seguido contra él, a todas esas pruebas y a aquellas otras que puedan ser útiles para su defensa, a menos que objetivos de interés general justifiquen restringir tal acceso. Dicho de otro modo, el principio del respeto del derecho de defensa, en un procedimiento administrativo (como es el que da lugar a una comprobación tributaria), no impone a la Administración tributaria una obligación general de otorgar acceso íntegro al expediente del que dispone, pero exige que el sujeto pasivo tenga la posibilidad de que se le transmitan, si así lo solicita, la información y los documentos incluidos en el expediente administrativo que dicha administración haya tomado en consideración para adoptar su resolución, a menos que la restricción del acceso a la información y documentos mencionados esté justificada por objetivos de interés general.

7.7. Principio de íntegra regularización

Constituye esta cuestión, la aplicación de este principio de regularización íntegra en el IVA, una de las cuestiones sobre las que ha resuelto el TS que mayor trascendencia ha tenido, no solo desde el punto de vista teórico, sino también práctico en tanto determina la actuación que debe seguir la Administración tributaria.

Destacan tres Sentencias, la de 10 de octubre de 2019 (rec. núm. 4153/2017 –NFJ075348–) y de 17 de octubre de 2019 (rec. núm. 4809/2017 –NFJ075311–), ambas sobre el IVA y referidas al mismo grupo de empresas, y la de 13 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1675/2018 –NFJ075575–) que, aun cuando examina la aplicación del principio en el impuesto sobre sociedades, toma la fundamentación de las anteriores, y añade un nuevo criterio interpretativo que también resulta aplicable al IVA.

Quede claro que el TS había examinado ampliamente con anterioridad la aplicación de este principio en materia de IVA¹⁶. Si bien el conjunto de estas tres sentencias merece un comentario mucho más amplio, ya que son múltiples las conclusiones a las que llega el órgano jurisdiccional, la novedad con mayor trascendencia radica en que lo analiza desde el punto de vista del artículo 14.2, letra c), del Reglamento general de revisión en vía administrativa (RGRVA), de manera que entra a conocer del aspecto procedimental en el reconocimiento de este principio.

Debe tenerse en cuenta que se analizaba un supuesto en el que tanto el empresario re-percutor (en régimen simplificado de IVA y de módulos en IRPF) como el destinatario a quien se elimina el derecho a la deducción, habían participado en un fraude por el que el primero emitió facturas falsas (simulación en la prestación de servicios) que fueron deducidas por el segundo, hechos que no son discutidos. Tanto el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña como el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña habían confirmado no solo la no deducibilidad de las cuotas, sino también la no devolución de las mismas al destinatario en el mismo procedimiento inspector.

Distinguiendo una perspectiva sustantiva y otra procedimental en el reconocimiento del derecho a obtener la devolución que es la examinada en la sentencia (la primera se centra en saber si las cuotas indebidamente repercutidas han sido o no ingresadas; mientras que la segunda hace alusión al procedimiento en el que debe reconocerse este derecho a obtener la devolución), para el TS la existencia de un procedimiento inspector determina la entrada en escena del principio de íntegra regularización de forma que, impedido el derecho a deducir y minoradas las cuotas soportadas por el destinatario, debe darse un paso más. La conclusión alcanzada es que el artículo 14.2, letra c), del RGRVA, interpretado a la luz del principio de íntegra regularización, comporta que, cuando en el seno de un procedimiento de inspección la Administración regularice la situación tributaria de quien se

¹⁶ Entre otras, en Sentencias de 3 de abril de 2008 (rec. núm. 3914/2002 –NFJ031920–), de 29 de septiembre de 2008 (rec. núm. 226/2004 –NFJ030225–), de 26 de enero de 2012 (rec. núm. 5631/2008 –NFJ046527–), de 18 de septiembre de 2013 (rec. núm. 4498/2012 –NFJ052037–), de 23 de enero de 2014 (rec. núm. 5668/2011 –NFJ053611–), de 2 de octubre de 2014 (rec. núm. 2178/2012), de 23 de octubre de 2014 (rec. núm. 2945/2012), de 6 de noviembre de 2014 (rec. núm. 3110/2012), de 7 de octubre de 2015 (rec. núm. 2622/2013 –NFJ060373–) y de 25 de octubre de 2015 (rec. núm. 3857/2013 –NFJ060459–).

dedujo las cuotas de IVA que le fueron indebidamente repercutidas, deberá analizar también la concurrencia de los requisitos necesarios para, en su caso, declarar su derecho a la devolución de las cuotas que indebidamente soportó. Como esta conclusión tiene en cuenta las «circunstancias específicas del caso», quiere decirse que también debe aplicarse esta regularización íntegra en supuestos de simulación, fraude, facturas falsas o cualquier otro negocio anómalo.

Como se ha señalado, muchas son las cuestiones que deberían tratarse, pero una de ellas ha sido contestada en la Sentencia de 13 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1675/2018 –NFJ075575–), pues se plantea cómo debe proceder la Administración tributaria en relación con los terceros (repercutidor esencialmente) que no han sido parte en el proceso inspector. Si bien se refiere al impuesto sobre sociedades, en donde resulta aplicable también el principio, las apreciaciones del TS resultan ajustadas asimismo para el IVA y, así, indica que el principio «exige que la Administración les llame al procedimiento, o al menos acredite la inexistencia de la repercusión o ingreso por el tercero de la cantidad repercutida, carga que le corresponde, y además a la que tiene fácil acceso».

A nadie se le escapa la complejidad de la actuación administrativa en este extremo y esperemos que el TS se pronuncie sobre ello lo antes posible pues están admitidos a trámites recursos en interés casacional¹⁷.

7.8. Operaciones ficticias, deducción y derecho a la devolución (regularización íntegra)

Como se observa en otros puntos de estos comentarios también ante el TJUE se plantean supuestos análogos a los que resuelve nuestro TS en materia de deducción y regularización íntegra. Trascendente es, en este sentido, la Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-712/17, EN.SA (NFJ073190)¹⁸. En ella examina el órgano jurisdiccional un supuesto en el que un grupo de empresas se factura en cadena o carrusel por unas operaciones ficticias o inexistentes (la compraventa de energía eléctrica, cuya finalidad no era la de obtener una ventaja fiscal, sino ajena a este ámbito), de forma que cada empresa repercutía el impuesto y lo ingresaba a la Hacienda pública y se deducía el impuesto soportado por otra empresa incluida en la cadena o carrusel.

Si bien son amplias las conclusiones alcanzadas por el TJUE, nos fijaremos en una, como es el derecho a obtener la devolución del impuesto, pues para el órgano jurisdiccio-

¹⁷ Así, Autos de 19 de julio de 2018 (rec. núm. 3212/2018) y de 18 de julio de 2019 (rec. núm. 1373/2019 –NFJ074235– y rec. núm. 1954/2019 –NFJ074227–).

¹⁸ Comentada por Verdún Fraile e Illanes Peña (2019, pp. 105-112).

nal la Directiva IVA, a la luz de los principios de neutralidad y de proporcionalidad, obliga a los Estados miembros a permitir que quien expide una factura correspondiente a una operación ficticia reclame la devolución del impuesto, que figura en dicha factura, que tuvo que pagar, si eliminó completamente, en su debido momento, el riesgo de pérdida de ingresos tributarios, por lo que el destinatario podrá obtener la restitución de la cuota indebidamente abonada. Sí puede la Administración tributaria imponer la correspondiente sanción si la conducta del sujeto pasivo incurre en infracción tributaria, si bien esta sanción debe ser proporcionada (para el TJUE una sanción consistente en multa por importe igual al de la deducción efectuada, esto es, del 100 %, es claramente desproporcionada, lo que podría plantearnos si algunas de las infracciones y sanciones que se recogen en la Ley General Tributaria se ajustan al principio de proporcionalidad, por más que el TS y el Tribunal Constitucional hayan mantenido su ajuste, no así otros órganos jurisdiccionales, como la AN).

Los criterios anteriores son reiterados por el TJUE en la Sentencia de 10 de julio de 2019, asunto C-273/18, «Kuršu zeme» (NFJ073990), antes comentada.

7.9. Deducción incorrecta en supuestos de inversión del sujeto pasivo y regularización íntegra

La forma de proceder por las Administraciones tributarias no está recogida en la normativa europea cuando se deniega el derecho a deducir y procede o no la devolución del impuesto, como reconoce el TJUE de forma reiterada. Un supuesto específico que surge al examinar el principio de íntegra regularización es aquel en el que el sujeto pasivo deduce el impuesto al recibir una factura de un proveedor o prestador repercutiendo el impuesto en régimen general, cuando debió emitirse sin cuota alguna, ya que resultaba aplicable la inversión del sujeto pasivo (así en los casos previstos en el art. 84.Uno.2.º, letra f), referidos a construcción o rehabilitación de edificaciones, o de obras de urbanización). La Administración, a veces, procede a eliminar la cuota deducida por el destinatario, sin comprobar que el proveedor o el prestador hayan declarado e ingresado la cuota repercutida al cliente.

El TJUE, en la Sentencia de 11 de abril de 2019, asunto C-691/17, PORR Építési (NFJ073107), conoce de esta situación y, al margen de los supuestos en que el sujeto pasivo haya cometido fraude o abuso de derecho, o bien conocía o debería haber conocido que participaba en un fraude (en cuyo caso, si bien no expresa su decisión, se da a entender que la Administración puede denegar el derecho a deducir sin que proceda devolución alguna), concluye que la Directiva IVA y los principios de neutralidad fiscal y de efectividad deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una práctica de la autoridad tributaria según la cual, sin que existan sospechas de fraude, dicha autoridad deniega a una empresa el derecho a deducir el IVA que dicha empresa, en su condición de destinatario de servicios, ha pagado por error al proveedor de dichos servicios sobre la base de una fac-

tura que este ha expedido con arreglo a las normas del régimen ordinario del IVA, mientras que la operación pertinente debía tributar según el régimen de inversión del sujeto pasivo, sin que la autoridad tributaria: a) antes de denegar el derecho a deducción, examine si el emisor de la factura errónea podía devolver al destinatario de esta el importe del IVA abonado indebidamente y podía rectificar dicha factura y regularizarla, de conformidad con la normativa nacional aplicable, para recuperar el impuesto pagado por error a la Hacienda pública, o b) decida devolver ella misma al destinatario de dicha factura el impuesto que ha pagado por error al emisor de esta y que este ingresó, a continuación, indebidamente en la Hacienda pública.

Advierte el TJUE que, no obstante, estos principios exigen, en el supuesto de que resulte imposible o excesivamente difícil que el prestador de servicios reembolse al destinatario de estos el IVA facturado por error, en particular en caso de insolvencia del prestador, que el destinatario de servicios tenga la posibilidad de solicitar la devolución directamente a la autoridad tributaria.

Con ello, nos pone de manifiesto el TJUE que acepta, como así ha hecho respecto de otros Estados miembros, distintas prácticas administrativas de regularización íntegra recogidas en las normas nacionales; lo que debería plantearnos si la doctrina del TS sobre esta materia, exigiendo la regularización íntegra en unidad de acto, cuando la normativa interna recoge mecanismos que permiten solucionar los supuestos de doble imposición o de enriquecimiento injusto, se ajusta a los principios y criterios fijados por el TJUE.

8. Devoluciones

8.1. Devoluciones a empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto y establecidos en otro Estado miembro

La Sentencia del TJUE de 2 de mayo de 2019, asunto C-133/18, *Sea Chefs Cruise Services* (NFJ073176), trata de una cuestión procedimental en materia de devolución a empresarios establecidos en otros Estados miembros que bien pudiera extenderse a otros procedimientos y que, desde un punto de vista procesal, ha venido a confirmar la jurisprudencia del TS¹⁹ en materia de aportación de pruebas transcurrido el plazo de resolución (permitiendo su aportación en vía revisora, siempre que no haya existido abuso procesal previo).

¹⁹ Así, en Sentencias de 10 de septiembre de 2018 (rec. núm. 1246/2017 –NFJ071270–) y de 21 de febrero de 2019 (rec. núm. 1985/2017 –NFJ072815–). Específicamente en materia de devolución de IVA a no establecidos, había admitido el TS la aportación de pruebas en fase revisora en la Sentencia de 20 de abril de 2017 (rec. núm. 615/2016 –NFJ066660–).

En el procedimiento de devolución a no establecidos, el Estado miembro que debe proceder a esta devolución puede solicitar al interesado información adicional, que implica, por tanto, la aportación de documentación adicional o justificantes del derecho a obtener la devolución, concediendo para ello el plazo de un mes al solicitante.

Pues bien, el TJUE considera que el plazo de un mes establecido en la normativa reguladora del derecho a solicitar y obtener la devolución para facilitar al Estado miembro de devolución la información adicional requerida por este Estado miembro no es un plazo de caducidad que implique, en caso de inobservancia de dicho plazo o de falta de respuesta, que el sujeto pasivo pierde la posibilidad de subsanar su solicitud de devolución presentando directamente ante el juez nacional (por tanto en vía de revisora) la información adicional que permita acreditar la existencia de su derecho a la devolución del IVA.

8.2. Devoluciones a empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto y establecidos fuera de la Unión

La AN había planteado cuestión de prejudicialidad en el recurso propuesto contra la Resolución del TEAC de 22 de enero de 2015 (RG 7552/2012 –NFJ057292–), que el TJUE resuelve en la Sentencia de 14 de febrero de 2019, asunto C-562/17, Nestrade (NFJ072494), versando el proceso sobre la facultad de los Estados miembros de limitar en el tiempo la posibilidad de rectificar facturas erróneas a efectos del ejercicio del derecho a la devolución del IVA. La AN había señalado que, en derecho español, tal rectificación no puede producir efectos una vez que la resolución de la Administración mediante la que se deniega la devolución haya adquirido firmeza. Por ello, la cuestión prejudicial que se plantea es si la normativa europea sobre devolución a no establecidos en el territorio de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro limite en el tiempo la posibilidad de rectificar facturas erróneas (por ejemplo, mediante la rectificación del número de identificación a efectos del IVA inicialmente consignado en la factura, para ejercer el derecho a la devolución del IVA).

El TJUE concluye que la normativa europea no se opone a que un Estado miembro limite en el tiempo la posibilidad de rectificar facturas erróneas (por ejemplo, mediante la rectificación del número de identificación a efectos del IVA inicialmente consignado en la factura), para ejercer el derecho a la devolución del IVA, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

Con base en esta decisión, la AN ha dictado la Sentencia de 25 de julio de 2019 (rec. núm. 306/2015 –NFJ075747–) que acoge las tesis del TJUE, haciendo recaer sobre el empresario interesado las consecuencias de su inacción frente a la denegación de su solicitud de devolución.

9. Gestión del impuesto

9.1. Recaudación del IVA en las importaciones. Legalidad del artículo 74 del RIVA

El artículo 74 del Reglamento del IVA (RIVA) fue objeto de nueva redacción por el Real Decreto 1073/2014, para recoger el diferimiento en la tributación del IVA en las importaciones, modificado nuevamente por el Real Decreto 1075/2017 para recoger la singularidad de los regímenes forales. Se imputa a la norma reglamentaria un trato desfavorable para esas Haciendas forales, en tanto los importadores que tributan exclusivamente a las Haciendas forales no pueden compensar su IVA-Importación con su IVA-No Importación, al carecer las Haciendas forales de competencia para regular un régimen de autoliquidaciones de IVA-Importación, pues no pueden establecer un mecanismo de compensación de lo pagado por ese IVA-Importación en relación con lo autoliquidado por el IVA-No Importación. Otro tanto ocurre con los importadores que tributan ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y las Haciendas forales.

Para el TS, en la Sentencia de 3 de junio de 2019 (rec. núm. 68/2018 –NFJ073839–, presentado por la Cámara de Comercio de Bilbao), la redacción del artículo 74.1 del RIVA no infringe el principio de jerarquía normativa, no establece un trato de diferencia que merezca la calificación de discriminatorio por contrario al principio de igualdad, y tampoco supone una ventaja que deba ser considerada ayuda de Estado incompatible con el mercado interior garantizado por la Unión Europea.

En definitiva, los sujetos pasivos que tributen exclusivamente a una Administración foral y hayan optado por diferir el ingreso a la importación previamente liquidado por la aduana seguirán presentando el modelo 303 ante la AEAT.

9.2. Suministro inmediato de información

De escaso interés práctico en la actualidad, el TS en la Sentencia de 5 de julio de 2019 (rec. núm. 535/2017 –NFJ075178–) estima el recurso presentado por el Colegio de Economistas de Pontevedra, y declara nulo el Real Decreto 529/2017, de 26 de mayo, que modifica el RIVA añadiendo una disposición transitoria cuarta, habilitando un plazo extraordinario, a fin de que los sujetos pasivos acogidos al sistema de devolución mensual regulado en el artículo 30 del RIVA pudieran ejercitar las opciones de baja voluntaria y renuncia a esas opciones en el plazo comprendido entre el 28 de mayo y el 15 de junio de 2017, con efectos desde el día 1 de julio de 2017, fecha de entrada en vigor del sistema de llevanza de los libros a través de la Sede electrónica de la AEAT. Se introdujo también a través de este Real Decreto 529/2017 una disposición transitoria quinta en el RIVA, disponiéndose que los sujetos pasivos acogidos al régimen simplificado no podían optar por la aplicación del

nuevo sistema de llevanza de libros registro derivado de la propia especialidad de este régimen especial del impuesto.

La ausencia del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de la disposición se repunta como un vicio sustancial que determina la nulidad de pleno derecho de la disposición general, tal como había señalado con anterioridad la jurisprudencia, por inobservancia de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

En cuanto a sus efectos *erga omnes*, debemos recordar lo dispuesto en los artículos 72.2 y 73 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de forma que:

[...] las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

9.3. Reembolso del IVA a los agentes de aduanas

Reiterando jurisprudencia anterior (Sentencia de 23 de mayo de 2018, rec. núm. 2052/2017 –NFJ070559–), el TS en la Sentencia de 10 de julio de 2019 (rec. núm. 1875/2017 –NFJ074137–) vuelve a pronunciarse sobre el reembolso del IVA a los agentes de aduanas, interpretando la disposición adicional única de la Ley 9/1998, de 21 de abril, por la que se modifica la LIVA, en la redacción de la disposición adicional decimotercera de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, que estuvo vigente hasta la publicación de la Ley 28/2014, recordando que el documento acreditativo del pago del impuesto es suficiente y permite, por sí solo, que el agente de aduanas obtenga la devolución; y que el pago por persona interpuesta, distinta del agente de aduanas o del importador, produce efectos para obtener el reembolso con arreglo a la disposición adicional única de la Ley 9/1998.

10. Otros aspectos relativos al IVA

10.1. Ámbito de aplicación. Territorialidad. Haciendas forales

Tres sentencias del TS se refieren a esta materia. En la primera, de 31 de enero de 2019 (rec. núm. 48/2018 –NFJ072526–), analiza el órgano jurisdiccional cómo debe determinarse el volumen de negocio atribuible a la Hacienda foral y a la común en relación con entregas interiores y entregas intracomunitarias de bienes. Se distingue: a) Entregas interiores, en

las que habrá de estarse al lugar de puesta a disposición, de modo que se entenderán realizadas en territorio foral todas aquellas entregas de bienes que el sujeto pasivo establecido en este territorio hubiera puesto a disposición del adquirente en este territorio foral; y se entenderán realizadas en territorio común, todas aquellas entregas de bienes que el sujeto pasivo hubiera puesto a disposición del adquirente en ese territorio. b) En cuanto a las entregas intracomunitarias de bienes, aquellas que requieren un transporte al territorio de otro Estado miembro, habrá de estarse al *status loci* de los bienes cuando se inicia el transporte. Así, se entenderán realizadas estas entregas en territorio foral cuando el inicio del transporte se encuentre en este territorio. Por el contrario, se considerarán realizadas en territorio común las entregas de bienes cuya puesta a disposición del adquirente intracomunitario hubiera requerido transporte y este se hubiera iniciado en este territorio.

La segunda de las sentencias, de 9 de julio de 2019 (rec. núm. 1307/2017 –NFJ074132–), se refiere al efecto que los pagos anticipados tienen en la determinación del volumen de operaciones, concluyendo que para su cálculo hay que tener en cuenta el importe de los pagos anticipados previos a las operaciones sujetas al impuesto, debiendo computarse en el ejercicio de su percepción, en tanto en el IVA el devengo se produce con ocasión del pago anticipado.

Debe tenerse en cuenta que la regla de cálculo viene concretada de igual modo en el artículo 121.Dos de la LIVA a la hora de determinar el volumen de operaciones.

La tercera de las sentencias, de 17 de septiembre de 2019 (rec. núm. 310/2018 –NFJ075027–) se refiere a la Administración foral o común competente para proceder a la devolución del saldo a favor del sujeto pasivo. La situación planteada suponía que la diputación foral debía proceder a una devolución cuantiosa, consecuencia de una operación sujeta y no exenta que tributa en su territorio, que hacía que el porcentaje del volumen de operaciones del sujeto pasivo imputable a dicho territorio fuera muy alto, frente al de la Hacienda común. De modo análogo al señalado en ocasiones anteriores²⁰, el TS mantiene que no resulta adecuado, en el entorno de la distribución del poder tributario entre el Estado y los territorios históricos, analizar qué Administración resulta beneficiada por ese reparto ante una operación concreta y cuál perjudicada.

²⁰ Así, en la Sentencia de 7 de diciembre de 2015 (rec. núm. 967/2014 –NFJ061131–).

Referencias bibliográficas

- Longás Lafuente, A. (2018). Deducción de cuotas de IVA por sociedades de cartera sobre gastos efectuados para adquirir y mantener participaciones. Análisis de la STJUE de 5 de julio de 2018, asunto C-320/17. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 428, 119-142.
- Longás Lafuente, A. (2019a). La regla de localización de los servicios en el IVA en función de su utilización o explotación efectivas. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 436, 53-94.
- Longás Lafuente, A. (2019b). Determinación de la base imponible cuando la contraprestación no es monetaria. Adecuación de la norma española a la Directiva IVA. Análisis de la STS de 23 de abril de 2019, rec. núm. 1250/2017. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 439, 136-152.
- Longás Lafuente, A. (2019c). Las restricciones del derecho a deducir del artículo 96.Uno de la LIVA y su ajuste a la Directiva 2006/112/CE: la cláusula stand-still. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 430, 5-42.
- Verdún Fraile, E. e Illanes Peña, J. (2019). IVA. Operaciones ficticias. Obligación de ingreso del IVA devengado consignado en factura y su deducibilidad. Sanciones: neutralidad y proporcionalidad como límites a su imposición. Análisis de la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-712/17. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 441, 105-112.

La limitación de la deducibilidad de gastos financieros en operaciones de adquisición apalancadas de empresas (LBO) en el impuesto sobre sociedades

Ana María Cremades Cano

Inspectora de Hacienda del Estado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Isaac Merino Jara, don Ignacio Corral Guadaño, don Jesús López Tello, doña Saturnina Moreno González, don Enrique Ortiz Calle y don Eduardo Verdún Fraile.

Extracto

La problemática de la subcapitalización o preferencia que muestran las empresas por los capitales ajenos frente a los propios, dada la deducibilidad de los primeros, es en cierta forma corregida por la regla del artículo 16 de la vigente Ley del impuesto sobre sociedades. En el caso concreto de los grupos de empresas, la erosión de la base imponible provocada por las financiaciones intragrupo también encuentra su encaje en dicho artículo, junto a la solución ofrecida por el artículo 15 h) del mismo texto normativo cuando la financiación tiene un destino concreto como es la adquisición de participaciones en el capital de otras empresas. Como caso particular objeto de este estudio destaca la operativa iniciada en el periodo 2000-2010 en el que determinados fondos europeos proceden a la adquisición de empresas españolas con poco capital y enormes cantidades de deuda con la finalidad de que la propia empresa que se adquiere financie su propia adquisición derivándose una serie de problemas como la pérdida de la base imponible nacional o del control de nuestras empresas. La actual redacción del artículo 16.5 de la Ley del impuesto sobre sociedades hace frente a dicha operativa, conocida como operaciones *leveraged buyouts* (LBO), el cual precisa en el futuro de determinados desarrollos y aclaraciones dada la inseguridad jurídica de la redacción actual y los interrogantes que a día de hoy suscita.

Palabras clave: limitación; gastos financieros; adquisición; fusión; deuda.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019 / Fecha de revisión: 17-12-2019

Cómo citar: Cremades Cano, A. M.^a (2020). La limitación de la deducibilidad de gastos financieros en operaciones de adquisición apalancadas de empresas (LBO) en el impuesto sobre sociedades. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 73-106.



Limitation on interest deductions in leveraged buyouts operations in the corporation tax

Ana María Cremades Cano

Abstract

The problematic of the undercapitalisation or preference of the companies which borrow capital over their own capital, given the deductibility of the first, is in some way corrected by the article 16 of our Corporation Tax. In the specific case of enterprise groups, the intra-group financing contribute to eroding the tax base. This is also inserted into the provision, together with the solution offered by the article 15 of the same regulation text, when the financing has a specific destination such as the acquisition of shares in the capital of other companies. Throughout this analysis, we underscore the particular case of an operation that took place between 2000 - 2010 through which certain European funds acquired some Spanish companies with little capital and huge amounts of debt. This way the company that was acquired could finance its own acquisition. This resulted in a series of problems such as the loss of the national tax base or the control of our companies. The article 16.5 of the Corporate Tax Law addresses this operation, known as leveraged buyouts (LBO) operations, which will require further development given the legal uncertainty of the current wording and the questions that it is still rising today.

Keywords: limitation; interest expenses; acquisition; fusión; debt.

Citation: Cremades Cano, A. M.^a (2020). La limitación de la deducibilidad de gastos financieros en operaciones de adquisición apalancadas de empresas (LBO) en el impuesto sobre sociedades. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 73-106.

Sumario

1. Introducción

- 1.1. Las compras apalancadas o *leveraged buyouts*. Esquema básico y problemática
- 1.2. La deducibilidad de los gastos financieros: quiebra de neutralidad y erosión de la base imponible
- 1.3. Evolución normativa y el problema de las libertades europeas

2. La limitación a la deducibilidad de gastos financieros intragrupo del artículo 15 h) de la LIS

- 2.1. El origen de la deuda
- 2.2. El destino de la deuda
- 2.3. La conexión entre deuda y adquisición
- 2.4. La consecuencia de denegación permanente de la deducibilidad
- 2.5. La prueba en contrario y exclusión por motivos económicos válidos

3. El límite adicional del artículo 16.5 de la LIS

- 3.1. El límite general del artículo 16.1 de la LIS
- 3.2. El supuesto objetivo del límite adicional
- 3.3. El problemático cálculo del límite adicional
- 3.4. La exclusión del límite adicional para adquisiciones con un ratio 70-30 de deuda y capital

4. Consideraciones finales

Referencias bibliográficas

1. Introducción

1.1. Las compras apalancadas o *leveraged buyouts*. Esquema básico y problemática

Las compras de empresas por terceros se pueden clasificar en dos tipos, por un lado, encontramos las de carácter industrial cuyo objetivo es la ampliación del negocio ya existente y, por otro, las que se realizan en el marco del capital riesgo, que persiguen mediante la reorganización de la empresa, la obtención de plusvalías en el medio o corto plazo, principalmente en torno a los tres años. Centrándonos en las últimas, que son objeto de nuestro estudio, las compras apalancadas de empresas o, lo que es lo mismo, compras con deuda, surgen principalmente cuando fondos o sociedades de capital riesgo, en su mayoría británicos o americanos, muestran su interés en adquirir una entidad española, denominada *target* u operativa (OpCo), generalmente empresas familiares o de capital cerrado con buenos resultados aunque con significativas posibilidades de mejora (Manzano, 2007, pp. 35-36).

Para llevar a cabo dichas adquisiciones, estas entidades de capital riesgo acuden a la financiación ajena frente a la propia, en primer lugar, porque en los últimos años la deuda resulta más barata que el capital propio (Manzano, 2007, p. 42) y, en segundo lugar, en términos puramente fiscales, los intereses derivados de la financiación ajena son deducibles en el impuesto sobre sociedades mientras que el coste del capital propio representado por los dividendos es una partida no deducible.

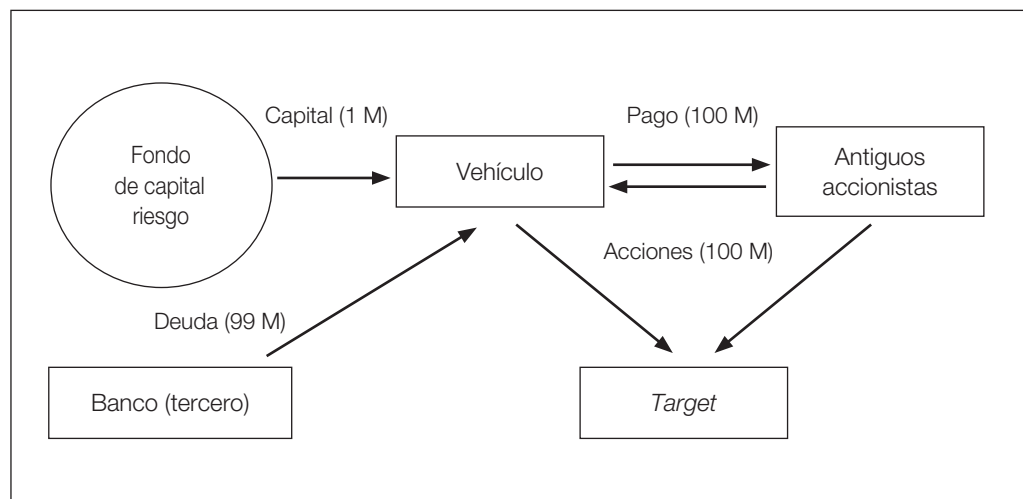
Las empresas adquiridas u operativas suelen tener elevados flujos de caja y ello conduce a un importante problema como es que la propia empresa adquirida pague su propia adquisición (Fernández Fernández, 1999). Sin perjuicio de las limitaciones mercantiles relativas a la prohibición de asistencia financiera que exceden de nuestro estudio¹, la finalidad última de estas operaciones es conseguir que la deuda del vehículo o *holding* se ubique en la empresa adquirida, normalmente a través de operaciones societarias como son las fusiones, de forma que el gasto financiero de la deuda erosione o incluso anule la base imponible de la operativa (Fernández Fernández, 1999; Ferrer Vidal, 2017, p. 2; Sánchez-Calero y Fernández Torres, 2011, pp. 16-25). En consecuencia, se produce una importante pérdida de recaudación para el fisco español cuando el vehículo o el banco financiador de la operación se encuentran situados fuera de territorio nacional. Sin embargo, si el banco se

¹ Nos referimos a la prohibición de asistencia financiera que está contemplada en el artículo 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

encuentra ubicado en territorio español la pérdida de recaudación en la empresa operativa se compensa con un incremento de recaudación en territorio español vía tributación en la entidad prestamista (Sanz Gadea, 2016, p. 66).

A través de un sencillo ejemplo podemos explicar este tipo de operaciones, teniendo en cuenta que en la realidad esta operativa puede llegar a complicarse debido a la introducción de entidades intermedias entre el denominado vehículo y *target*, con el objetivo de emitir bonos y otros propósitos mercantiles, pero también aprovechar ventajas fiscales como la Directiva matriz-filial, convenios de doble imposición o para la posterior venta de la plusvalía, como exenciones de plusvalías de participaciones significativas.

Vamos a ver el esquema básico de la operación: en primer lugar, el fondo o sociedad de capital riesgo constituyen un vehículo o *holding* (HoldCo) a la que aportan un capital relativamente pequeño en relación con el coste total de la operación². A continuación, el vehículo suscribe un préstamo por la mayor parte del valor de la adquisición con una entidad financiera. Las cantidades que la entidad tiene en caja se destinan a pagar a los antiguos accionistas de la empresa *target*, de forma que el fondo pasa a detentar la titularidad de esa empresa a través de la entidad *holding*. En esta situación, la empresa *holding* tiene que satisfacer los intereses por el préstamo sin tener ingreso recurrente.



Para pagar esas cantidades o bien la entidad operativa distribuye dividendos a la *holding*, o bien se fusionan ambas entidades una vez que venza la prohibición de asistencia

² Véase una explicación simplificada de los pasos en Fernández Fernández (1999). Un análisis más complejo, en Manzano (2007, pp. 39-43).

financiera, para que la deuda acabe en la entidad operativa y se puedan emplear sus flujos de caja para pagar los intereses.

En una situación previa a la fusión, la cuenta de pérdidas y ganancias de la *holding* recogerá un resultado operativo reducido o nulo, ya que normalmente son empresas sin actividad y una partida elevada de gastos financieros derivados del préstamo, dando lugar a bases imponibles negativas. Por su parte la entidad operativa al tener elevados flujos de caja determinará bases imponibles positivas generando ingresos para el fisco español. Con posterioridad a la fusión del vehículo y la operativa, se integran en una única cuenta las cuentas de pérdidas y ganancias de ambas y esta situación da lugar a que los flujos de caja de la operativa se vean erosionados con los intereses derivados del préstamo, dando como resultado una base imponible de la fusionada reducida o, incluso, nula.

1.2. La deducibilidad de los gastos financieros: quiebra de neutralidad y erosión de la base imponible

El impuesto sobre sociedades (IS) es un impuesto directo que grava la renta empresarial.

Nuestro impuesto, como sabemos, solo permite deducir el coste de los capitales ajenos generando un primer problema y es que no es un impuesto neutral, favorece el endeudamiento empresarial, ya que va a permitir únicamente deducir el coste de la deuda y no el de los capitales propios de forma que las empresas no van a tomar las decisiones desde el punto de vista de la racionalidad económica sino desde la optimización fiscal (García Novoa, 2016, p. 18).

Un segundo problema en el ámbito del IS, propio de entidades vinculadas, es la erosión de la base imponible (García Novoa, 2016, p. 19; Granado Fernández de la Pradilla, 2016, p. 95; OECD, 2013a, pp. 16-17; 2013b, p. 43; 2015, pp. 15-18). Esto se entiende con un ejemplo, si la matriz 1 concede un préstamo a su filial 1, para la matriz prestamista el interés es una renta que tributa, mientras que para la filial prestataria el interés pagado es un gasto fiscalmente deducible, siendo que ambas se encuentran en la misma jurisdicción, ingreso y gasto se compensan y se neutraliza el efecto recaudatorio para el Estado (Fuster Tozer y Durán Haeussler, 2016, p. 1). El problema se produce en el ámbito internacional, ya que los grupos multinacionales utilizan planificaciones fiscales agresivas a través de préstamos matriz-filial, siendo que la matriz se ubica en un país de baja o nula tributación que es donde se percibe el ingreso y la filial en uno de alta tributación de forma que el gasto financiero a ese tipo más elevado permite un ahorro fiscal significativo para el grupo, reflejado por la diferencia de tipos (García Novoa, 2016, p. 95; Granado Fernández de la Pradilla, 2016, p. 95; OECD, 2013a, pp. 16-17; 2013b, p. 43; 2015, pp. 15-16).

A continuación, vamos a ver las soluciones en derecho comparado a los problemas ya expuestos que genera el diferente tratamiento fiscal dado al capital propio y ajeno (Ferrer Vidal, 2017, p. 2).

1.3. Evolución normativa y el problema de las libertades europeas

Tradicionalmente se ha admitido la plena deducibilidad de los gastos financieros en el IS, sin importar la procedencia de la financiación o el destino de los fondos. Mientras la regla fiscal admita el régimen de contabilidad, el cual implica reconocer todos los costes de capitales ajenos como deducibles³, sin realizar ningún tipo de ajuste, no va a haber diferencia entre la contabilidad y fiscalidad.

Por ello, para solventar los problemas ya referidos de falta de neutralidad y erosión de la base imponible se va a tratar de adoptar medidas fiscales tendentes a limitar dichos gastos reconocidos en contabilidad mediante una serie de ajustes a través de reglas de precios de transferencia, reglas antiabuso, normas de subcapitalización o reglas de ratio-fijo en relación con el EBITDA (*Earnings Before Interest Taxes Depreciation and Amortization*), entre otras.

A) Precios de transferencia (*transfer pricing*)

Antes hemos hecho referencia al problema de erosión de base imponible que se genera en los grupos empresariales a través de los préstamos matriz-filial ubicadas en diferentes Estados y sometidos a distintos tipos de gravamen.

Para resolver dicho problema se planteó como solución aplicar las reglas de precios de transferencia a dichas operaciones de forma que se valoren a valor de mercado, por tanto, a interés reducido dado que la prestamista en estos casos al ser parte del mismo grupo corre menos riesgo que una entidad financiera externa al participar en el riesgo y ventura del negocio (OECD, 2015, p. 19; Parejo García, 2018, p. 174).

Esta solución fue la preferida por la OCDE hasta la aprobación del informe de la acción 4 de la OCDE (Hernández González-Barreda, 2017, pp. 50-51). En España también han sido apoyadas en algún caso por la Audiencia Nacional⁴.

Sin embargo, la regla de precios de transferencia es problemática debido a la dificultad de valorar las operaciones, no existiendo un comparable como tal, ya que una entidad financiera como regla general nunca participa en el riesgo y ventura de la prestataria como ocurre entre vinculadas. No obstante, dicho obstáculo sería salvable con otros métodos alternativos que contemplan las guías de precios de transferencia de la OCDE y nuestra normati-

³ Salvo que sean imputables a la adquisición, producción o construcción de activos. Norma internacional de contabilidad número 23. Recuperado de <<http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/2.Inter-nacional/020.NIIF-UE/020.NIC%20Vigente/230.NIC%2023%20Costes%20por%20intereses.pdf>>.

⁴ Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2009 (rec. núm. 416/2005 –NFJ034292–).

va⁵. Pese a lo anterior, es una regla limitada, ya que no resuelve el problema de neutralidad y sobre todo porque es una solución solo válida para entidades vinculadas.

B) Normas antesubcapitalización o ratios fijos entre deuda y capital (*thin capitalization rule*)

Es una regla tradicional, que se introduce en España en el año 1991, para hacer frente a la problemática expuesta que implica limitar la deducibilidad a través de los ratios fijos de relación entre fondos propios y ajenos (Hernández González-Barreda, 2017, p. 49; Parejo García, 2018, p. 174).

En su primera redacción la norma española limitaba las operaciones de captación de recursos ajenos de las empresas españolas con sus vinculadas no residentes, ya fueran comunitarios o de terceros países. Implicaba que el endeudamiento que excediera de tres veces los recursos propios no generaba intereses deducibles y además se recalificaba como dividendo y, por tanto, no deducible.

Por un lado, la doctrina española puso en duda su compatibilidad con el derecho comunitario y con la cláusula de no discriminación recogida en los convenios para evitar la doble imposición (Fuster Tozer y Durán Haeussler, 2016, p. 4). Por otro lado, en el año 2000 la norma de subcapitalización alemana de redacción idéntica a la nuestra se impugna ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el caso *Lankhorst-Hohorst* con base en la vulneración de la libertad de establecimiento recogida en el artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁶.

Ante la posibilidad de tener una norma contraria a la normativa europea, la Ley 24/2001 introduce una modificación en el entonces artículo 20 de la ley que permitiría aplicar un coeficiente de subcapitalización distinto siempre que se pruebe por el contribuyente y la financiación no proceda de un paraíso fiscal⁷.

Posteriormente, el TJUE entendió que la norma alemana de subcapitalización vulneraba la libertad de establecimiento mermando la aplicabilidad de nuestra norma, que era similar a la alemana tras la reforma del año 2002. En dos Sentencias, la primera en el asunto C-324/00 en el caso *Lankhorst-Hohorst*, ya referido antes, y la segunda, en el caso *Thincap*

⁵ Vid. los métodos que se pueden emplear en el artículo 18.4 de la LIS y OECD (OECD, 2017, pp. 109 y ss.).

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst GmbH contra Finanzamt Steinfurt* (C-324/00 –NFJ013286–).

⁷ Artículo 2.Siete de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Vid. Granado Fernández de la Pradilla (2016, p. 108).

litigation group, asunto C-524/04⁸, el tribunal argumenta de forma clara la vulneración del artículo 43, relativo a la libertad de establecimiento, con base en que existe una libertad comunitaria en juego, libertad restringida para los no residentes, ya que aunque se permite que el contribuyente pruebe un coeficiente distinto al legal, no existe ninguna limitación cuando la financiación es interna, mientras que si procede de otro Estado miembro existe dicha restricción legal y, por último, se aplica a todo no residente independientemente de que sea montaje abusivo o no, por lo que no se justifica dicho perjuicio según la prevención de la evasión fiscal (Fuster Tozer y Durán Haeussler, 2016, p. 5).

Para acomodarse a la jurisprudencia señalada se vuelve a modificar la norma española, ahora ya en el artículo 20 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS), y se opta por aplicar la limitación únicamente a no residentes que residan en paraísos fiscales de la Unión Europea. Esta normativa sigue siendo discriminatoria porque trataba peor las transacciones con paraísos fiscales que fueran legítimas frente a transacciones financieras domésticas, por lo que no se dirigía a aquellos montajes que fueran abusivos sino a todos los que tuvieran su origen en un paraíso fiscal sin añadir nada más⁹. Una solución por ello habría sido aplicar a paraísos fiscales en los supuestos en que no hubiera motivos económicos válidos.

Para solucionar el problema de la discriminación, varios países europeos, entre ellos Alemania, determinaron la aplicación del límite indistintamente a entidades residentes y no residentes¹⁰. Solucionado dicho problema, se provoca de forma sobrevenida doble imposición económica pues la denegación del gasto siendo que dicho gasto es ingreso para la prestamista, hace que la renta se vea gravada dos veces. Mientras que a nivel doméstico se previó la eliminación de esa doble imposición, sin embargo, en situaciones transfronterizas la no residente prestamista no va a poder corregir la doble imposición en tanto esa corrección va a depender de la normativa del Estado donde radique la prestamista, y normalmente los Estados son reacios a limitar su potestad tributaria por actuaciones de otros Estados. Además, los ratios de endeudamiento entre países eran diferentes¹¹. Por ello, considera el TJUE en el caso *Masco Denmark ApS/Damixa ApS* que se genera una situación discriminatoria entre pagos a residentes y no residentes¹².

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04 –NFJ024996–).

⁹ Como señala García Novoa (2016, p. 40), no es que las reglas antisubcapitalización sean *per se* contrarias al derecho de la Unión, sino que esta provoque efectos discriminatorios. *Vid.* Fernández Antuña (2013, p. 11); Fuster Tozer y Durán Haeussler (2016, p. 5).

¹⁰ Solución que ofrecía para España Fernández Antuña (2013, p. 11).

¹¹ En España el ratio de intereses deducibles era el correspondiente a la deuda equivalente 3 veces el capital, en línea con la mayor parte de países. Otros países adoptaban relaciones distintas, como Italia que llegó a tener un ratio de 2 veces, Bélgica de 7 veces, o Francia de 1.5.

¹² Sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 21 de diciembre de 2016, *Masco Denmark ApS/Damixa ApS* (C-593/14 –NFJ064954–).

Ante la inaplicabilidad de la norma de subcapitalización y en un contexto de crisis económica y recaudatoria se da nueva redacción al artículo 20 del TRLIS por Real Decreto-Ley 12/2012 estableciendo una limitación general a la deducibilidad de gastos financieros del 30 % del EBITDA, actual artículo 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS)¹³.

C) Deducción de un nocional sobre el capital

Otra de las medidas utilizadas para restaurar la neutralidad fiscal entre la financiación ajena y los recursos propios consiste en establecer una serie de ventajas fiscales a la financiación propia para equiparar estos recursos a la ventaja fiscal que supone la deducibilidad de los intereses (Albi, 2017, pp. 9-14).

Existen tres grupos de medidas en este contexto, en primer lugar, las que se destinan a realizar una ficción de que se han realizado pagos por el capital propio, esto es, tomar el pago de dividendos como referencia y excluirlo de la base del impuesto, solución poco neutral, ya que la remuneración de capital propio tiene que ser mayor que la de capital ajeno por el riesgo en que incurre el accionista por posibles pérdidas en la empresa (García Novoa, 2016, pp. 23-24).

En segundo lugar, medidas tendentes a la acumulación del capital en la empresa mediante el establecimiento de incentivos fiscales a las aportaciones a fondos propios en el seno de la empresa. Siendo un claro ejemplo de esto último las reservas de capitalización y de nivelación para las pequeñas y medianas empresas de la LIS en la normativa española, o la deducción por aportaciones al capital del modelo italiano, sustituida en el año 2011 por la deducción de un interés nocional sobre los recursos propios¹⁴.

Finalmente, y siempre que la limitación a la deducibilidad de intereses tuviera como objetivo evitar la doble imposición que se dedujera de la cuota del impuesto lo que ha pagado la sociedad perceptora de los mismos y con este límite, sustituyendo por tanto un gasto en base por los intereses financieros por una deducción en cuota (García Novoa, 2016, pp. 23-25).

El referente de esta medida lo encontramos en la normativa belga a partir del 2005 tendente a restaurar la neutralidad fiscal tan deseada (Albi, 2017, pp. 10-12; García Novoa, 2016, pp. 26-27).

¹³ En Gipuzkoa se mantiene el régimen de subcapitalización en el artículo 47 de la Norma Foral 2/2014, de 17 de enero, sobre el Impuesto sobre Sociedades del Territorio Histórico de Gipuzkoa, lo que podría ser incompatible con la jurisprudencia europea.

¹⁴ Vid. los artículos 25 y 105 de la LIS. En Italia se permite una deducción en base del 1.5 % del incremento de los fondos propios. Recuperado de <https://www.agenziaentrate.gov.it/wps/content/Nsilib/NSE/Invest+in+Italy/Allowance+for+corporate+equity+%28Ace%29/?page=invest_italy>.

Sin embargo, seguimos sin poder resolver el problema de erosión de bases imponibles entre vinculadas y, por otro lado, el TJUE considera que puede ser discriminatoria si no se aplica a los establecimientos permanentes de entidades no residentes de otros Estados miembros, y solo a entidades residentes¹⁵.

D) Simulación o fraude de ley

Otra alternativa para resolver el problema que nos ocupa sería a través de las normas generales antiabuso, como la simulación o conflicto en aplicación de la norma tributaria, definidas respectivamente en los artículos 16 y 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como la calificación de las operaciones, potestad recogida en el artículo 13 de la misma norma.

En nuestro análisis, podríamos entender que el préstamo se ha realizado únicamente con motivos fiscales, y no con el ánimo de otorgar recursos ajenos a la empresa, y por tanto debiendo reconducirse el tratamiento fiscal a la operación que se hubiera realizado en ausencia de ese beneficio fiscal, en este caso una aportación a fondos propios. Esta es la solución que ha sido dada por buena por una numerosa jurisprudencia y doctrina administrativa española en casos como, por ejemplo, los préstamos intragrupo entre entidades españolas antes de la introducción del artículo 14 h) del TRLIS, hoy 15 h) de la LIS¹⁶.

Sin embargo, esta solución sigue sin resolver el problema con carácter general, ya que entender que existe simulación en préstamos concedidos por terceros genera inseguridad jurídica, siendo, por tanto, solo aplicable a vinculadas (Hernández González-Barreda, 2017, p. 51).

E) La tendencia actual: *earning stripping*

De todo lo expuesto anteriormente quedan patentes tres problemas, y es que es necesario una norma que sea general, no discriminatoria y que no cause doble imposición. General que no distinga entre entidades vinculadas y no vinculadas, no discriminatoria entre

¹⁵ Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 4 de julio de 2013, *Argenta Spaarbank NV v Belgische Staat* (C-350/11 –NFJ051164–).

¹⁶ Véanse, entre otras, las Resoluciones de 25 de junio de 2009 (RG 656/2007 –NFJ035528–) y 5 de octubre de 2011, del Tribunal Económico-Administrativo Central; Sentencias de 24 de julio de 2012 (rec. núm. 284/2009 –NFJ047924–), 7 de febrero de 2013 (rec. núm. 172/2010 –NFJ050014–), 21 de febrero de 2013 (rec. núm. 47/2010 –NFJ050173–), 14 de noviembre de 2013 (rec. núm. 367/2010 –NFJ053053–) y 16 de enero de 2014 (rec. núm. 456/2010 –NFJ054283–) de la Audiencia Nacional; y Sentencias de 4 de julio de 2014 (rec. núm. 581/2013 –NFJ054784–) y 9 de febrero de 2015 (rec. núm. 3971/2013 –NFJ057489–) del Tribunal Supremo. Véase al respecto el análisis de Calvo Vérguez (2015).

residentes y no residentes y, por último, que no genere doble imposición económica. Por todo ello, y a pesar de la apuesta que hizo la OCDE y el Comité de Asuntos Fiscales por los precios de transferencia como solución al problema de las financiaciones vinculadas (Hernández González-Barreda, 2017, p. 53), las tendencias más recientes a nivel internacional apuestan por limitar la deducibilidad de los gastos al 30 % del EBITDA. Esta norma es adoptada por varios países como Francia y Estados Unidos, entre otros, y asimismo, es la solución de BEPS (Hernández González-Barreda, 2017, p. 53; OECD, 2015, pp. 25 y ss.).

Esta regla se considera la opción más adecuada y está siendo ampliamente aceptada internacionalmente y, particularmente, entre los países de la Unión, además de que ha sido incorporada a la Directiva 1164/2016 antielusión y todos los países de la Unión deberán incluirla obligatoriamente¹⁷.

2. La limitación a la deducibilidad de gastos financieros intragrupo del artículo 15 h) de la LIS

La regla especial del artículo 15 h) de la LIS fue, asimismo, introducida por el Decreto-Ley 12/2012, si bien entonces con la numeración 14.1 h), y de forma resumida supone un nuevo supuesto de no deducibilidad de gastos financieros que consiste básicamente en la no deducción de los intereses derivados de préstamos concedidos por entidades del grupo para realizar determinadas operaciones societarias¹⁸. Esta medida es coherente con los principios de la OCDE de combinar las reglas generales antiabuso con reglas especiales, y su propósito es combatir la generación de pasivos artificiosos en operaciones de compras apalancadas entre empresas del grupo, normalmente en el seno de operaciones de reestructuración (García Novoa, 2016, pp. 56-57).

Pero para entender la norma actual hay que ver que este tipo de operaciones se atacaban anteriormente por la vía del fraude de ley, lo que generaba una litigiosidad significativa, aunque los tribunales acababan dando la razón a la Inspección (Calvo Vérguez, 2015). Siendo un ejemplo en el que se abordaban estas operaciones por la vía del fraude de ley la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2015 en el asunto *Glaxo* (rec. núm. 4072/2013 –NFJ058191–) en concreto, en el fundamento jurídico décimo de dicha sentencia se establece en relación con las compras apalancadas que dada la normalidad o habitualidad de estas operaciones corresponde a la Administración tributaria probar que se hayan realizado en fraude de ley por el contribuyente. Sin embargo, el supuesto especial recogido

¹⁷ Artículo 4 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

¹⁸ *Vid.* la letra h) del artículo 14.1 del TRLIS, actual 15 h) de la LIS.

do en la LIS en el artículo 15 h) es de aplicación automática, ya que mientras en las normas generales corresponderá probar a la Administración tributaria el fin elusivo de la operación, esta normal especial de no deducibilidad una vez probado el presupuesto de hecho opera como presunción *iuris tantum* trasladando desde ese momento al contribuyente la carga de probar la existencia de motivos económicos válidos (García Novoa, 2016, pp. 64-65).

2.1. El origen de la deuda

Para que estemos en el supuesto del artículo 15 h), la deuda debe proceder de una entidad del grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas consolidadas. Es decir, la aplicación de esta regla es independiente de que dichas entidades sean o no residentes en territorio español y por ello compatible con el derecho comunitario (López-Santacruz Montes, 2018, p. 120). También es irrelevante que formen parte del mismo grupo fiscal o que se encuentren vinculadas por causas distintas a la pertenencia al mismo grupo mercantil, sería el caso de un préstamo concedido por un administrador a la sociedad que administra, estaríamos en un supuesto de vinculación tal como se define en el artículo 18 de la LIS, pero quedaría fuera de la limitación del artículo 15 h) generando intereses plenamente deducibles (López-Santacruz Montes, 2018, pp. 118-119). En sentido negativo, quedan fuera de esta limitación los préstamos otorgados por entidades que formen parte de un grupo horizontal o de coordinación en tanto la Dirección General de Tributos (DGT) y el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas han precisado que los grupos horizontales no constituyen grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio¹⁹.

El momento en que debe analizarse si existe grupo mercantil entre la entidad prestamista, prestataria y la transmitente de la participación o, en su caso, la que recibe la aportación de fondos propios, es el momento de realizar la operación de endeudamiento, por lo que si existe grupo cuando se concierta el préstamo, pero no en cualquier momento posterior, seguiría siendo aplicable la limitación del artículo 15 h) y no determinaría la deducibilidad del gasto financiero devengado (Sanz Gadea, 2016, p. 75). Del mismo modo, si deviene grupo de forma sobrevenida, pero en el momento del endeudamiento no eran grupo mercantil, no se aplicaría la limitación y se trataría de gastos sí deducibles (López-Santacruz Montes, 2018, p. 119).

Además, dado que la medida se introdujo por Decreto-Ley 12/2012 y entró en vigor el 1 de enero de 2012, se va a aplicar a los gastos financieros que se devenguen a partir de dicho periodo impositivo, siendo irrelevante que los mismos procedan de una operación de financiación concertada con anterioridad a dicha fecha (García Novoa, 2016, p. 69).

¹⁹ Consulta de la DGT V2620/2016, de 13 de junio (NFC060287).

2.2. El destino de la deuda

Igualmente, para aplicar el artículo 15 h), el destino de los capitales de la deuda debe ser la adquisición a otras entidades del grupo de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidad, siendo irrelevante que las participaciones adquiridas sean participaciones en el capital de una entidad del grupo o no. Por otro lado, pese a la literalidad de la norma y según la interpretación de algunos autores que podría hacernos pensar que la participación adquirida debe serlo a otras entidades del grupo distintas a la prestamista, quedando excluidas de esta norma las adquisiciones que se hagan a la prestamista (Rojí Chandro y Rodríguez Ondarza, 2012, p. 15), entiendo que la finalidad de la norma no es esa, sino que engloba en sentido amplio adquisiciones de participaciones en el capital a cualquier entidad del grupo, sea la propia prestamista (López-Santacruz Montes, 2018, p. 117) como a cualquier otra entidad distinta de la prestamista y perteneciente al mismo grupo.

Por contraposición, generan gastos financieros deducibles las adquisiciones financiadas con préstamos intragrupo de otros activos (circulante, inmovilizado, etc.) distintos de las participaciones en el capital de entidades, así como las adquisiciones de participaciones con financiación ajena, en el primer caso por adquirirse un activo distinto a una participación en el capital y, en el segundo, por tratarse de un préstamo de terceros quedando fuera del supuesto de grupo mercantil.

También se aplica la norma especial cuando el destino del endeudamiento es la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, es decir, cuando el préstamo intragrupo es destinado a realizar una aportación a los fondos propios en otra entidad del grupo ya se instrumente con una ampliación de capital o mera aportación de los socios al patrimonio de dichas entidades y siempre que no sea una contraprestación por la entrega de bienes o prestación de servicios de la sociedad a favor de los socios (López-Santacruz Montes, 2018, p. 115).

La razón última de esa aportación a los fondos propios permitirá pasar de la no deducibilidad de los gastos financieros a que estos sean deducibles si se acreditan los motivos económicos válidos de la operación, ya que no es lo mismo que no exista un motivo económico para la operación que los fondos se destinen a financiar nuevas inversiones, a restablecer la situación patrimonial en caso de que las pérdidas reduzcan el patrimonio por debajo del capital social o en caso de que sea necesaria la inyección de fondos propios para evitar la disolución de la entidad (López-Santacruz Montes, 2018, p. 115).

2.3. La conexión entre deuda y adquisición

Además del origen y el destino de los fondos, para que sea de aplicación la limitación del artículo 15 h) es necesario que exista una relación directa entre el endeudamiento y la inversión realizada con los fondos procedentes del préstamo (López-Santacruz Montes,

2018, p. 114). Esto sería patente en los supuestos en los que hay declaración contractual, se pignoran en garantía del préstamo las acciones adquiridas con los recursos procedentes del mismo, o en la mayor parte de los casos, cuando hay coincidencia temporal (López-Santacruz Montes, 2018, p. 115; Sanz Gadea, 2016, p. 74). En cualquier caso, en mi opinión, valdría cualquier prueba admitida en derecho con la que se pueda concluir que las cantidades obtenidas del préstamo se han destinado a la adquisición.

O en el caso de una ampliación de capital, señalar que es irrelevante y no destruiría la relación directa que se exige entre endeudamiento e inversión el hecho de que en un primer momento los recursos procedentes del préstamo se inviertan de forma transitoria por la prestataria en activos financieros líquidos para, posteriormente, una vez liquidados suscribir un aumento de capital de otra entidad del mismo grupo. Siendo aplicable en este caso la limitación de deducción de gastos financieros del artículo 15 h) (López-Santacruz Montes, 2018, p. 116).

2.4. La consecuencia de denegación permanente de la deducibilidad

Una vez cumplidos todos los requisitos para considerar que el gasto financiero derivado del préstamo entre dos entidades del mismo grupo mercantil no es deducible por aplicación de la regla especial, siempre que estemos en tributación individual, procederá realizar un ajuste permanente al resultado contable de la entidad prestataria, ajuste de carácter positivo, ya que el gasto financiero estará incluido en su resultado contable y hay que eliminarlo. Destacar que este ajuste tiene carácter permanente mientras que el ajuste derivado del artículo 16 de la LIS, que como veremos tiene carácter temporal, y, por tanto, podría revertir en ejercicios futuros.

Desde otro punto de vista, para la entidad prestamista dicho importe determina un ingreso financiero, sin embargo, el ajuste que se hace en el ámbito de entidades del mismo grupo mercantil, no así fiscal, es de carácter unilateral, es decir, se quitará el gasto en una, pero el ingreso financiero se recoge y no se elimina, quedando integrado en la base imponible de la entidad prestamista (López-Santacruz Montes, 2018, p. 119).

2.5. La prueba en contrario y exclusión por motivos económicos válidos

Para cerrar el estudio de la regla especial del artículo 15 h) de limitación a la deducibilidad de gastos financieros, hay que analizar la única puerta de escape que da la normativa y es que el contribuyente alegue motivos económicos válidos de la operación, concepto, como hemos señalado antes, un tanto ambiguo y que ha dado lugar a reiterada doctrina administrativa en este sentido.

Pero antes de entrar a analizar qué es un motivo económico válido, en cuanto al momento temporal en que debe procederse a la valoración de la existencia de un motivo económico válido, esta debe hacerse en el momento de realizar la operación y no en cada uno de los periodos impositivos en que se produzca el devengo de los gastos financieros (López-Santacruz Montes, 2018, p. 118).

Siguiendo con los motivos económicos válidos, el Real Decreto-Ley 12/2012 señala en su exposición de motivos lo que debe entenderse por motivos económicos válidos: «que las operaciones sean razonables desde la perspectiva económica», y aunque este es un concepto amplio no sujeto a una enumeración taxativa, hace referencia expresamente a las siguientes operaciones (Sanz Gadea, 2016, pp. 75-76):

- Operaciones de reestructuración dentro de un grupo consecuencia directa de una adquisición a terceros.
- Supuestos en los que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde el territorio español.

El primer caso se refiere al supuesto en que una entidad perteneciente a un grupo mercantil adquiere a una entidad tercera una participación en el capital de otra entidad, sea o no del grupo, a través de una aportación en el capital o fondos propios, y, posteriormente, la entidad del grupo que había adquirido la participación la transmite a otra del grupo siendo financiada asimismo con un préstamo del mismo grupo (López-Santacruz Montes, 2018, p. 117).

En este caso se entiende que la adquisición deriva de una reestructuración y quedaría fuera del supuesto del artículo 15 h) por considerarlo una adquisición a terceros, ya que en nada se diferencia del caso en que una entidad del grupo adquiriera a un tercero participaciones en el capital de otra entidad y se financie con un préstamo intragrupo, supuesto que por no darse el requisito de adquirir dentro del grupo quedaría fuera de la limitación y, por tanto, también debe quedar fuera cualquier operación con el mismo fondo económico.

La segunda operación relativa a la gestión de participadas adquiridas desde el territorio español se refiere a una modificación de tenencia de participaciones dentro de un grupo que ya posee este con anterioridad, por tanto, un cambio de titularidad jurídica dentro de un grupo, ya sean participaciones en entidades del mismo grupo o en terceras entidades y además va a implicar que la tenencia de las mismas corresponderá a entidades residentes en territorio español, y que la gestión con posterioridad a la adquisición se va a desarrollar en territorio español.

Sin embargo, el simple cambio geográfico no avala la existencia de motivos económicos válidos de la transmisión de participaciones, pues la gestión se va a poder llevar a cabo desde donde se quiera sin que sea necesario un cambio de titularidad jurídica (López-Santacruz Montes, 2018, p. 117). Por ello, para justificar que existen dichos motivos económicos

válidos sería necesario acreditar que el cambio a territorio español de la gestión supone un cambio sustancial y que va a implicar un aumento de valor del negocio gestionado (López-Santacruz Montes, 2018, p. 119).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el test de motivos económicos válidos tal y como se entiende en España tiene su origen en la jurisprudencia comunitaria. Sobre esta cuestión, la sentencia *Leur-Bloem* de 17 de julio de 1997 entiende que el motivo económico válido es un concepto mucho más amplio que la búsqueda de una ventaja fiscal, es decir, cuando se lleva a cabo una operación esta se analiza en términos de rentabilidad económica lo que va a suponer valorar una serie de parámetros y uno de ellos sería la ventaja fiscal o el ahorro tributario, es decir, es un elemento más a analizar pero no el único ni el más importante²⁰. Así, esta sentencia es buen reflejo de que los motivos económicos válidos son un concepto jurídico indeterminado ambiguo y que debe analizarse caso a caso.

Por ello, en nuestro país y dado lo dificultoso de determinar en cada caso qué es o no es motivo económico válido, la doctrina de la DGT ha matizado o ampliado dicho concepto, permitiendo sacar algunas conclusiones acerca del mismo²¹.

3. El límite adicional del artículo 16.5 de la LIS

3.1. El límite general del artículo 16.1 de la LIS

La vigente norma de limitación de deducibilidad de gastos financieros prevista en el artículo 16 de la LIS es sustancialmente idéntica a la que recogía la anterior normativa del impuesto en el artículo 20 del TRLIS. El cambio de la regla de ratio deuda-capital a ratio sobre beneficio operativo responde a la adecuación de la regulación actual con el derecho de la Unión Europea, ya que, como vimos, la norma de subcapitalización planteaba problemas de incompatibilidad con las libertades comunitarias y, por otro lado, fue declarada inaplicable a nivel interno por el Tribunal Supremo.

Asimismo, es considerada una regla que se adecúa a los trabajos realizados en el seno de la acción 4 del Plan BEPS para prevenir la erosión de la base imponible, así como a las reglas de la Unión Europea tendentes a la protección del mercado interior basadas en el

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, (C-28/95 –NFJ005725–), pár. 42. *Vid.* García Novoa (2016, p. 72).

²¹ Rojí Chandro y Rodríguez Ondarza (2012, p. 15) señalan que nos encontramos con el problema de la definición de «motivo económico válido», lo que es motivo de gran inseguridad jurídica, abriendo las puertas a la interpretación que haga la Administración tributaria de cada operación, como viene ocurriendo en la utilización de esta misma expresión en el marco del régimen fiscal especial de operaciones de reestructuración empresarial.

pago de impuestos donde se generan las rentas y los beneficios, que recogen una norma para evitar la reducción de la carga tributaria mediante la deducción de gastos financieros muy similar a la de nuestra normativa (Ferrer Vidal, 2017, pp. 2-3)²².

La regla del apartado 1 del artículo 16 de la LIS consiste en que se admite la deducción de gastos financieros netos hasta un 30 % del beneficio operativo de la entidad, lo que supone que los gastos devengados en el periodo impositivo que excedan dicho porcentaje no serán deducibles. Sin embargo, es una medida que no conculca la capacidad económica de las empresas, ya que los gastos no deducibles en un periodo se podrán deducir de forma conjunta con los de los ejercicios siguientes y dentro del límite global del 30 % del beneficio operativo (Ferrer Vidal, 2017, p. 3).

De lo anterior se desprende que es un ajuste de carácter temporal, que permitirá eliminar mediante un ajuste extracontable de carácter positivo los gastos no deducibles en un periodo lo que puede dar lugar a que entidades con pérdidas o resultado contable negativo determinen bases imponible positivas siempre que el importe de dichos gastos exceda de dicho resultado negativo (López-Santacruz Montes, 2018, p. 121).

De lo expuesto anteriormente, se puede extraer una diferencia clara con el artículo 15 h) de la LIS, ya analizado, y es que mientras este es un ajuste de carácter permanente que elimina cualquier posibilidad de deducción futura de dichos gastos, el artículo 16.1 de la LIS permite llevar a ejercicios siguientes y sin limitación temporal dicha capacidad de deducción siempre que la base imponible del contribuyente sea positiva.

Otro aspecto diferencial de ambas reglas es que el artículo 16 de la LIS es un supuesto objetivo que se aplica de forma directa, es decir, dadas las condiciones legales no cabe alegar racionalidad económica de la estructura de financiación de la empresa (López-Santacruz Montes, 2018, p. 121). Por el contrario, en el artículo 15 h) de la LIS el contribuyente dispone de la prueba en contrario y, por tanto, posibilidad de escapar de la norma siendo una solución normativa lógica dado el resultado más gravoso que implica al ser un ajuste de carácter permanente.

Como hemos expuesto, la regla general es la deducibilidad del 30 % del beneficio operativo, sin embargo, también se contempla, en todo caso, la deducibilidad absoluta de un millón de euros. El relacionar la deducibilidad de los gastos con el beneficio operativo penalizaría sobremanera a empresas con pérdidas o con beneficio reducido, como ocurre con las pequeñas y medianas empresas, por ello, la posibilidad de deducir un millón de euros garantiza que estas empresas no se vean tan perjudicadas por dicha medida.

²² Artículo 4 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

Por contra, esta regla podría generar en el caso de entidades que no tengan que consolidar fiscalmente la segregación del endeudamiento entre varias entidades pequeñas frente a la concentración del mismo en la misma entidad para aprovechar la deducibilidad del millón euros.

Por otro lado, hay que matizar que, si el ejercicio es inferior al año, el millón se prorrateará en función de la duración del ejercicio respecto del año de acuerdo con el apartado tercero del artículo 16 de la LIS.

La Directiva antiabuso por su parte establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan deducir gastos financieros netos hasta un importe superior, en concreto tres millones de euros, por lo que nuestra normativa protege la base imponible en mayor medida no planteando ningún problema, ya que la directiva prevé unos mínimos de protección que nada impide que los Estados puedan establecer niveles más exigentes como ocurre en nuestro caso (Parejo García, 2018, p. 180)²³.

Sin ánimo de hacer un análisis detallado de los regímenes forales, sigue en este punto a la directiva recogiendo la franquicia de 3 millones de euros el artículo 25 bis de la Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades de la provincia de Vizcaya.

Por lo que se refiere al concepto de beneficio operativo sobre el que se calcula el límite deducible, nuestra normativa parte de un concepto propio que es definido en el artículo 16 de la LIS como el resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en la normativa contable de desarrollo, del cual se eliminan las amortizaciones del inmovilizado, las subvenciones destinadas a la adquisición de inmovilizado no financiero y otras, así como los deterioros y los resultados positivos o negativos derivados de enajenaciones de inmovilizado. Por su parte, se adicionan los ingresos financieros derivados de participaciones cualificadas en instrumentos de patrimonio, es decir, cuando el porcentaje de participación directo o indirecto sea igual o superior al 5 %, o bien, el valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros. No se adicionarán dichos dividendos si las participaciones se adquirieron con deudas que generen gastos no deducibles conforme al artículo 15 h) de la LIS.

Es destacable que nuestra norma se separa de lo dispuesto en la Directiva antiabuso y es que la directiva parte de un concepto diferente al de beneficio operativo, en concreto se refiere al EBITDA, beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones. El EBITDA es una magnitud cercana a la capacidad de una empresa para generar recursos como si estuviera financiada en su totalidad con recursos propios y sin carga impositiva, por ello, permite conocer la capacidad de pago de intereses que tiene una empresa (García Nova, 2016, p. 105).

²³ Vid. el artículo 3 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016.

Como ejemplo de la disparidad existente entre la magnitud beneficio operativo y EBITDA²⁴, destaca que esta última no adiciona los dividendos de participaciones cualificadas, dando lugar a una magnitud superior en el caso del beneficio operativo y, por tanto, a un régimen interno más laxo que el previsto en la directiva. Como se sabe la norma europea nos vincula y aunque nuestra norma interna es anterior a la misma, en su redacción se siguieron los trabajos previos que existían en el seno de la OCDE y en la Unión Europea, por ello, ambas normativas coinciden en su mayoría²⁵. No obstante, la disparidad en el caso de los dividendos, determina un punto de choque y, en mi opinión, debería plantearse la posible adaptación de nuestra regla al concepto que recoge la directiva.

Pese a lo anterior, la reciente resolución de la Unión Europea determinando medidas de efecto equivalente al artículo 4 de la directiva entiende que nuestra norma es conforme con ella, hasta el 31 de diciembre de 2023²⁶. Por ello, el anteproyecto de Ley de medidas para la prevención y lucha contra el fraude fiscal no ha corregido nuestra normativa en este punto, aun siendo contraria a la directiva²⁷.

Una vez analizado el concepto de beneficio operativo, veamos qué se entiende por gasto financiero neto, ya que esta cantidad es la que se va a ver limitada por el 30 % del beneficio operativo.

Nuestra normativa no contiene una definición como tal²⁸, por lo que hay que complementarlo con lo que establece la Resolución de 16 de julio de 2012 de la DGT definiendo qué se entiende por gastos financieros y por intereses derivados de la cesión a terceros de capitales propios, y la diferencia entre ambas magnitudes nos permite calcular los gastos financieros netos correspondientes²⁹.

²⁴ Sobre las discrepancias entre la directiva y la norma española *vid.* García Novoa (2016, pp. 104-109).

²⁵ *Cfr.* el artículo 16 de la LIS; OECD (2015); y el artículo 4 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

²⁶ Comunicación de la Comisión. Medidas consideradas igualmente eficaces a efectos del artículo 4 de la Directiva de lucha contra la elusión fiscal (2018/C 441/01). Recuperado de <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC1207\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC1207(01)&from=ES)>.

²⁷ Anteproyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de Transposición de las Directivas (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del Mercado Interior, y 2017/1852 del Consejo, de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea, y de modificación de diversas normas tributarias. Recuperado de <<https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Tributarios/ANTEPROYECTO%20LEY%20ATAD.pdf>>.

²⁸ *Vid.* el artículo 16.1 de la LIS.

²⁹ *Vid.* el criterio primero de la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades. (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2012).

Son gastos financieros netos, según la resolución, los que derivan de deudas con entidades del grupo o terceras, en concreto los incluidos en la partida 13 del Modelo de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, como los intereses de obligaciones y bonos, intereses de deudas –implícitos o explícitos–, dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero, o los intereses por descuento de efectos y operaciones de *factoring*, considerando también el efecto de los costes de emisión o transacción de las operaciones³⁰.

Por el principio de calificación unitaria, además de las partidas anteriores, directamente vinculadas a las deudas, también se van a considerar a efectos de la limitación otras como son las diferencias de cambio, coberturas financieras o contratos de cuentas en participaciones³¹. Todas ellas aun contablemente desagregadas responden a un mismo concepto y, por ello, deben estar sometidas a la misma limitación (García Novoa, 2016, p. 101; Parejo García, 2018, p. 177).

Contempla nuestra norma, siendo en este punto más restrictiva que la directiva, que no se van a incluir, en el concepto de gastos financieros, los que no son deducibles de acuerdo con el artículo 15 de la LIS, letras g), h) y j).

Analizado el límite general y los conceptos que lo delimitan, hay que ver qué ocurre cuando los gastos financieros netos de un ejercicio exceden el límite de deducción o *carry forward*, así como cuando los mismos no alcanzan el 30 % del beneficio operativo del año respectivo o capacidad no utilizada.

La directiva recoge una serie de posibilidades, siendo las siguientes: traspasar a periodos posteriores sin limitación temporal los gastos financieros excedentarios; traspasar los costes no deducibles a periodos anteriores o posteriores con el máximo de tres años; o la opción que recoge la normativa española, que es que los costes de endeudamiento excedentarios se traspasen a periodos posteriores sin limitación temporal y la capacidad no utilizada en el periodo impositivo acumularla en los cinco años siguientes al límite general, a su vez siendo deducibles los gastos siempre dentro del límite general de cada año³².

La normativa foral navarra establece una medida más restrictiva que la establecida en territorio común, ya que determina la posibilidad de deducir los gastos financieros netos excedentarios con el límite temporal de los 15 ejercicios siguientes, dentro, a su vez, del límite del

³⁰ *Idem*. Sobre la cuestión en la doctrina véase García Novoa (2016, pp. 94 y ss.); Parejo García (2018, p. 177).

³¹ Criterio primero, b), c) y d) de la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, en relación con la limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades. (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2012).

³² *Vid.* el artículo 4.6 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. *Vid.* el artículo 16.2 de la LIS.

30 % del beneficio operativo de cada año³³. Por tanto, se recoge una limitación temporal a la deducibilidad que la directiva no contempla pudiendo dudarse de su compatibilidad con el derecho europeo y con el principio de capacidad económica. Sin embargo, ha sido declarada como medida de efecto equivalente y, por tanto, considerada como medida más restrictiva³⁴.

En relación con la capacidad no utilizada, se ha suscitado la duda de si esta se va a adicionar al 30 % de beneficio operativo de cada año, o si será adicionada sobre el mayor de dos límites, el millón de euros o el 30 % del beneficio operativo.

Para resolver esta cuestión la Agencia Tributaria emitió la Nota número 1/15 relativa a la limitación de deducibilidad de gastos financieros en la que se entiende que la capacidad no utilizada se adiciona al 30 % del beneficio operativo de cada año y solo si los gastos financieros netos exceden de dicha suma opera el millón de euros, teniendo este carácter supletorio³⁵.

La interpretación de que el límite es el mayor entre el 30 % o el millón de euros sería más favorable para el contribuyente, ya que le permite adelantar gastos financieros, sin embargo, si consideramos la interpretación de la Agencia Tributaria, esta implica diferir la deducción de dichos gastos. Sobre esto, autores como García Novoa (2016, p. 119) entienden que es una interpretación un poco forzada en la que la Agencia podría estar suplantando al legislador. Con todo, una interpretación u otra es indiferente, puesto que el contribuyente puede deducir dichos gastos sin límite temporal y en la medida en que la entidad no se extinga.

Otra consecuencia de la interpretación de la Agencia es que siempre que la suma del 30 % del beneficio operativo de dicho año y la capacidad no utilizada supere el millón de euros, se agotará dicha capacidad con anterioridad a que se considerara que es el millón al que se adiciona dicha capacidad, ya que se consume innecesariamente esa diferencia entre el límite y el millón. Lo vemos de forma más clara con un ejemplo.

Supongamos que una entidad en el año 0 tiene unos GFN de 500.000 y que el 30 % BO de ese año es 800.000. Por tanto, considerando que el límite es el 30 % BO y no el mayor de un millón o el 30 %, la capacidad no utilizada ese año y a arrastrar a años posteriores es de 300.000 y no de 500.000.

En segundo lugar y asumiendo que la capacidad no utilizada es de 300.000, está la duda de cuál es la base sobre la que se adiciona. Si en el año 1 el 30 % BO son 900.000 y los

³³ Artículo 24 de la Ley foral 26/2016, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

³⁴ Comunicación de la Comisión. Medidas consideradas igualmente eficaces a efectos del artículo 4 de la Directiva de lucha contra la elusión fiscal (2018/C 441/01). Recuperado de <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC1207\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC1207(01)&from=ES)>.

³⁵ Véase la página 6 de la Nota relativa a la limitación de gastos financieros prevista en el artículo 16 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre. Recuperado de <<https://www.fiscal-impuestos.com/files-fiscal/nota-1-15.pdf>>.

GFN 1.100.000, se puede entender que los 300.000 de exceso se suman a 900.000 dando un límite conjunto de 1.200.000, o por el contrario entender que se suman al millón, dando un límite de 1.300.000. En ambos casos, se podrían deducir los GFN en su totalidad, sin embargo, en el primer caso la capacidad que se arrastraría en los 4 años siguientes sería de 100.000 y en el segundo de 200.000. Como se observa, según la interpretación de la Agencia la capacidad no utilizada se consume antes.

Por último, vamos a hacer referencia a las exclusiones a la limitación general de deducibilidad de intereses contempladas en la directiva y en la normativa internas. En primer lugar, la directiva establece la posibilidad de no aplicar dicha limitación a las entidades aisladas o independientes, puesto que entiende que el riesgo de elusión fiscal es limitado y permitiendo, por tanto, la deducción íntegra de los intereses en estos casos (Parejo García, 2018, pp. 180-181)³⁶. Son entidades aisladas aquellas que no forman parte de un grupo consolidado y no tienen empresas asociadas o establecimientos permanentes. Nuestra normativa no contempla esta exclusión siendo en este punto más exigente que la directiva (Parejo García, 2018, p. 181).

En segundo lugar, la directiva permite que las limitaciones no se apliquen o que el límite sea mayor en relación con el EBITDA cuando la relación entre fondos propios y activos sea igual o mayor a la de todo el grupo³⁷. Nuestra normativa no contempla esta exclusión que sí se recoge en el régimen foral de la provincia de Álava, en el artículo 25 bis de la Norma Foral 37/2013, de 13 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. Con esta cláusula se pretende que como el endeudamiento del grupo frente a terceros es alto, existe pago de intereses a terceros mientras el endeudamiento del grupo sea superior que el de la entidad que lo integra y que se analiza y, por ello, se entiende que no existe riesgo de erosión de la base imponible. Sin embargo, si esta exclusión no se aplica a entidades independientes que no formen parte de grupos, se estaría discriminando a las entidades aisladas respecto a los grupos.

También la directiva establece la posibilidad de que los Estados miembros excluyan de la limitación a los gastos derivados de empréstitos para financiar proyectos de infraestructuras públicas a largo plazo con determinados requisitos (Parejo García, 2018, pp. 174-175).

Otro supuesto de exclusión contemplado en la directiva y en nuestra normativa en el apartado 6 del artículo 16 de la LIS es el relativo a entidades financieras y aseguradoras, ya formen o no parte de un grupo consolidado a efectos de la contabilidad financiera³⁸.

³⁶ Artículo 4.3 B) de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

³⁷ Artículo 4.5 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

³⁸ Artículo 4.7 de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

Por último, la norma española excluye la aplicación en el periodo en que se extinga la entidad y no haya reorganización.

En relación con el régimen de exclusiones cabría señalar que nuestra normativa es similar a la norma italiana y más estricta que las normas similares del entorno europeo. Nuestra norma es más exigente que la mayoría de reglas de limitación de deducibilidad de gastos financieros de derecho comparado, puesto que no discrimina entre deuda «buena» y «mala» y porque no permite dirigir la aplicación de la regla a los escenarios más agresivos (Armes-to Macías, 2013, p. 96; Ferrer Vidal, 2017, p. 4). En este sentido, países como Alemania, Francia, Países Bajos e incluso Finlandia recogen cláusulas de escape a la limitación de forma que solo opere en operaciones vinculadas, grupos de sociedades o permitiendo su inaplicación cuando el endeudamiento a nivel individual sea inferior al del grupo, de forma que la finalidad sea atacar aquellas situaciones que pretenden erosionar la base imponible a través del traslado artificioso de gastos financieros entre los mismos (Fernández Antuña, 2013, pp. 1-33; Ferrer Vidal, 2017, p. 4).

3.2. El supuesto objetivo del límite adicional

Una vez analizado el límite general que recoge el artículo 16 de la LIS en su apartado 1 pasamos a estudiar el límite adicional del apartado 5 del mismo artículo. El supuesto contemplado en dicho apartado es el relativo a los gastos financieros destinados a la adquisición de participaciones en entidades e incluyendo las adquisiciones directas o indirectas, esto es, el caso general ya expuesto en el que la deuda concertada por la *holding* con la entidad financiera se destina a la adquisición de las acciones de la operativa como las adquisiciones «indirectas» en las que el dinero procedente del préstamo se destina por la *holding* a constituir otra *holding* 2, la cual a su vez, será la que compre las acciones de la operativa a los accionistas. Sanz Gadea (2016, pp. 74-75) entiende que es fácil la prueba de estas conexiones o nexos, ya que las *holding* o vehículos solo tienen en caja los fondos procedentes de su capital propio y del préstamo, por lo que es fácil distinguir el origen de los fondos. En este sentido, la forma de probar dicho nexo puede ser la declaración contractual, la pignoración de las acciones adquiridas o la coincidencia temporal.

Tal como establece el preámbulo de la LIS, apartado III.I d), el límite adicional afecta a los gastos financieros que tienen su origen en deudas destinadas la adquisición de participaciones en entidades cuando en los cuatro años siguientes a la adquisición la entidad adquirida o cualquier otra del grupo se integre en el mismo grupo de consolidación fiscal que la adquirente³⁹, o bien, sea objeto de una operación de reestructuración con la entidad que realizó la adquisición, refiriéndose de forma concreta a la fusión, pero abarcando otras posibles combinaciones de negocio. En sentido negativo, si la fusión es realizada tras el cuarto año, dicho límite adicional no rige.

³⁹ Vid. los artículos 16.5 y 67 b) de la LIS.

Si atendemos al sentido literal de la norma podría entenderse que la regla del artículo 16.5 se aplica tanto a la *holding* sin haberse fusionado, como a la *holding* cuando se fusiona con la *target* u otra entidad antes de los cuatro años (López-Santacruz Montes, 2018, pp. 135-136). Como la norma no es clara en este punto, en mi opinión, debemos entender que el límite del artículo 16.5 se aplica tanto a la *holding* sin fusionar como tras haberse fusionado, y ello porque en el caso de la situación previa a la fusión el aplicar a la *holding* el límite general o el adicional no resulta indiferente, ya que el límite general permite siempre la deducción del 1.000.000 de euros mientras que el límite adicional no recoge dicha posibilidad. Por ello, no aplicar el artículo 16.5 hasta que no se produzca la fusión conduce a situaciones injustas, generando un tratamiento fiscal dispar en casos de empresas con la misma realidad económica⁴⁰. Así, por ejemplo, si una *holding* no se fusiona durante los tres primeros años y no le aplicamos la regla del artículo 16.5 en cada uno de esos tres años, y le aplicamos la regla general del artículo 16 de la LIS, se podrá deducir, en su caso, gastos financieros hasta un millón de euros, permitiendo en el cuarto año, en caso de fusión en el mismo, puedan compensarse con el beneficio generado por la *target* bases imponibles negativas generadas con anterioridad en la entidad *holding* debido a la deducibilidad del millón de euros y saltarse de alguna manera la limitación del artículo 16.5 de la LIS. Siguiendo la hipótesis anterior, si la fusión tiene lugar en el año 1 se aplicaría el límite desde el primer momento no permitiendo deducir ningún gasto financiero por aplicación del artículo 16.5 y suponiendo un beneficio nulo de la *holding*, generando de esta forma un resultado diferente, para una operación con la misma realidad económica. Por ello, habría que concluir que el límite adicional se aplicaría tanto a entidades fusionadas como no fusionadas y todo ello siempre que la fusión se realice dentro de los cuatro primeros años desde la adquisición, como ya indicamos.

Además de la exclusión de la regla del artículo 16.5 para fusiones a partir del cuarto año, la exclusión principal de este límite adicional se refiere a los supuestos en los que la adquisición de las participaciones se realice con un máximo del 70 % de recursos ajenos, y un mínimo de un 30 % de recursos propios. Esta exclusión, por sus particularidades la veremos con detalle en el epígrafe 3.4.

En cuanto a la aplicación temporal del artículo 16.5 de la LIS, la directiva⁴¹ prevé la posibilidad de inaplicar la regla a la deuda contraída antes de 17 de junio de 2016, sin embargo, la norma española no ha previsto esta posibilidad, pero sí recoge en la disposición transitoria 18.^a 2.º de la LIS que el límite adicional no se aplique cuando las operaciones de reestructuración en el seno de la compra apalancada tengan lugar con carácter previo al 20 de junio de 2014. Por tanto, es la fecha de la fusión la determinante de la aplicación del límite adicional, siendo aplicable a las fusiones realizadas a partir de 20 de junio de 2014 y

⁴⁰ En sentido contrario, solo se aplica el límite adicional si efectivamente ha habido operación de reestructuración (Ferrer Vidal, 2017, p. 8).

⁴¹ Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

con independencia de que la adquisición con deuda se haya realizado antes de esa fecha, la finalidad es clara y es evitar la retroactividad de la norma. La explicación de ello es que antes de la fusión la aplicación a la *holding* del límite general y el adicional no tiene consecuencias distintas –salvo por lo relativo a la deducibilidad del millón de euros– conduciendo al mismo resultado y ello siempre que la entidad *holding* no tenga beneficio operativo, puesto que si el beneficio es cero, los gastos a deducir serán cero. Sin embargo, una vez realizada la fusión, la aplicación del artículo 16.5 y de la regla general que existía con anterioridad a 20 de junio de 2014, hace que se limiten en mayor medida los gastos deducibles, por lo que aplicar la norma con carácter retroactivo, esto es, a situaciones nacidas antes de la entrada en vigor de la norma, estaría perjudicando de forma clara al contribuyente.

En mi opinión, cabría la aplicación del límite adicional a fusiones realizadas con anterioridad a esa fecha, puesto que en puridad no estaría afectado a situaciones nacidas con anterioridad a la norma, ya que los gastos financieros devengados a partir de 1 de enero de 2015 se devengan con posterioridad a la entrada en vigor de la norma y además el impuesto que grava dichos periodos también se devenga con posterioridad, por lo que ningún hecho que configura el impuesto se produce con anterioridad a la norma⁴².

Otra exclusión de la aplicación de la regla del artículo 16.5 de la LIS se refiere a los préstamos con operación de reestructuración anterior a 20 de junio de 2014, que hubieran sido objeto de renovación, prórroga o refinanciación con posterioridad a esa fecha, puesto que el hecho relevante para la norma como es la operación de reestructuración es anterior a dicha fecha, estando estos gastos únicamente sujetos al límite general del artículo 16 de la LIS⁴³.

En cuanto a la posibilidad de aplicar tanto la regla del artículo 16.5 de la LIS como la del 15 h) de la LIS a un supuesto de deuda intragrupo destinada a la adquisición de participaciones, ya que dicho supuesto es de fácil encaje en las dos normas, la DGT entiende que por ser una regla especial es de aplicación preferente el artículo 15 h)⁴⁴.

Por último y sin ánimo de hacer un estudio de derecho comparado, cabría señalar que mientras la norma francesa sí recoge una cláusula de escape basada en la existencia de motivos económicos válidos (Ferrer Vidal, 2017, p. 4), en nuestra normativa no cabe la inaplicación de la regla del artículo 16.5 basándose en la ausencia de artificiosidad de la

⁴² La retroactividad propia o auténtica se refiere a situaciones de hecho nacidas y que han producido todos sus efectos jurídicos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma y está prohibida salvo que concurren situaciones de interés general; la retroactividad impropia se refiere a situaciones nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma pero que no han agotado todos sus efectos en dicha fecha, es decir, que continúan produciéndose, en este caso se encuentra permitida siempre que haya previsibilidad de la medida por parte del contribuyente tal como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2016, de 23 de junio (NCJ061443), en los fundamentos jurídicos 5.º y 6.º

⁴³ Consulta de la DGT V1664/2015, de 28 de mayo (NFC054986).

⁴⁴ *Ibid.*

operación. En este sentido, la DGT ha reconocido que dichas financiaciones son motivo económico válido⁴⁵.

3.3. El problemático cálculo del límite adicional

El límite adicional tiene dos especialidades respecto del general, la primera es que el 30 % deducible de gastos financieros se calcula sobre el beneficio operativo de la entidad adquirente sin incluir el beneficio de la entidad fusionada con ella, ya se fusione con la entidad adquirida o cualquier otra (Ferrer Vidal, 2017, pp. 4-5; López-Santacruz Montes, 2018, p. 136). El hecho de que la limitación se aplique a fusiones realizadas además de con la entidad adquirida con otras entidades terceras trata de evitar que se eluda la aplicación del límite adicional mediante fusiones cruzadas entre vehículos y operativas de adquisiciones distintas (López-Santacruz Montes, 2018, p. 135). La segunda diferencia entre el límite general y el especial radica en que no rige la deducibilidad mínima de 1.000.000 euros de gastos financieros que sí opera en la regla general.

Respecto de la primera especialidad, mientras que con la regla general la deducibilidad del 30 % operaría sobre el beneficio operativo combinado de la entidad adquirente y adquirida, *holding* y operativa, respectivamente, con la aplicación de la regla especial se penaliza de algún modo la operación de fusión girando dicho porcentaje únicamente sobre el beneficio operativo de la adquirente o *holding* (Ferrer Vidal, 2017, p. 5).

Por otro lado, es habitual que sea la entidad operativa la que desarrolle una actividad económica que le reporte importantes flujos de caja mientras que la *holding* suele arrojar un resultado muy reducido o, incluso, nulo, lo que supondría con la regla general que mediante la operación de fusión ambos beneficios operativos se combinan y permitiría deducir gastos financieros consecuencia del propio beneficio aportado por la adquirida. Sin embargo, el límite especial al acotar la deducibilidad al beneficio operativo de la adquirente o *holding*, permitirá deducir gastos financieros de importe reducido o en el caso de beneficio cero, nula deducibilidad (Ferrer Vidal, 2017, p. 14).

Por ello, la razón del nacimiento de dicha limitación especial es evitar que la entidad adquirida u operativa soporte el coste de su adquisición, práctica habitual en las empresas entre los años 2003-2008 (Ferrer Vidal, 2017, p. 6; Sanz Gadea, 2014, p. 58).

El siguiente punto a analizar es el orden en que se aplican ambos límites, siendo criterio de la DGT recogido en la Consulta 1664/2015, de 28 de mayo (NFC054986), que primero rige el límite adicional y, posteriormente, el límite general.

⁴⁵ Consulta de la DGT V5023/2016, 18 de noviembre (NFC063099).

Encontramos dos grupos de supuestos, el primero en que los gastos financieros derivados de la adquisición son inferiores al límite adicional del artículo 16.5 de la LIS, en este caso los gastos financieros de la adquisición y los gastos financieros derivados de deudas distintas a dicha adquisición se someten al límite general (López-Santacruz Montes, 2018, p. 136): 30 % del beneficio operativo de la entidad fusionada, o lo que es lo mismo, los beneficios combinados de la operativa y *holding*-adquirente. Si el conjunto de gastos es inferior al límite general, se deducen íntegramente. En caso contrario, es decir, que la suma exceda del límite, son deducibles hasta dicho límite y el exceso será deducible en los años siguientes sin mayores especialidades que someterse al límite general del artículo 16 de la LIS.

El segundo grupo se refiere al caso en que los gastos financieros derivados de la adquisición excedan el límite especial (López-Santacruz Montes, 2018, p. 137). En este caso, hasta dicho límite adicional se suman dichos gastos al resto de gastos que tuviera la entidad fusionada provenientes de deudas terceras y a ese conjunto de gastos se aplica el límite general. Respecto a los gastos de la adquisición que excedan del límite especial serán deducibles hasta dicho límite y el exceso se sumará a los gastos derivados de adquisiciones en los años siguientes y se someterá de forma conjunta al límite adicional del artículo 16.5. Respecto de los gastos de adquisiciones que sean deducibles conforme al límite adicional, se sumarán al resto de gastos derivados de otras deudas y se aplicará a dicho conjunto el límite general, pudiendo suceder que a) la suma de los gastos sea inferior al límite del general calculado sobre el beneficio operativo de la operativa y *holding*-adquirente, en cuyo caso serán deducibles en su totalidad o b) la suma de gastos sea superior a dicho límite general, siendo deducible hasta el límite y el exceso se deduce en los años siguientes sometido al límite general y ello con independencia de la procedencia de la deuda pues una vez superado en dicho ejercicio el límite adicional queda sometido al general.

La redacción del artículo 16.5 de la LIS deja algunos interrogantes sin resolver, siendo el más importante el relativo a cómo calcular cada año el beneficio operativo de la entidad *holding*-adquirente, siendo dificultoso, ya que tras la operación de fusión los resultados de operativa y *holding* se confunden y delimitar el beneficio de la adquirente cada uno de los años requeriría acudir a un criterio subjetivo y arbitrario (Ferrer Vidal, 2017, p. 6; López-Santacruz Montes, 2018, p. 136; Sanz Gadea, 2014, p. 59), no existiendo en el momento actual consultas de la DGT que ofrezcan luz en el asunto.

Si ambas entidades, adquirente y adquirida, no se hubieran fusionado, los resultados de la adquirente estarían integrados únicamente por los dividendos repartidos por la operativa, dependiendo, por tanto, el beneficio operativo de la *holding*-adquirente de las cantidades que los socios quieran destinar al pago de dichos dividendos y qué cantidad quieran destinar a reservas en la operativa⁴⁶.

⁴⁶ Siempre que la actividad ordinaria de la *holding* sea la tenencia de valores y su administración, los dividendos en cuanto procedentes de dicha actividad se consideran que forman parte del importe neto de la cifra de negocios. BOICAC n.º 79/Septiembre 2009, consulta n.º 2 (NFC035411).

Sin embargo, tras la fusión existe auténtica confusión patrimonial siendo imposible o muy difícil determinar qué cantidad destinaría la operativa al pago de dividendos. En este sentido el límite adicional está llamado a inaplicarse según entiende Sanz Gadea (2014, p. 58).

3.4. La exclusión del límite adicional para adquisiciones con un ratio 70-30 de deuda y capital

La exclusión más relevante del límite adicional viene dada por el ratio 70-30. Dicho de otra forma, si la adquisición de las participaciones es financiada con un máximo del 70 % de deuda y un mínimo del 30 % de recursos propios, el límite adicional no se aplicará. Además, no se aplicará dicho límite en los años siguientes siempre que la deuda se reduzca proporcionalmente y de forma lineal en cada uno de los 8 ejercicios siguientes hasta que la misma alcance el 30 % del precio de adquisición⁴⁷.

En sentido negativo, si la deuda excede del 70 % del coste de adquisición, dicho límite se aplicará en los periodos impositivos siguientes sin excepción, es decir, aun cuando se reduzca año a año conforme a lo dispuesto anteriormente (López-Santacruz Montes, 2018, p. 138)⁴⁸.

El momento en que hay que valorar el cumplimiento del ratio 70-30 es en el momento de la adquisición. Además, en lo que se refiere a qué entendemos por precio de adquisición o qué conceptos incluye este término, podríamos considerar que se refiere al coste de adquisición de acciones en sentido estricto o, por el contrario, tanto dicho coste como cualquier coste accesorio relacionado con dicha adquisición como el impuesto sobre actos jurídicos documentados, notaría, registro y cualesquiera otros vinculados a la compra. De esto se deduce que en el primer caso el coste será de importe inferior al segundo caso, lo que supondrá que la deuda represente un porcentaje mayor, lo que podría implicar tener que excluir de la deuda el importe de los gastos accesorios. Sin embargo, en mi opinión, el coste de adquisición incluye tanto el precio de compra de las participaciones como cualquier coste accesorio y vinculado directamente con la compra, lo que lleva a tener en cuenta toda la deuda, es decir, la deuda que financia la adquisición como toda la deuda asociada.

⁴⁷ Artículo 16.5, tercer párrafo, de la LIS:

El límite previsto en este apartado no resultará de aplicación en el periodo impositivo en que se adquieran las participaciones en el capital o fondos propios de entidades si la adquisición se financia con deuda, como máximo, en un 70 por ciento del precio de adquisición. Asimismo, este límite no se aplicará en los periodos impositivos siguientes siempre que el importe de esa deuda se minore, desde el momento de la adquisición, al menos en la parte proporcional que corresponda a cada uno de los 8 años siguientes, hasta que la deuda alcance el 30 por ciento del precio de adquisición.

⁴⁸ Consultas de la DGT V1664/2015, 28 de mayo (NFC054986), y V3931/2015, de 9 de diciembre (NFC057445).

En caso de existencia de varios tramos de deuda, se incluyen a efectos del cálculo del 70 % y de la reducción todas las deudas destinadas a la financiación de la adquisición, sean bonos, créditos sindicados, deuda sénior, etc., y se excluyen las cantidades destinadas a financiar el circulante de la empresa adquirida o para implantar un nuevo plan de negocio, como son los tramos *mezzanine*⁴⁹.

Siguiendo con los requisitos necesarios para escapar del límite adicional, una vez que la deuda no excede el 70 % del coste de adquisición, hay que verificar que en los 8 años siguientes se reduzca la parte proporcional de la deuda hasta que alcance el 30 % de dicho coste (Ferrer Vidal, 2017, p. 6). Esto es, partiendo de que la deuda sea exactamente el 70 %, la cantidad a reducir cada año sería un octavo del 40 %, dicho de otra forma una reducción del 5 %. Si la deuda es inferior al 70 %, se reducirá proporcionalmente en 8 años la diferencia entre la deuda y el 30 % del coste de adquisición.

Lo anterior nos plantea una duda y es si un año se incumple la obligatoria reducción de deuda y no se amortiza cantidad alguna o en importe inferior al requerido, si esto determinaría que se vuelva a aplicar el límite adicional. El alto centro directivo interpreta que si en un año no se reduce el porcentaje correspondiente y con independencia de que dicho vencimiento sea a mitad de ejercicio o coincida con este, los gastos financieros devengados con posterioridad a dicho incumplimiento van a quedar sometidos de nuevo al límite adicional⁵⁰.

Por otro lado, si en un año se amortiza lo correspondiente a ese año y al siguiente o siguientes, se libera de la obligatoria reducción en los años sucesivos hasta que el importe de la deuda se iguale a la cantidad que debiera arrojar en la fecha correspondiente siguiendo el plan de reducción de los 8 años, y hasta entonces se podrá escapar del límite adicional. Así, por ejemplo, si no se amortiza nada en el año 1 los gastos financieros devengados en el año 2 se verán sometidos al límite adicional. Si en el año 2 se amortiza lo correspondiente al año 1 y al año 2, los gastos financieros devengados en el ejercicio 3 no se verán sometidos a dicho límite adicional.

Como hemos podido analizar, la redacción del artículo 16.5 de la LIS es poco clara y nos plantea algunas dudas, tampoco resueltas de forma explícita vía consultas. En primer lugar, en qué momento temporal se verifica cada incumplimiento, si es año a año o se puede comprobar en momentos diferentes. En este sentido, la DGT entiende que la comprobación de la cantidad amortizada se haría año a año y afecta a los devengos posteriores, y en caso de incumplir se aplica el límite adicional «hasta que se vuelva a cumplir»⁵¹.

⁴⁹ Consulta de la DGT V1664/2015, de 28 de mayo (NFC054986).

⁵⁰ Consultas de la DGT V1664/2015, de 28 de mayo (NFC054986), y V3931/2015, de 9 de diciembre (NFC057445).

⁵¹ Véase nota 49.

De lo anterior, cabe dos interpretaciones, una que entiendo que es la más lógica y coherente con el sentido de la norma y sería que la verificación de la amortización anual se hará en fechas fijas, es decir, año a año, llegado cada vencimiento se comprueba si se ha reducido la deuda en la cantidad correspondiente y si no es así, los gastos financieros devengados con posterioridad a este incumplimiento se verán afectados por la limitación adicional. La otra interpretación, más laxa, permitiría comprobar en momentos diferentes a cada vencimiento si se ha vuelto a restaurar el calendario de amortizaciones, lo que implicaría un coste administrativo al tener que hacer un seguimiento más exhaustivo a cada contribuyente. Por tanto, entiendo que cada incumplimiento va a contaminar los pagos que se realicen con posterioridad a dicho incumplimiento con independencia de que entre ese vencimiento y el siguiente el contribuyente realizara pagos que le situaran en línea con la norma.

La segunda duda planteada es qué ocurriría si el vencimiento de cada amortización no coincide con el periodo impositivo, sino que, por ejemplo, la amortización tiene lugar a mitad de año y se produce un incumplimiento. La cuestión sería qué magnitud de beneficio operativo habría que utilizar para calcular el límite. En mi opinión, producido el incumplimiento se distinguen los gastos financieros devengados antes del incumplimiento en dicho periodo, que se verán sometidos al límite general calculado sobre la parte proporcional del beneficio operativo del ejercicio de la fusionada y, por otro lado, los gastos devengados en dicho periodo con posterioridad al incumplimiento que se verán sometidos al límite adicional, es decir, límite calculado sobre la parte proporcional del beneficio operativo del ejercicio de la entidad adquirente.

4. Consideraciones finales

Tras realizar el estudio de las diferentes cuestiones abordadas, podemos sacar una serie de conclusiones.

En primer lugar, la norma relativa a la limitación a la deducibilidad de gastos financieros actual, recogida en el artículo 16 de la LIS de nuestra normativa y con redacción similar en muchos de los países de nuestro entorno, se considera una norma que supera algunos de los problemas que generaba la norma de subcapitalización. En primer lugar, permite aplicarse a todo tipo de entidades ya se encuentren vinculadas o no, siendo por ello una norma general. De esa forma, limita los problemas de la falta de neutralidad de la deducibilidad de gastos financieros y evita la erosión de la base imponible. Para comprobar si la medida tuvo efectos en la economía española analizando diferentes estadísticas, se observa que las relaciones entre deuda y capital, y entre deuda e ingresos parecen mostrar una caída significativa de la deuda en la financiación de las empresas a partir de 2012. Sin embargo, las causas pueden atribuirse también a las múltiples reformas estructurales acontecidas en esos años y, particularmente, a la disposición adicional cuarta de la Ley concursal introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que permitió la homologación de acuerdos de refinanciación de forma que se

potenció sensiblemente la conversión de deuda en capital al protegerse tales acuerdos de posteriores impugnaciones. Con todo, a falta de un análisis económico que excede de este trabajo, es muy posible que la introducción de la regla haya contribuido a reducir el apalancamiento de las empresas españolas corrigiendo así la falta de neutralidad del sistema fiscal en este aspecto. Sin embargo, esta regla al permitir una deducibilidad significativa no elimina por completo el problema de la falta de neutralidad de los tratamientos de capitales propios y ajenos; y puede resultar perjudicial para empresas medianas atravesando dificultades económicas cuyos gastos financieros superen holgadamente el millón de euros de deducibilidad mínima, pero cuyo beneficio operativo sea muy reducido, nulo o incluso negativo.

En segundo lugar, la regla es positiva porque no es discriminatoria entre entidades residentes y no residentes, adaptándose a los mandatos de la jurisprudencia europea, que criticaba el hecho de que las normas anteriores vulneraban la libertad europea de igualdad de trato entre residentes y no residentes, por lo que la regla actual al aplicarse a entidades con independencia de su residencia es no discriminatoria.

En tercer lugar, la regla del artículo 16 de la LIS, no así la del artículo 15 h), se configura como una regla de imputación temporal, que permite recuperar en el futuro las cantidades que no hubieran sido deducidas por insuficiencia de beneficio operativo, por tanto, combate el problema de la doble imposición causado por la anterior normativa.

Asimismo, cabría plantearse que, aunque la norma ha sido declarada de efecto equivalente a la normativa europea hasta 2023, podría ser bueno hacer algunas adaptaciones que la alineen con la Directiva antielusión y los países de nuestro entorno. Para ello, en primer lugar, deberíamos eliminar la adición de dividendos exentos. Además, podría plantearse introducir la exclusión que permite la directiva para entidades individuales. De igual forma, como permite la directiva, permitir en el ámbito de los grupos escapar a la limitación o incrementar el porcentaje de límite de la regla si su endeudamiento es similar al del grupo. Si la razón última es evitar la erosión de la base imponible nacional y en el ámbito de una entidad individual este problema no se produce, o en el caso de grupos la deuda es con entidades terceras en global, carece de sentido la aplicación del límite. De introducirse estas exclusiones deberían hacerse ambas de forma simultánea pues de lo contrario los grupos tendrían un mejor tratamiento fiscal en la deducibilidad de gastos financieros que las entidades individuales, lo que carecería de todo sentido, particularmente si el objetivo de estas normas es evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios.

Sin embargo, si la razón de estas reglas es también evitar la falta de neutralidad, la introducción de estas exclusiones perjudicaría ese objetivo. Con todo, es posible que el problema de la falta de neutralidad podría corregirse con una deducción nocial por el capital cuya explicación ya abordamos.

En relación con el supuesto regulado en el artículo 15 h) de deuda intragrupo, deberían sistematizarse las causas que dan origen a los motivos económicos válidos, dada la indefinición actual del concepto que provoca importantes lagunas.

Por último, siguiendo con adquisiciones apalancadas, pero en este caso con deuda ajena al grupo, en lo que se refiere al artículo 16.5 de límite adicional a las compras apalancadas por fondos de capital riesgo, esta debería ser reformada en profundidad para dotarla de seguridad jurídica y efectividad. Ahora mismo, como he señalado, no resultan claros numerosos aspectos como el cómputo de la deuda, el cálculo de la reducción de la deuda en la exclusión, la deuda afectada por la exclusión en cada periodo, si el límite del millón se aplica bajo la regla del artículo 16.5, o si la regla se aplica a la entidad que adquiere participaciones, pero no se fusiona. Todos estos aspectos deberían aclararse por vía legal o reglamentaria, pues aunque algunos de ellos se han resuelto por consultas de la DGT, esto genera una gran inseguridad jurídica que no es aceptable para este tipo de inversiones.

Pero el aspecto más controvertido es que resulta imposible determinar el beneficio operativo que correspondería a la *holding* una vez que esta ha sido fusionada, por lo que es absolutamente imposible calcular el límite. De esa forma, determinar un límite cero llevaría a considerar la norma inconstitucional por violar el principio de capacidad económica, mientras que cualquier otra cantidad sería absolutamente arbitraria. Si bien podría imputarse como beneficio operativo de la *holding* todo el rendimiento después de impuestos de la fusionada, tampoco parece que sea una respuesta adecuada. En consecuencia, parece difícil la aplicación de dicha norma y, en mi opinión, debería reformarse para que pueda ser efectiva. Para ello, podría determinarse que la deducción fuera directamente nula, podría decirse claramente que el 30 % se aplique sobre el resultado de la fusionada después de impuestos o, la que resulta más acertada en mi opinión, que dicho límite se aplicara a un porcentaje fijo sobre el resultado después de impuestos.

Referencias bibliográficas

- Albi, E. (2017). Criterios para una reforma del Impuesto sobre Sociedades (IS). *Fedea Policy Papers - 2017/12*.
- Armesto Macías, D. (2013). Limitaciones a la deducción de los gastos financieros comparación de la normativa aplicable en España y en otros países europeos. *Quincena Fiscal*, 1-2, 91-97.
- Calvo Vérguez, J. (2014). La deducibilidad de los gastos financieros en los grupos de sociedades. *Zergak, Gaceta Tributaria del País Vasco*, 47(1), 185-208.
- Calvo Vérguez, J. (2015). El reconocimiento de la existencia de fraude de ley en aquellas operaciones destinadas únicamente a la deducibilidad de los gastos financieros de los grupos de empresas en el IS: la unanimidad de criterio de la doctrina administrativa y jurisprudencial. *Quincena Fiscal*, 15-16, 103-152.
- Cuesta Domínguez, J. (2012). La limitación a la deducibilidad de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades recogida en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30

- de marzo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 49-55.
- Fernández Antuña, A. (2013). Fiscalidad internacional de los gastos financieros: normativa interna y derecho comparado. *Documentos de Trabajo IEF*, 19, 1-33.
- Fernández Fernández, M. C. (1999). La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones como obstáculo a ciertas compras apalancadas de empresas, o *leveraged buy-outs*. *Revista de Derecho Mercantil*, 232, 577-644.
- Ferrer Vidal, D. (2017). Los gastos financieros derivados de préstamos para la adquisición de participaciones y su posterior fusión. Análisis del límite adicional del artículo 16.5 de la LIS. *Quincena Fiscal*, 12, 1-22.
- Fuster Tozer, R. y Durán Haeussler, C. (2016). Acción 4. Limitaciones a la deducibilidad de los gastos financieros. *Fundación de Impuestos y Competitividad*.
- García Novoa, C. (2016). *La deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto de Sociedades*. Madrid: Marcial Pons.
- Granado Fernández de la Pradilla, I. (2016). La limitación en la deducibilidad de los gastos financieros en el impuesto sobre sociedades: La experiencia española. *Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF*, 40, 94-128.
- Hernández González-Barreda, P. A. (2017). El ámbito material y formal del Plan BEPS: viejos conocidos, nuevos amigos y la necesidad de un nuevo enfoque. *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios: G20, OCDE y Unión Europea*. Cizur Menor: Aranzadi.
- López-Santacruz Montes, J. A. (2018). *Manual Práctico Impuesto sobre Sociedades 2018*. Madrid: Francis Lefebvre.
- Manzano, M. C. (2007). La evolución de las Operaciones de *Leveraged buyout* y su financiación: posibles implicaciones para la estabilidad financiera. *Estabilidad Financiera*, 13, 35-52.
- OECD. (2013a). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing.
- OECD. (2013b). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2015). *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4-2015 Final Report*. OECD Publishing, Paris.
- OECD. (2017). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2017*. OECD Publishing, Paris.
- Parejo García, B. (2018). La regla de delimitación de deducibilidad de intereses. *La armonización de las normas contra la elusión fiscal en imposición directa en la Unión Europea* (pp. 171-186). Cizur Menor: Aranzadi.
- Rojí Chandro, L. y Rodríguez Ondarza, J. A. (2012). El IS y la limitación a la deducibilidad de gastos financieros del RDL 12/2012. *Partida Doble*, 23(243), 13-21.
- Sánchez-Calero, J. y Fernández Torres, I. (2011). Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME). *Documento de Trabajo UCM*, 38, 1-49.
- Sanz Gadea, E. (2014). Anteproyecto y Proyecto de Ley del Impuesto Sobre Sociedades. Nota sobre los gastos financieros. *Crónica Tributaria*, 3, 49-61.
- Sanz Gadea, E. (2016). *Módulo VI. Medidas antielusión fiscal en el ámbito internacional*. Recuperado de <<http://www.aedf-ifa.org/FicherosVisiblesWeb/Doctrinas/ArchivoDoctrina103.pdf>>.



Tributación de las rentas obtenidas por las instituciones de inversión colectiva (IIC) y sus partícipes

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

Es público y notorio que, desde ciertos núcleos sociales y políticos, se está cuestionando el régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva. Así lo indican, entre otras manifestaciones, los antiguos pactos de investidura PP-Ciudadanos o el anteproyecto de ley de lucha contra el fraude de octubre de 2018, que han dado pie a un debate en el que se entremezclan elementos técnicos y políticos.

El presente estudio pretende, de una parte, ofrecer una visión sistemática del régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva y de sus socios o partícipes, prestando especial atención a su proyección internacional, y de otra, formular algunas consideraciones en relación con el aludido debate.

Palabras clave: inversión colectiva; Unión Europea; convenios bilaterales; fondos de inversión americanos; privilegio fiscal; principios básicos.

Fecha de entrada: 03-12-2019 / Fecha de aceptación: 15-01-2020

Cómo citar: Sanz Gadea, E. (2020). Tributación de las rentas obtenidas por las instituciones de inversión colectiva (IIC) y sus partícipes. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, E1-E166.



Taxation of revenues obtained by collective investments institutions (IIC) and its partners

Eduardo Sanz Gadea

Abstract

It is public and notorious that the tax regime of collective investments institutions and its partners is being challenged by certain political and social groups. That is manifested, among others, by the former government agreements undertaken by PP-Ciudadanos or the bill of fraud fighting presented in October 2018, which has given rise to a debate where both technical and political elements are involved.

The present paper is aimed at, on one hand, offering a systematic view of collective investments institutions and its partners tax regime with a special insight on its international perspective and, on the other hand, referring to other considerations related to the mentioned debate.

Keywords: collective investments; European Union; bilateral agreements; American mutual funds; tax privilege; basic principles.

Citation: Sanz Gadea, E. (2020). Taxation of revenues obtained by collective investments institutions (IIC) and its partners. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, E1-E166.

Sumario

1. Régimen legal y tipología de las IIC
 - 1.1. Normas reguladoras básicas
 - 1.2. Tipología
 - 1.2.1. Fondos y sociedades de inversión
 - 1.2.2. IIC financieras e inmobiliarias
 - 1.2.3. IIC armonizadas y no armonizadas
 - 1.2.4. IIC libre
 - 1.2.5. Instituciones de IIC libre
 - 1.2.6. IIC inmersas en la relación principal-subordinada
 - 1.2.7. IIC cotizadas
2. Tributación de las IIC
 - 2.1. Residentes en España
 - 2.1.1. Sujeción pasiva
 - 2.1.2. Base imponible
 - 2.1.2.1. El resultado contable como elemento nuclear de la base imponible
 - 2.1.2.2. La valoración por el valor razonable
 - 2.1.2.3. Eliminación de la doble imposición
 - 2.1.3. Tipo de gravamen
 - 2.1.3.1. El encadenamiento del tipo de gravamen a la normativa financiera
 - 2.1.3.2. El caso de las IIC en relación de subordinada a principal y de inversión libre
 - 2.1.3.3. IIC inmobiliarias
 - 2.1.3.4. La comprobación administrativa de los requisitos para disfrutar del tipo de gravamen privilegiado
 - 2.1.4. Deducciones de la cuota
 - 2.1.5. Retenciones
 - 2.1.6. Pago fraccionado
 - 2.1.7. Devolución
 - 2.2. Constituidas en el extranjero
 - 2.2.1. Dividendos

- 2.2.2. Intereses
- 2.2.3. Ganancias patrimoniales
- 3. Tributación de los socios o partícipes de las IIC
 - 3.1. Tributación de los socios o partícipes personas físicas residentes en territorio español
 - 3.1.1. Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC
 - 3.1.1.1. Reembolso o transmisión de la acción o participación
 - 3.1.1.2. Rentas distribuidas por la IIC
 - 3.1.1.3. Reducción de capital con devolución de aportaciones
 - 3.1.1.4. Distribución de la prima de emisión de acciones
 - 3.1.1.5. El diferimiento por reinversión
 - 3.1.2. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro reguladas en la Directiva 2009/65/CE
 - 3.1.3. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE
 - 3.1.4. Socios o partícipes de las IIC residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales
 - 3.1.5. Socios o partícipes de las IIC residentes en Estados terceros
 - 3.1.6. Pérdidas patrimoniales
 - 3.2. Tributación de los socios o partícipes personas jurídicas residentes en territorio español
 - 3.2.1. Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC
 - 3.2.1.1. Reembolso o transmisión de la acción o participación
 - 3.2.1.2. Rentas distribuidas por la IIC
 - 3.2.1.3. Reducción de capital con devolución de aportaciones
 - 3.2.1.4. Distribución de la prima de emisión de acciones
 - 3.2.2. Socios o partícipes de las IIC reguladas en la Directiva 2009/65/CE
 - 3.2.3. Socios o partícipes de las IIC constituidas en países o territorios considerados como paraísos fiscales
 - 3.2.4. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE
 - 3.2.5. Socios o partícipes de las IIC constituidas en Estados terceros
 - 3.3. Tributación de los socios o partícipes residentes en el extranjero
 - 3.3.1. Rentas distribuidas por la IIC
 - 3.3.2. Rentas derivadas del reembolso o transmisión de participaciones o acciones
 - 3.3.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones
 - 3.3.4. Rentas derivadas de la distribución de la prima de emisión
 - 3.3.5. Acciones o participaciones afectas a establecimiento permanente
- 4. Aspectos particulares de la tributación de las IIC y de sus socios o partícipes
 - 4.1. Eliminación de la doble imposición

- 4.1.1. Socios o partícipes personas jurídicas
 - 4.1.1.1. Doble imposición económica
 - 4.1.1.2. Doble imposición jurídica
- 4.1.2. Socios o partícipes personas físicas
- 4.2. Aplicación del régimen de fusiones y operaciones asimiladas
 - 4.2.1. Fusión
 - 4.2.2. Aportaciones no dinerarias
 - 4.2.3. Transformación
 - 4.2.4. Escisión
 - 4.2.5. Disolución y liquidación
- 4.3. Transparencia fiscal internacional
- 4.4. Tributación de salida
 - 4.4.1. Tributación de salida de la IIC
 - 4.4.2. Tributación de los socios o partícipes de la IIC
- 4.5. Régimen de atribución
- 4.6. El *trust* como vehículo de la inversión colectiva
- 4.7. La residencia fiscal
- 4.8. Información de bienes situados en el extranjero
- 4.9. Reclasificaciones de participaciones o acciones
- 4.10. Asimetrías híbridas
- 5. La obligación de retener
 - 5.1. Rentas percibidas por las IIC
 - 5.1.1. IIC residentes en territorio español
 - 5.1.2. IIC residentes en el extranjero
 - 5.2. Rentas percibidas por los socios o partícipes de las IIC
 - 5.2.1. Socios o partícipes contribuyentes del IS
 - 5.2.1.1. Rentas distribuidas por la IIC
 - 5.2.1.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones
 - 5.2.1.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión
 - 5.2.2. Socios o partícipes contribuyentes del IRPF
 - 5.2.2.1. Rentas distribuidas por la IIC
 - 5.2.2.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones
 - 5.2.2.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión

- 5.2.3. Socios o partícipes contribuyentes del IRNR
 - 5.2.3.1. Rentas distribuidas por la IIC
 - 5.2.3.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones
 - 5.2.3.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión
- 6. Convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
 - 6.1. Aptitud de las IIC para disfrutar de los beneficios del convenio
 - 6.2. Posición de los socios o partícipes
 - 6.3. Las IIC constituidas en Luxemburgo
- 7. La tributación de las IIC y de sus socios o partícipes a la luz del derecho de la Unión Europea
 - 7.1. Tributación de las IIC no residentes respecto de las rentas obtenidas en territorio español
 - 7.1.1. Las sentencias del TJUE
 - 7.1.2. El ejercicio del poder-deber de inaplicación por los tribunales españoles
 - 7.1.3. La STS en el caso Delaware Pooled Trust
 - 7.2. Tributación de las IIC residentes respecto de las rentas obtenidas en el extranjero
 - 7.3. Tributación de los socios o partícipes no residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC residentes en territorio español
 - 7.4. Tributación de los socios o partícipes residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC no residentes en territorio español
- 8. Esquemas alternativos de tributación
 - 8.1. El privilegio fiscal de la inversión colectiva
 - 8.2. Un apunte de derecho comparado
 - 8.3. A la búsqueda de la causa que sustenta el privilegio fiscal de la inversión colectiva
 - 8.4. Hacia la recuperación de los principios básicos de la imposición
 - 8.5. Recaudación, contexto y condicionantes
 - 8.5.1. Recaudación
 - 8.5.2. Contexto
 - 8.5.3. Condicionantes
 - 8.6. Estabilidad normativa y confianza legítima
- 9. Conclusiones
 - 9.1. Conclusiones de naturaleza técnica
 - 9.2. Conclusiones de política tributaria

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.

Una civilización como la nuestra basada en la industrialización y el urbanismo atribuye al sector público responsabilidades crecientes imposibles de afrontar, sin la colaboración de un sistema tributario bien construido y mejor aplicado [...] los fines que dan sentido al sistema económico [...] eficacia, justicia, estabilidad, y progreso [...] son inabordables, sin contar con un cuadro tributario que cumpla con los principios de la imposición [...]

Fuentes Quintana (1974, p. XLV)

1. Régimen legal y tipología de las IIC

La inversión colectiva forma parte del sector financiero de la economía. En un sentido amplio, se integra en el subsector de la inversión colectiva, junto con las IIC propiamente dichas, los fondos de pensiones y las entidades de capital-riesgo.

El régimen fiscal específico de las IIC y de sus partícipes, tal y como está establecido en las leyes reguladoras de la imposición sobre la renta, se proyecta exclusivamente en relación con las IIC que podrían denominarse típicas, esto es, las que están plenamente sujetas al conjunto de las normas que las regulan (Ballesteros, 2017). El resto de las IIC se rigen por las normas generales. Este es el caso de las denominadas IIC cerradas, cuya regulación está confiada a la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (LIIC)¹.

¹ En el preámbulo de la Ley 22/2014 se indica lo siguiente:

La disposición final primera modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva con el objetivo de adaptar el régimen de las sociedades gestoras que gestionan instituciones de inversión colectiva alternativa a la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011.

1.1. Normas reguladoras básicas

Un conjunto de normas, de diversa naturaleza, una buena parte de las cuales constituyen trasposición de directivas comunitarias, regulan la inversión colectiva. Estas normas versan sobre el establecimiento, la organización jurídica, la composición del patrimonio, el funcionamiento y la gestión de las IIC, y tienen como una de sus finalidades fundamentales configurar y tutelar los derechos de los socios o partícipes, de manera tal que integran lo que se ha venido en denominar «regulación prudencial». La vigilancia de su cumplimiento está encomendada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Son normas básicas las siguientes:

- Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.
- Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010.
- Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (LIIC).
- Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (RIIC).
- Circular 3/2008, de 11 de septiembre, de la CNMV, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las instituciones de inversión colectiva.

Esas normas no abarcan la totalidad de las entidades que, de una u otra forma, realizan funciones de inversión colectiva. Por ello, la Directiva 2009/65/CE se ha preocupado

Esto supone la introducción de una diferenciación clara entre las instituciones de inversión colectiva armonizadas por la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio de 2009, de las instituciones de inversión colectiva alternativa. De esta manera, se mantiene la estructura de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, que sigue recogiendo la regulación de las instituciones de inversión colectiva de tipo abierto, y sus sociedades gestoras; dejando la regulación de las entidades de capital-riesgo y las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y sus sociedades gestoras a la nueva ley.

de precisar, tanto por la vía positiva² como por la negativa³, su ámbito de aplicación. De las mismas se desprende que las notas que configuran la existencia de una IIC sujeta a la regulación prudencial pueden resumirse en las siguientes:

- Función de captar e invertir capitales. Por tanto, no realizan actividades consistentes en producir bienes y servicios para el mercado.
- La captación de esos capitales debe realizarse apelando al público. Por tanto, las entidades que constriñan la captación de capitales a un conjunto predeterminado de socios o partícipes, esto es, las IIC de tipo cerrado, quedan excluidas.
- Los socios o partícipes comparten equitativamente los frutos, positivos y negativos, de la inversión.
- Los socios o partícipes tienen el derecho de reembolso de su participación, sea directa o indirectamente.
- La política de inversiones debe ajustarse a lo establecido en la legislación prudencial.

² Artículo 1.2:

Para los fines de la presente directiva y sin perjuicio del artículo 3, se entenderá por «OICVM» los organismos:

- a) cuyo objeto exclusivo sea la inversión colectiva, en valores mobiliarios o en otros activos financieros líquidos a que se refiere el artículo 50, apartado 1, de los capitales obtenidos del público, y cuyo funcionamiento esté sometido al principio de reparto de riesgos, y
 - b) cuyas participaciones sean, a petición de los partícipes, recompradas o reembolsadas, directa o indirectamente, con cargo a los activos de estos organismos. Se asimilará a tales recompras o reembolsos el hecho de que un OICVM actúe para que el valor de sus participaciones en bolsa no se separe sensiblemente de su valor de inventario neto.
- [...].

³ Artículo 3:

No están sujetos a la presente directiva los siguientes organismos:

- a) los organismos de inversión colectiva de tipo cerrado;
- b) los organismos de inversión colectiva que obtengan capitales sin promover la venta de sus participaciones entre el público en la Comunidad o en cualquier parte de esta;
- c) los organismos de inversión colectiva respecto de los cuales la venta de sus participaciones esté reservada por el reglamento del fondo o por los documentos constitutivos de la sociedad de inversión al público de terceros países;
- d) las categorías de organismos de inversión colectiva fijadas por la normativa del Estado miembro en el que esté establecido el organismo de inversión colectiva, y para las que sean inadecuadas las normas previstas en el capítulo VII y en el artículo 83, habida cuenta de su política de inversión y de endeudamiento.

Es la concurrencia de esas notas, y no la forma jurídica adoptada⁴, lo que confiere la cualidad de IIC sujeta a la regulación prudencial. Como se verá, la regulación prudencial, tanto comunitaria como interna, tiene gran relevancia en la configuración de la tributación de la inversión colectiva.

Fuera del marco jurídico delimitado por las normas citadas habitan las entidades afectadas por la Ley 22/2014⁵. Ninguna de estas entidades está bajo el régimen fiscal específico de las IIC y de sus socios o partícipes.

1.2. Tipología

El conjunto de las IIC ofrece una gran variedad, la cual puede ser ordenada en torno a seis ejes; a saber: la forma jurídica; el objeto de la inversión; la adecuación a la normativa comunitaria; las normas sobre la inversión; la cualidad de los socios o partícipes; y la cotización de las acciones o participaciones.

La identificación de la clase a la que pertenece una determinada IIC es una cuestión resuelta mediante la inscripción en los Registros de IIC⁶.

⁴ Artículo 1.3 de la Directiva 2009/65/CE:

Los organismos a que se refiere el apartado 2 podrán revestir la forma contractual (fondos comunes de inversión gestionados por una sociedad de gestión) o de *trust* (*unit trust*), o la forma estatutaria (sociedad de inversión).

⁵ *Vid.* el artículo 4.

Artículo 4. Entidades de inversión colectiva de tipo cerrado.

1. Se entenderá por entidades de inversión colectiva de tipo cerrado (EICC) aquellas entidades de inversión colectiva que, careciendo de un objetivo comercial o industrial, obtienen capital de una serie de inversores, mediante una actividad de comercialización, para invertirlo en todo tipo de activos financieros o no financieros, con arreglo a una política de inversión definida.

2. Las EICC estarán gestionadas por sociedades gestoras autorizadas conforme a lo dispuesto en esta ley.

3. Las EICC pueden adoptar la forma jurídica de sociedades, que se denominarán sociedades de inversión colectiva de tipo cerrado (SICC), o de fondos, que se denominarán fondos de inversión colectiva de tipo cerrado (FICC).

4. A los efectos de lo previsto en esta ley no se entenderán incluidas en el concepto de EICC las entidades de capital-riesgo a las que se refiere el artículo anterior ni ninguna de las entidades autorizadas de conformidad con la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

⁶ Artículo 13 del RIIC:

[...]

- a) Registro de sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV armonizadas.
- b) Registro de fondos de inversión de carácter financiero o FI armonizadas.

Lo que confiere unidad al citado conjunto es el objeto de las entidades que lo integran; a saber: «la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos» (art. 1 de la LIIC).

La diversa tipología tiene trascendencia fiscal. En efecto, como antes se ha indicado, el régimen fiscal específico es solo aplicable respecto de las IIC típicas, en el sentido anteriormente expuesto, pero incluso dentro de este conjunto existen especialidades en relación con determinados aspectos, como son, entre otros, los concernientes al diferimiento por reinversión y a la obligación de retener.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las IIC extranjeras pueden comercializar participaciones en España, y las españolas hacerlo en el extranjero, y que de estas relaciones transfronterizas surgen obligaciones de índole fiscal.

1.2.1. Fondos y sociedades de inversión

Según el artículo 3.1 de la LIIC:

Los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos.

Los fondos de inversión son patrimonios separados cuya titularidad corresponde a todos y cada uno de los partícipes. Por tanto, responden a la naturaleza jurídica de las comunidades de bienes en el sentido del artículo 392 del Código Civil (CC), a cuyo tenor, «hay comunidad de bienes cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas». La «cosa» es el conjunto de los activos que integran el patrimonio de

- c) Registro de sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV no armonizadas.
- d) Registro de fondos de inversión de carácter financiero o FI no armonizadas.
- e) Registro de sociedades de inversión inmobiliaria o SII.
- f) Registro de fondos de inversión inmobiliaria o FII.
- g) Registro de IIC de inversión libre o IICIL.
- h) Registro de IIC de IIC de inversión libre o IICIICIL.

[...].

la IIC; el título de «propiedad» se materializa en las participaciones ostentadas por todos y cada uno de los partícipes, que se proyecta *pro indiviso* sobre el patrimonio del fondo de inversión, el cual –bien se comprende– no pertenece al mismo, sino a sus partícipes.

Las sociedades de inversión deben adoptar la forma de sociedad anónima y su capital ha de ser variable, si tienen carácter financiero, de manera tal que las sociedades de inversión mobiliaria de capital fijo debieron adoptar los oportunos acuerdos de transformación⁷.

Las dos formas jurídicas garantizan que el inversor pueda retirar, por su sola voluntad, las ganancias acumuladas a través de la IIC, así como obtener, también por su sola voluntad, frente a la IIC, el importe correspondiente al valor de su inversión. En el caso de fondos de inversión, mediante el reembolso de las participaciones, de manera tal que «las participaciones se emitirán y reembolsarán por la sociedad gestora a solicitud de cualquier partícipe [...]» (art. 7.3 de la LIIC), y en el de la sociedad de inversión, mediante la venta a la misma de las acciones, habida cuenta de que:

[...] su capital social será susceptible de aumentar o disminuir dentro de los límites del capital máximo o mínimo fijados en sus estatutos, mediante la venta o adquisición por la sociedad de sus propias acciones, sin necesidad de acuerdo de la junta general (art. 29 de la LIIC).

De esta manera, los inversores colectivos tienen la absoluta disposición sobre las rentas que, derivadas de la gestión del patrimonio, acrecen el mismo, tanto en los fondos de inversión como en las sociedades de inversión. No sucede así en el caso de las sociedades de capital, cotizadas o no, en las que el socio está supeditado a las decisiones de la junta general sobre la distribución del resultado y, desde luego, no puede formalizar un negocio jurídico de adquisición de acciones propias al margen de la junta general.

Esta característica del régimen jurídico de la inversión colectiva es fundamental para enjuiciar su régimen fiscal.

1.2.2. IIC financieras e inmobiliarias

Por el objeto de su inversión, cabe distinguir entre IIC financieras⁸, cuyo activo está compuesto por aquellos activos financieros aptos de acuerdo con lo dispuesto en las normas rectoras de la inversión, e IIC inmobiliaria⁹, cuyos activos son inmuebles de naturaleza

⁷ Vid. disposición transitoria segunda de la LIIC.

⁸ Vid. artículo 29 de la LIIC.

⁹ Vid. artículo 35 de la LIIC.

urbana destinados al arrendamiento y, con carácter residual, IIC que realizan inversiones en activos diferentes de los anteriormente mencionados¹⁰.

La distinción precedente también tiene relevancia fiscal; en particular, en lo que concierne al tipo de gravamen por el IS.

1.2.3. IIC armonizadas y no armonizadas

Por la adecuación a la normativa de la Unión Europea, cabe distinguir entre IIC que cumplan lo previsto en la Directiva 2009/65/CE y aquellas otras que no lo hagan, denominadas por ello IIC libre¹¹ así como las IIC de IIC libre¹².

La exposición de motivos del RIIC explica los criterios de distinción entre las dos clases de instituciones, indicando que:

[...] por virtud de los artículos 13, 48, 50, 51, 52 y 72 del reglamento se facilita la identificación de las IIC que cumplen con la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio de 2009, y las IIC que no cumplen con la misma. En concreto, el artículo 72 fija el régimen de las disposiciones especiales aplicables a IIC que no cumplan con la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio. El artículo 13, apartados c) y d), hace referencia al registro en la CNMV de sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV no armonizadas y de fondos de inversión de carácter financiero o fondos de inversión no armonizados. El artículo 48.1, apartado d), se refiere a la consideración, como activos aptos para la inversión de «acciones y participaciones de otras IIC de carácter financiero no autorizadas conforme a la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio» siempre que cuenten con una serie de requisitos. Por último, el artículo 51.5 y, por remisión a este, el artículo 52.4, hacen referencia a los límites de la concentración del riesgo en el caso de IIC de las mencionadas en el artículo 48.1 d), no autorizadas conforme a la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio.

El segundo párrafo del artículo 13 del RIIC concreta la distinción entre los dos tipos de IIC por referencia al régimen jurídico al que se someten unas y otras, de manera tal que:

Se considerarán sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV armonizadas y fondos de inversión de carácter financiero o FI armonizados aquellos que hayan sido autorizados conforme a la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales,

¹⁰ Vid. artículo 39 de la LIIC.

¹¹ Vid. artículo 33 bis de la LIIC.

¹² Vid. artículo 33 ter de la LIIC.

reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios. Se considerarán sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV no armonizadas y fondos de inversión de carácter financiero o FI no armonizados aquellos que se acojan a las excepciones previstas en el artículo 72.

Esta distinción tiene trascendencia fiscal, tanto en relación con la IIC como con sus partícipes, acrecentada tras la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1581/2019, de 13 de noviembre (rec. núm. 3023/2018 –NFJ075576–), en el caso Delaware Pooled Trust.

1.2.4. IIC libre

A ellas se refiere el artículo 73 del RIIC. Se caracterizan por que pueden realizar sus inversiones sobre un conjunto de activos financieros más amplio que las IIC de régimen común, de manera tal que pueden hacerlo, entre otros, en efectos comerciales, y conceder préstamos, así como acceder al endeudamiento dentro de límites amplios. Sus socios o partícipes deben tener la consideración de profesionales, y las acciones o participaciones, que deberán tener un valor mínimo inicial de 100.000 euros, podrán desembolsarse mediante la aportación de activos financieros.

Por tanto, estas IIC no están abiertas al público general, de manera tal que carecen del ingrediente básico de la colectividad. Se las conoce como *hedge funds*. De acuerdo con lo previsto en los artículos 13 y 72, del RIIC estas IIC no cumplen con las previsiones de la Directiva 2009/65/CE, lo que acarrea consecuencias fiscales.

1.2.5. Instituciones de IIC libre

A ellas se refiere el artículo 74 del RIIC. Se caracterizan por que deben invertir, al menos, el 60 % de su patrimonio en IIC de inversión libre constituidas en España y en IIC extranjeras similares, o bien domiciliadas en países pertenecientes a la Unión Europea o a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), o bien cuya gestión haya sido encomendada a una sociedad gestora sujeta a supervisión con domicilio en un país perteneciente a la Unión Europea o a la OCDE.

1.2.6. IIC inmersas en la relación principal-subordinada

De acuerdo con lo previsto en el artículo 54.1 del RIIC:

Por IIC subordinada se entenderá aquella IIC o uno de sus compartimentos que haya sido autorizada a invertir, como mínimo, el 85 % de sus activos en participaciones o acciones de otra IIC o de uno de los compartimentos de esta, que recibirá el nombre de IIC principal.

1.2.7. IIC cotizadas

De acuerdo con lo previsto en el artículo 79.1 del RIIC, «son fondos de inversión cotizados aquellos cuyas participaciones estén admitidas a negociación en bolsa de valores». El apartado 8 del citado artículo conceptúa como sociedad de inversión de capital variable (SICAV) índice cotizadas «aquellas sociedades de inversión colectiva de capital variable que cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores», esto es, que coticen en bolsa de valores.

La cotización en bolsa de valores tuvo gran relevancia fiscal en el pasado, por cuanto era requisito para la aplicación del tipo de gravamen especial¹³. Ahora, la cotización tiene trascendencia en relación con la obligación de retener y el diferimiento por reinversión.

2. Tributación de las IIC

Las IIC, atendiendo al lugar de su residencia, pueden estar sujetas al IS o al impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR) respecto de las rentas que obtengan rentas en territorio español.

2.1. Residentes en España

El régimen fiscal de las IIC constituidas en España está contemplado en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (LIS); concretamente, en los artículos 7, relativo a la sujeción pasiva; 29, concerniente al tipo de gravamen, y 52, dedicado a la base imponible y a las deducciones de la cuota.

Este régimen se aplica a las IIC reguladas en la LIIC. Cualesquiera otras entidades no reguladas por la misma quedan al margen del régimen fiscal aludido, por más que pudieran realizar funciones similares a las que desempeñan las IIC, tal como la tenencia y gestión de activos financieros. Quedan fuera de esta regulación, por tanto, las entidades de capital-riesgo (*private equity*), los fondos de pensiones, las comunidades de bienes financieras, las cuentas en participación colectivas, las entidades de tenencia de valores, entre otras, aunque sus funciones financieras estén próximas a las de las IIC propiamente dichas¹⁴. Incluso, dentro de estas, no todas tienen idéntico régimen fiscal. Así, existen diferencias en cuanto al tipo de gravamen aplicable, punto fundamental que está ligado al cumplimiento de lo previsto en la legislación prudencial respecto al número de socios o partícipes, al diferimiento por reinversión o a las retenciones, entre otros aspectos.

¹³ Vid. Díaz (2009).

¹⁴ Vid. capítulo III de Calvo (2008).

2.1.1. Sujeción pasiva

Las IIC que adoptan la forma de sociedades son contribuyentes del impuesto sobre sociedades (IS) en cuanto disfrutan de personalidad jurídica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.1 a) de la LIS.

En cuanto a los fondos de inversión, el artículo 7.1 c) de la LIS establece que son contribuyentes «los fondos de inversión, regulados en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva».

Así pues, la sujeción pasiva de los fondos de inversión se ancla en la LIIC. En consecuencia, todos los fondos de inversión residentes en España e inscritos en los registros de la CNMV serán sujetos pasivos del IS. Por el contrario, aquellos patrimonios que, aun de titularidad colectiva, no hayan accedido a los registros de la CNMV, no serán contribuyentes por el IS, de manera tal que sus rentas seguirán el régimen de atribución de rentas, en el sentido del artículo 6 de la LIS, ya que, en efecto, se trata de comunidades de bienes en los términos del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (LGT).

Como quiera que, de acuerdo con lo previsto en su artículo 2, la LIIC también se aplica, aunque de manera limitada, a las IIC constituidas en el extranjero cuyas participaciones se comercialicen en España, se plantea si las mismas son también contribuyentes del IS, máxime cuando su gestión esté encomendada a sociedades gestoras residentes en territorio español.

La condición de contribuyente no se gana exclusivamente por la personalidad jurídica (sociedades) o por la sujeción a la LIIC (fondos), sino que es necesaria la residencia en territorio español.

La cuestión de la residencia de las IIC, cualquiera que fuere su forma jurídica, se aborda en un epígrafe posterior.

2.1.2. Base imponible

Se determina como la de cualquier otro contribuyente del IS, excepto por lo que se refiere a la exención del artículo 21 de la LIS, cuyo disfrute descarta el artículo 52 de la misma ley respecto de las IIC reguladas en la LIIC que tributan a tipo de gravamen especial.

Sí podrán aplicar la exención del artículo 21 aquellas IIC que tributen al tipo general de gravamen.

2.1.2.1. El resultado contable como elemento nuclear de la base imponible

En consecuencia, el elemento nuclear en orden a la formación de la base imponible será el resultado contable. Ese resultado contable es el que se deriva de las normas previstas

en la Circular 3/2008 de la CNMV. Ese resultado contable cumple con el principio de reserva de ley, por cuanto el artículo 20 de la LIIC establece una habilitación «en desarrollo de las normas contables contempladas en el Código de Comercio, la Ley de sociedades anónimas [hoy, TRLSC] y el PGC», y de ahí que la norma 2.^a 1 de la Circular 3/2008 haya podido afirmar que:

Las normas contables específicas que deben cumplir las instituciones de inversión colectiva serán las contenidas en esta circular, que constituye el desarrollo y adaptación, para las instituciones de inversión colectiva, de lo previsto en el Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas, Plan General de Contabilidad y normativa legal específica que les resulte de aplicación [...].

De acuerdo con lo previsto en la norma 1.^a 2 de la Circular 3/2008, la misma se aplica «a las instituciones de inversión colectiva a que se refiere el título III de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva»; por tanto, también a las no armonizadas.

2.1.2.2. La valoración por el valor razonable

La contabilidad de las IIC, amén de servir a la presentación de la imagen fiel, está orientada a la determinación del valor liquidativo, y de ahí la preponderancia de la valoración por el valor razonable. En este sentido, la norma 11.^a 3.2 de la Circular 3/2008 establece que:

Las instituciones calcularán, con la frecuencia que corresponda de acuerdo con la norma 10.^a, el valor razonable de cada uno de los valores e instrumentos de su cartera de activos financieros, debiendo imputarse los cambios que se produzcan en el valor razonable [...] en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Por otro lado, la norma 12.^a 3.1 establece que «la cartera de inversiones inmobiliarias se valorará por su valor razonable», debiendo imputarse los cambios de valor, según los casos, a una «cuenta de ajustes por cambio de valor» integrante del patrimonio neto o a «resultados del ejercicio».

Los cambios de valor por aplicación del valor razonable surten efectos en la determinación de la base imponible en los términos previstos en el artículo 17.1 de la LIS, a cuyo tenor:

[...] las variaciones de valor originadas por aplicación del criterio del valor razonable no tendrán efectos fiscales mientras no deban imputarse a la cuenta de pérdidas

y ganancias, sin perjuicio de lo señalado en la letra l) del artículo 15 de esta ley, o mientras no deban imputarse a una cuenta de reservas si así lo establece una norma legal o reglamentaria.

El artículo 15 l) de la LIS califica como gastos fiscalmente no deducibles:

l) Las disminuciones de valor originadas por aplicación del criterio del valor razonable correspondientes a valores representativos de las participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades a que se refiere la letra anterior, que se imputen en la cuenta de pérdidas y ganancias, salvo que, con carácter previo, se haya integrado en la base imponible, en su caso, un incremento de valor correspondiente a valores homogéneos del mismo importe.

Las entidades en cuestión son aquellas sobre las que se tiene una participación igual o superior al 5 % o superior a 20 millones de euros de valor de adquisición, mantenida durante un año o, tratándose de entidades extranjeras, que tributen sobre sus beneficios a un tipo nominal de gravamen inferior al 10 % y no exista convenio bilateral para eliminar la doble imposición que contenga cláusula de intercambio de información.

En consecuencia:

- Se integrarán en la base imponible las variaciones de valor derivadas de la aplicación de la regla del valor razonable cuando las mismas deban reflejarse en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas.
- No se integrarán en la base imponible las variaciones de valor que, de acuerdo con la norma contable, deban integrarse en una cuenta de patrimonio neto que no tenga la calificación de reservas.
- Tratándose de instrumentos de patrimonio cuyas rentas disfrutan de la exención del artículo 21 de la LIS, cabe interpretar que la inscripción contable del aumento de valor ha de tener el mismo tratamiento que las rentas positivas derivadas de la transmisión, esto es, exención, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto en dicho artículo. Sin embargo, como se explica más adelante, las IIC no pueden aplicar esta exención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 de la LIS.
- Las disminuciones de valor registradas en la cuenta de resultados como consecuencia de la valoración por el valor razonable también han de integrarse en la base imponible, excepto si son imputables a instrumentos de patrimonio hábiles para disfrutar de la exención del artículo 21 de la LIS o, tratándose de valores extranjeros, si la entidad emisora tributa a un tipo nominal inferior al 10 % y no media un convenio con cláusula de intercambio de información. Ahora bien, puesto que las IIC no tienen derecho a la exención del artículo 21, no parece que pueda afectarles esta restricción.

Si se consideran, de una parte, los requisitos que la LIIC establece respecto de las inversiones¹⁵ y, de otra, las exigencias de una gestión eficiente y prudente, se intuye que los cambios de valor de la mayor parte de los instrumentos financieros se integrarán en la base imponible.

Debe observarse que tal integración no implica una diferencia de trato respecto de otras entidades, ya que deriva de la aplicación de una regla general como es la contenida en el artículo 17.1 de la LIS.

2.1.2.3. Eliminación de la doble imposición

De acuerdo con lo previsto en el artículo 52.1 de la LIS, las IIC reguladas por la LIIC que tributen al tipo de gravamen del 1 % no tienen derecho a la exención de dividendos y plusvalías derivadas de participaciones significativas, en el sentido del artículo 21 de la LIS, ni a las deducciones para evitar la doble imposición internacional previstas en los artículos 31 y 32 de la LIS.

De esta manera, las IIC soportan la doble imposición, tanto económica como jurídica, por más que el tipo de gravamen del 1 % la convierta en irrelevante. Más adelante se examina la posible discriminación derivada de esta restricción.

2.1.3. Tipo de gravamen

Frente al tipo general de gravamen del 25 %, las IIC pueden tributar al 1 % sobre el cumplimiento de ciertos requisitos.

2.1.3.1. El encadenamiento del tipo de gravamen a la normativa financiera

El artículo 29.4 a) de la LIS establece que tributarán al 1 %:

- a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4.

Del mismo modo, el artículo 29.4 b) establece que tributarán al 1 %:

- b) Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la citada ley, siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 5.4.

¹⁵ Vid. artículo 23 de la LIIC.

Así pues, son dos los requisitos para aplicar el tipo de gravamen reducido:

- Que la IIC sea fondo de inversión o sociedad de inversión y esté regulada por la LIIC.
- Que cumpla con el requisito mínimo de socios o partícipes previsto en la propia LIIC.

Por tanto, las IIC no sujetas al cumplimiento del requisito del número mínimo de socios o partícipes establecido en los artículos 9.4 y 5.4 de la LIIC tributarán al tipo general de gravamen. También aquellas que, estando sujetas, lo incumplan.

El artículo 9.4 de la LIIC establece que «el número de accionistas de las sociedades de inversión no podrá ser inferior a 100». No obstante, dicho precepto habilita a las normas reglamentarias para establecer un número distinto en atención a los distintos tipos de activos en los que la sociedad materialice sus inversiones, a la naturaleza de los accionistas o a la liquidez de la sociedad, y también para establecer «requisitos adicionales de distribución del capital social entre los accionistas». Del mismo modo, el artículo 5.4 de la LIIC establece que el «número de partícipes en un fondo de inversión no podrá ser inferior a 100», así como una habilitación reglamentaria semejante.

El desarrollo reglamentario ha adaptado la regla del número de socios al caso de los fondos y sociedades de inversión colectiva por compartimentos, pero no ha establecido requisitos adicionales de distribución de las acciones o participaciones, de manera tal que es posible la figura del socio o partícipe mayoritario rodeado de otros socios o partícipes muy minoritarios.

El artículo 6.2 del RIIC establece que «podrán crearse sociedades de inversión por compartimentos en las que bajo un único contrato constitutivo y estatutos sociales se agrupen dos o más compartimentos, circunstancia que deberá quedar reflejada expresamente en dichos documentos [...]». Los compartimentos no son meras organizaciones del patrimonio social, habida cuenta de que:

[...] Cada compartimento dará lugar a la emisión de acciones o de diferentes series de acciones representativas de la parte del capital social que les sea atribuida.

La parte del capital social que le sea atribuido a cada compartimento responderá exclusivamente de los costes, gastos y demás obligaciones expresamente atribuidas a ese compartimento [...]. A los compartimentos les serán individualmente aplicables todas las previsiones de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre (art. 6.2 del RIIC).

Del mismo modo, el artículo 2.2 del RIIC, habilita la creación de fondos por compartimentos, lo que «dará lugar a la emisión de sus propias participaciones, que podrán ser de

diferentes clases, representativas de la parte del patrimonio del fondo que les sea atribuido», a la responsabilidad separada, y a la aplicación individual de las previsiones de la LIIC.

La emisión por cada compartimento de sus acciones o participaciones, la responsabilidad separada de cada compartimento, y la aplicación individual a cada compartimento de las previsiones de la LIIC implica que, bajo una misma forma jurídica y estatutos, se alberguen estructuras diversas. El inversor de un determinado compartimento obtendrá los frutos derivados del patrimonio adscrito al mismo sin que le afecten los habidos por otros compartimentos.

Sin embargo, la compartimentación sí afecta al número de mínimo de socios o partícipes, pues:

En el caso de sociedades de inversión por compartimentos, el número mínimo de accionistas en cada uno de los compartimentos no podrá ser inferior a 20, sin que, en ningún caso, el número de accionistas totales que integren la sociedad sea inferior a 100 (art. 6.4 del RIIC).

Una regla semejante se aplica en el caso de los fondos de inversión.

La compartimentación, tanto de fondos como de sociedades de inversión, relaja la regla del número mínimo de socios o partícipes, habida cuenta de que, realmente, cada compartimento es, desde el punto de vista económico, un todo separado. Esta relajación se transmite a la norma fiscal que habilita el tipo de gravamen del 1 %. Ya no será necesario compartir los riesgos entre 100 inversores, sino que basta con 20. Así, 20 personas, físicas o jurídicas, invirtiendo conjuntamente a través de formas jurídicas amparadas por la LIIC, pueden cobijar los frutos de su inversión al resguardo de la tributación de la IIC, sustentada en el tipo de gravamen del 1 %, mientras que un inversor individual debe tributar inmediatamente. Como más adelante se justificará, el tipo de gravamen del 1 % no encierra privilegio alguno. Cobijar las rentas en la IIC, sí.

2.1.3.2. El caso de las IIC en relación de subordinada a principal y de inversión libre

El artículo 6.5 del RIIC establece que no tendrán que cumplir con el requisito del número mínimo de socios «aquellas sociedades cuyos accionistas sean exclusivamente otras IIC reguladas en los artículos 54 y siguientes, ni aquellas sociedades de inversión libre reguladas en el artículo 73». La misma regla establece el artículo 3.3 del RIIC en relación con los fondos de inversión, de manera tal que no tendrán que cumplir con el referido requisito aquellos «cuyos partícipes sean exclusivamente otras IIC reguladas en los artículos 54 y siguientes, ni tampoco los fondos de inversión libre regulados en el artículo 73».

Puesto que el artículo 29.4 a) y b) de la LIS anuda el tipo de gravamen del 1 % al cumplimiento del número mínimo de socios o partícipes previsto en los artículos 9.4 y 5.4 de la LIIC, ha de entenderse que aquellas IIC que no estén sujetas al cumplimiento del requisito del número mínimo de socios no podrán aplicar dicho tipo de gravamen.

Sin embargo, el artículo 73.1 c) del RIIC establece que las IIC de inversión libre tendrán, como mínimo, 25 accionistas o partícipes. Se trata de una excepción a la regla general del número mínimo de socios de carácter general cubierta por la habilitación reglamentaria prevista en los artículos 5.4 y 9.4 de la LIIC, lo que podría abrir paso a interpretar que estas IIC pueden aplicar el tipo reducido del 1 %¹⁶. Se estima que esa interpretación es cuestionable porque, además del argumento precedente, debe recordarse que tales IIC son de aquellas que no cumplen con la Directiva 2009/65/E.

2.1.3.3. IIC inmobiliarias

Las letras c) y d) del artículo 29.4 de la LIS establecen reglas específicas respecto de las IIC de carácter inmobiliario. En los dos casos, deben reunir el número mínimo de socios o partícipes previsto en los artículos 5.4 y 9.4 de la LIIC.

La letra c) se refiere a las IIC que «tengan por objeto exclusivo la inversión en cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento». La aplicación del tipo de gravamen del 1 % está supeditada a que los bienes inmuebles «no se enajenen hasta que no hayan transcurrido al menos 3 años desde su adquisición, salvo que, con carácter excepcional, medie la autorización expresa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores».

En caso de incumplimiento de esta regla, se aplicará el tipo general de gravamen respecto de todas las rentas derivadas del inmueble, esto es, las correspondientes a los arrendamientos y a la transmisión, a cuyo efecto deberá realizarse la oportuna regularización.

La letra d) se refiere a aquellas IIC que «desarrollen la actividad de promoción exclusivamente de viviendas para destinarlas a su arrendamiento». La aplicación del tipo de gravamen del 1 % solo procederá cuando las inversiones en bienes inmuebles afectas a la actividad de promoción inmobiliaria no superen «el 20 por ciento del total del activo de la sociedad o fondo de inversión inmobiliaria» y los inmuebles derivados de la actividad de promoción permanezcan «arrendados u ofrecidos en arrendamiento por la sociedad o fondo de inversión inmobiliaria durante un periodo mínimo de 7 años».

¹⁶ Siguiendo a Ramírez:

Adicionalmente, los preceptos reglamentarios previamente señalados flexibilizan el número mínimo de partícipes/socios tratándose de fondos o sociedades de inversión libre, en cuyo caso es suficiente un mínimo de 25, en tanto que permiten la existencia de fondos principales participados íntegramente por los fondos subordinados (Ramírez, 2009, p. 87).

En caso de incumplimiento de estas reglas, se deberá practicar una regularización, mediante la aplicación del tipo general de gravamen, en los mismos términos anteriormente apuntados.

2.1.3.4. La comprobación administrativa de los requisitos para disfrutar del tipo de gravamen privilegiado

Como se ha indicado, el tipo de gravamen privilegiado exige la concurrencia de dos requisitos que, en realidad, vienen a ser concurrentes, puesto que, para disfrutar del amparo de la LIIC, es necesario cumplir con los requisitos establecidos en la misma y, entre ellos, se encuentra el número mínimo de socios o partícipes. Así, una IIC que no cumpliera con el citado requisito vería revocada la autorización concedida para operar como tal por la CNMV. En efecto, el artículo 11.1 d) de la LIIC establece, a modo de requisito para «obtener y conservar la autorización», entre otros, el de «contar con los accionistas o partícipes en el plazo y número legalmente exigible», y el artículo 13.1 a) de dicha ley establece que la CNMV podrá revocar la autorización por el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 11. El artículo 16 del RIIC concede el plazo de un año para subsanar el descenso del número de socios o partícipes, durante el cual, las IIC podrán actuar como tales. Transcurrido dicho plazo sin haberse producido la recuperación del número de socios o partícipes, la CNMV cancelará la inscripción en el registro correspondiente, lo que implica, respecto del fondo de inversión, su disolución, y respecto de la sociedad de inversión, la pérdida de la condición de IIC.

El número mínimo de socios o partícipes no es el único requisito para obtener y mantener la autorización de la CNMV, aun cuando sí sea, tal vez, el de mayor sensibilidad a efectos fiscales. Existen otros cuyo incumplimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la LIIC, dará lugar a la revocación de la autorización. En tal caso, la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005, de 18 de noviembre, de reformas en materia tributaria para el impulso a la productividad, establece que:

[...] no resultará de aplicación el régimen especial de tributación previsto en la Ley del impuesto sobre sociedades con efectos desde el período impositivo en el que se hubieran producido las circunstancias determinantes de la suspensión o revocación acordada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

La competencia para iniciar, tramitar y resolver el procedimiento de revocación corresponde a la CNMV¹⁷, pero comprenderá la incoación mediante petición razonada de

¹⁷ Siguiendo a Ramos y Ruiz:

El origen de esta norma se encuentra en sendas enmiendas, las número 81 y 82, formuladas por el Grupo Parlamentario catalán (Convergencia i Unió), formuladas al texto del proyecto de ley correspondiente. Los términos de la justificación de las enmiendas no dejan lugar a dudas

la Administración tributaria. A tal efecto, la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005 establece un procedimiento cuyos rasgos esenciales son los siguientes:

- La competencia para su ejecución corresponde a la CNMV. No obstante, la Administración tributaria puede instar su iniciación de manera razonada.
- Recibida la comunicación en tal sentido, la CNMV puede declarar la improcedencia de abrir el expediente de revocación o suspensión, o abrirlo y dictar el acuerdo que estime procedente en el plazo de seis meses.
- La decisión de no abrir el expediente o el acuerdo declarando que no ha lugar la suspensión o revocación inhabilita a la Administración tributaria para dictar un acto de liquidación adverso a la IIC, esto es, sobre la base de su exclusión del régimen especial de las IIC.
- La declaración de suspensión o revocación determina la pérdida del régimen fiscal especial, con efectos del periodo impositivo en el que se produjeron los hechos determinantes de aquellas.
- El término del plazo de seis meses desde que la comunicación hubiera tenido entrada en cualquiera de los registros de la CNMV habilita a la Administración tributaria para dictar el acto administrativo de liquidación que estime pertinente, pero una resolución posterior de la CNMV, en sentido adverso al criterio de la Administración tributaria, determina la procedencia del procedimiento de revocación del artículo 219 de la LGT.

La regulación establecida en la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005 ha venido, a juicio del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), según Resolución de 22 de noviembre de 2007, a dar fuerza legal al criterio según el cual corresponde a la CNMV la

acerca de su finalidad; así, se afirma cómo «la fiscalidad de las instituciones de inversión colectiva no solo es un elemento fundamental de su régimen especial y contrapartida de las exigencias y limitaciones a que se ve sometida su actividad sino que, además, incide de un modo directo en el valor liquidativo de dichas entidades, en el que descansa no solo la toma de decisiones de los inversores sino también la garantía del valor de realización de los activos que éstos adquieren». Lo que justificaría «que la decisión que dé lugar a la pérdida del régimen especial se adopte por el órgano supervisor, dispensando un tratamiento unitario a las relaciones jurídicas de las instituciones de inversión colectiva y evitando el potencial riesgo de que una institución de inversión colectiva pueda ser considerada como tal a todos los efectos regulatorios, pero no lo sea a efectos fiscales, con el consiguiente desequilibrio entre derechos y obligaciones y la incidencia patrimonial sobre quienes hubieran confiado en la información bursátil y de los registros oficiales» (enmienda núm. 81) (Ramos y Ruiz, 2006, p. 30).

comprobación de las circunstancias relativas al cumplimiento de la legislación financiera sin que, por tanto, la inspección tributaria pudiera apreciar el incumplimiento de las mismas¹⁸.

Sin embargo, el proyecto de ley de presupuestos para 2019 adoptaba el punto de vista contrario, dando nueva redacción a la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005, a cuyo tenor:

La Administración tributaria podrá comprobar, a los exclusivos efectos de la aplicación del tipo de gravamen establecido en la letra a) del apartado 4 del artículo 29 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, que el número de accionistas requerido a las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4.

La norma proyectada recibió una crítica muy negativa procedente de la profesión, fundamentada en los perjuicios que se pronosticaban para el ejercicio de la actividad, poniendo especial énfasis en el fenómeno deslocalizador¹⁹.

¹⁸ Resolución del TEAC (RTEAC) de 22 de noviembre de 2007 (RG 2278/2007 –NFJ026818–):

[...] Llegados a este punto, no es baladí la reflexión de que la forma en que se expresan los preceptos tributarios que recogen el régimen fiscal especial de las instituciones de inversión colectiva, remitiendo en bloque a la configuración de estas en otras ramas del ordenamiento distintas de la tributaria, que articulan el mercado de valores, responde a una lógica que ha inspirado el régimen de las IIC desde su creación, que es la de que el régimen de las instituciones de inversión colectiva es un régimen especial unitario, que tiene previsiones especiales de carácter mercantil, financiero y administrativo y también tributarias, que el legislador ha concebido como un todo, constituyendo en presupuestos de la aplicación de las normas tributarias los mismos requisitos que dan lugar a la aplicación del resto del régimen especial [...] Esta unidad que no puede sustraerse a la uniformidad en criterios de aplicación que el Tribunal Constitucional resalta como esencial para la unidad del mercado [...] Puede percibirse la inseguridad jurídica que se introduciría en los mercados financieros no solo nacionales sino también internacionales (en tanto que el órgano supervisor competente en España, la CNMV, es el interlocutor oficial frente al exterior y el depositario de la confianza de los potenciales inversores) si los requisitos originados y previstos en el ámbito del mercado de valores pudiesen ser valorados y apreciados por la Agencia Tributaria, en contradicción con el que tiene atribuida la competencia específica en aquella área sustantiva [...].

¹⁹ Según el punto 2 de la nota de prensa de Inverco (2019b) (*vid.* también Torralba, 2019):

La encomienda a la Administración Tributaria de la potestad para comprobar el cumplimiento del número mínimo de accionistas, prevista en la LPGE 2019, no hace sino alejar aún más a las SICAV españolas del régimen europeo, lo que resultará perjudicial para la actividad de gestión española, con sus correspondientes efectos negativos sobre la financiación de la economía, la generación de empleo y la recaudación de impuestos, al desplazar sus inversiones, así como los puestos de trabajo y los ingresos fiscales derivados de su actividad, hacia otras jurisdicciones comunitarias.

En torno a la competencia para comprobar el requisito del número mínimo de socios, ha existido un relevante debate doctrinal en el que se han especificado dos tesis opuestas; a saber: la consistente en afirmar la competencia exclusiva y excluyente de la CNMV²⁰ y la favorable a la competencia de la inspección tributaria, con efectos limitados al ámbito fiscal²¹.

Si, acertada o desacertadamente, el legislador ha pretendido reservar la aplicación del tipo de gravamen reducido a los fondos y sociedades de inversión que practiquen la función de inversión colectiva, ya sea la inspección tributaria o la CNMV deberían desvelar las situaciones en las que un grupo de accionistas o partícipes, a pesar de ostentar formalmente la titularidad de acciones o participaciones, actúan realmente al margen de la causa del contrato de inversión colectiva, sin otra finalidad que la puramente fiscal de alcanzar el número de 100²².

No es el caso de juzgar el todo por la parte, pero no deja de ser sorprendente lo que se puede leer en alguna consulta formulada ante la Dirección General de Tributos (DGT), en la que el consultante describe una situación que, claramente, implica una burla de la función de inversión en colectividad²³.

2.1.4. Deducciones de la cuota

Las IIC pueden practicar todas las deducciones de la cuota previstas en la LIS excepto las previstas en los artículos 31 y 32, esto es, las establecidas para evitar la doble imposición internacional.

²⁰ Siguiendo a Falcón y Tella:

[...] más allá del tenor literal de la normativa aplicable, la imposibilidad de que la Agencia tributaria se pronuncie sobre materias que son competencia de otros órganos (en este caso, la CNMV), y sobre todo la imposibilidad de que el pronunciamiento de la Agencia sea contradictorio con el del órgano administrativo competente, deriva de la esencia misma del Estado de derecho concebido como una técnica de atribución de competencias específicas sin las cuales la Administración no puede actuar [...] (Falcón y Tella, 2005).

²¹ Siguiendo a Ramos y Ruiz:

Con esta norma [art. 115 de la LGT], la LGT no hace sino dar cumplimiento a un mandato constitucional, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, afirmando, precisamente en relación con la investigación de los hechos imponible, que «lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar; de ahí la necesidad y la justificación de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta» (SSTC 110/1984) [...] (Ramos y Ruiz, 2006, p. 32).

²² Vid. Domínguez (2018) y Durán-Sindreu (2016, p. 112).

²³ Consulta de la DGT V4692/2016, de 4 de noviembre (NFC062788):

[...] La sociedad C es una sociedad cuyo capital social es titularidad de 4 personas físicas, dos poseen un 8,86 % cada una de ellas, la persona física R un 54,60 % y el 27,68 % restante corresponde a la persona física T [...] la entidad C ostenta el 99,88 % del capital social de S, una SICAV. Esta sociedad se constituyó en 2003 y desde esa fecha ha tributado con arreglo al régimen especial de instituciones de inversión colectiva.

Por tanto, como ya se ha indicado, las IIC sufren doble imposición internacional, tanto jurídica como económica, si bien el carácter simbólico del tipo de gravamen la hace, en la práctica, inapreciable.

Con todo, desde una perspectiva teórica, no se advierten las razones por las que las IIC deban soportar la doble imposición, por muy reducida que la misma sea. En efecto, esa doble imposición infringe lo previsto en el convenio de doble imposición que sea aplicable, así como, en su caso, lo previsto en la Directiva matriz-filial e, incluso, podría determinar una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

- Lo previsto en un convenio bilateral para evitar la doble imposición, porque se opone a la imputación ordinaria prevista en el mismo respecto de la retención sobre las rentas, sean dividendos o intereses, percibidas por la IIC.
- Lo previsto en la Directiva matriz-filial, porque se opone a la imputación ordinaria prevista en la misma respecto del impuesto que ha recaído en un Estado miembro sobre el beneficio del que procede el dividendo.

Las retenciones practicadas en sede de las jurisdicciones fiscales extranjeras sobre las rentas del capital obtenidas por las IIC pueden parangonarse a las practicadas en sede de la jurisdicción fiscal española. Ahora bien, estas últimas serán devueltas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.2 de la LIS, a cuyo tenor, «cuando el importe de los pagos fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta practicados sobre los ingresos supere la cuantía de la cuota íntegra, la Administración tributaria procederá a devolver, de oficio, el exceso».

Por tanto, la retención nacional genera un crédito de impuesto, en tanto que la retención extranjera, no. Este régimen fiscal podría determinar una restricción a la libertad de movimiento de capitales, prohibida por el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

2.1.5. Retenciones

Las rentas percibidas por las IIC están sujetas a retención, de acuerdo con las reglas generales. Así, en cuanto perceptoras de intereses y dividendos, sufrirán retención, a tenor de lo previsto en la letra a) del artículo 60.1 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre sociedades (RIS); por razón de las rentas procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos, de acuerdo con lo establecido en la letra e); a causa del reembolso o la transmisión de acciones o participaciones en otras IIC, según la letra f); y, en fin, por las rentas procedentes de la reducción de capital o de la distribución de la prima de emisión de acciones de otras IIC que tengan la forma de sociedades de inversión, en razón a la letra g).

2.1.6. Pago fraccionado

Las IIC no están obligadas a realizar pago fraccionado. En efecto, el artículo 40.1 de la LIS establece que «no deberán efectuar el referido pago fraccionado ni estarán obligadas a presentar la correspondiente declaración las entidades a las que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 29 de esta ley».

Consecuentemente, tampoco están obligadas al pago fraccionado mínimo previsto establecido por el Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público. En efecto, la disposición adicional decimocuarta de la LIS establece que el pago fraccionado mínimo establecido por el Real Decreto-Ley 2/2016 «no resultará de aplicación a las entidades a las que se refieren los apartados 3, 4 y 5 del artículo 29 de esta ley», esto es, a las IIC que cumplan con los requisitos para disfrutar de la aplicación del tipo de gravamen reducido.

2.1.7. Devolución

El artículo 52.2 de la LIS establece que «cuando el importe de los pagos fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta practicados sobre los ingresos supere la cuantía de la cuota íntegra, la Administración tributaria procederá a devolver, de oficio, el exceso».

La devolución se practicará de acuerdo con las reglas generales previstas en el artículo 127 de la LIS.

2.2. Constituidas en el extranjero

Las IIC no residentes en territorio español están sujetas al IRNR respecto de las rentas que obtengan en territorio español; cuya regulación se encuentra en el Real Decreto legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (TRLIRNR). Se tratará, fundamentalmente, de intereses y dividendos pagados por entidades residentes en territorio español, así como de plusvalías derivadas de la transmisión de activos financieros.

2.2.1. Dividendos

El artículo 14.1 l) del TRLIRNR establece una exención respecto de «los dividendos y participaciones en beneficios obtenidos sin mediación de establecimiento permanente por las IIC reguladas por la Directiva 2009/65/CE», la cual, sin embargo, no:

[...] podrá dar lugar a una tributación inferior a la que hubiera resultado de haberse aplicado a dichas rentas el mismo tipo de gravamen por el que tributan en el impuesto sobre sociedades las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

Se trata, por tanto, de una exención parcial, habida cuenta de que las IIC residentes en territorio español, reguladas en la LIIC, pueden tributar al 1 % en la medida en que tengan, al menos, 100 socios o partícipes.

Esta exención, en los mismos términos, también se aplica en relación con los dividendos y participaciones en beneficios percibidos por:

[...] las instituciones de inversión colectiva residentes en los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo siempre que estos hayan suscrito un convenio con España para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria (art. 14.1 I) del TRLIRNR).

La sujeción a la Directiva 2009/65/CE es un hecho cuya prueba se realizará a través de la autorización conferida por el Estado de origen de la IIC.

La exención se aplica a los dividendos y participaciones en beneficios. Cualquier otro tipo de renta cae al margen de la misma. Sin embargo, los intereses y las plusvalías derivadas de la transmisión de ciertos activos financieros podrán disfrutar de otras exenciones.

2.2.2. Intereses

El artículo 14.1 c) del TRLIRNR establece una exención respecto de los «intereses y demás rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios» percibidos por residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea.

Esta exención ampara a los intereses percibidos por IIC constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro de la Unión Europea, se hallen o no reguladas por la Directiva 2009/65/CE, siempre que acrediten la residencia fiscal en el Estado miembro de que se trate. Esta acreditación deberá realizarse en los términos establecidos en la disposición adicional tercera del Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre la renta de no residentes (RIRNR), incorporada por el Real Decreto 595/2019, de 18 de octubre, por el que se modifica el Reglamento del impuesto sobre la renta de no residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio.

Se infiere de esta disposición que, cuando la IIC tribute en régimen de atribución de rentas, la exención se aplicará «en función del porcentaje de participación en la entidad que

corresponda a sus miembros con derecho a dicha exención a 31 de diciembre del año anterior a aquel en el que se obtengan las rentas».

También podrán disfrutar las IIC extranjeras, cualquiera que sea el lugar de su residencia o su régimen jurídico, de las exenciones establecidas respecto de «los rendimientos derivados de la deuda pública obtenidos sin mediación de establecimiento permanente en España» (art 14.1 d) del TRLIRNR), así como respecto de:

Las rentas derivadas de valores emitidos en España por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de establecimiento permanente, cualquiera que sea el lugar de residencia de las instituciones financieras que actúen como agentes de pago o medien en la emisión o transmisión de los valores (art. 14.1 e) del TRLIRNR).

Y, en fin, en relación con:

Los rendimientos de las cuentas de no residentes, que se satisfagan a contribuyentes por este impuesto, salvo que el pago se realice a un establecimiento permanente situado en territorio español, por el Banco de España, o por las entidades registradas a que se refiere la normativa de transacciones económicas con el exterior (art. 14.1 f) del TRLIRNR).

2.2.3. Ganancias patrimoniales

El artículo 14.1 c) del TRLIRNR también establece una exención a favor de «las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles obtenidos sin mediación de establecimiento permanente» obtenidas por residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, la cual ampara las plusvalías derivadas de la transmisión de acciones y participaciones obtenidas por las IIC comunitarias, se hallen o no amparadas por la Directiva 2009/65/CE, en la medida en que concurran los requisitos previstos en el artículo 21 de la LIS, esto es, básicamente, un porcentaje de participación igual o superior al 5 % o un valor de adquisición superior a 20 millones de euros, y que el activo de la entidad participada no consista principalmente, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en territorio español.

Esta exención convive con la regulada en el artículo 14.1 i), a cuyo tenor, están exentas:

Las rentas derivadas de las transmisiones de valores o el reembolso de participaciones en fondos de inversión realizados en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores españoles, obtenidas por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de establecimiento permanente en territorio español, que sean residentes en un Estado que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información.

Esta exención ampara las ganancias patrimoniales obtenidas por IIC, comunitarias o no, con tal de que residan en un país con el que medie un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información y los activos financieros concernidos se negocien en mercados secundarios de valores oficiales españoles²⁴.

También ampara las rentas derivadas del reembolso de la participación en fondos de inversión cotizados en el mercado de valores oficial español. Por tanto, la exención no abarca los reembolsos relativos a las sociedades de inversión no cotizadas ni a los fondos de inversión no cotizados.

La importancia práctica de esta exención es muy limitada porque los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición otorgan, por regla general, la competencia para gravar las plusvalías mobiliarias al Estado de la residencia²⁵, excepto en los casos de subyacente inmobiliario o de participación significativa, supuestos en los que la competencia es compartida. Más adelante se analiza la cuestión de la aplicación de los convenios en relación con las IIC.

²⁴ Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores:

Artículo 43. Definición.

1. Son mercados regulados aquellos sistemas multilaterales que permiten reunir los diversos intereses de compra y venta sobre instrumentos financieros para dar lugar a contratos con respecto a los instrumentos financieros admitidos a negociación, y que están autorizados y funcionan de forma regular, conforme a lo previsto en este capítulo y en sus normas de desarrollo, con sujeción en todo caso, a condiciones de acceso, admisión a negociación, procedimientos operativos, información y publicidad.

2. Los mercados regulados españoles reciben la denominación de mercados secundarios oficiales. A tales efectos, se considerarán mercados secundarios oficiales de valores los siguientes:

- a) Las Bolsas de Valores.
- b) El Mercado de Deuda Pública en Anotaciones.
- c) Los Mercados de Futuros y Opciones, cualquiera que sea el tipo de activo subyacente, financiero o no financiero.
- d) El Mercado de Renta Fija, AIAF.
- e) Cualesquiera otros, de ámbito estatal, que, cumpliendo los requisitos previstos en el apartado 1, se autoricen en el marco de las previsiones de esta ley y de su normativa de desarrollo, así como aquellos, de ámbito autonómico, que autoricen las comunidades autónomas con competencia en la materia.

3. En los términos previstos en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, podrán negociarse en los mercados secundarios oficiales valores y otros instrumentos financieros que por sus características sean aptos para ello.

4. La Comisión Nacional del Mercado de Valores mantendrá actualizada y enviará a la Autoridad Europea de Valores y Mercados y a los restantes Estados miembros de la Unión Europea la lista de los mercados secundarios oficiales, comunicando igualmente cualquier modificación de la lista.

²⁵ Vid. Carmona (2016, capítulo 12).

3. Tributación de los socios o partícipes de las IIC

Tomando en consideración la naturaleza de los socios o partícipes, el lugar de su residencia, el lugar de residencia de la IIC y su relación con la normativa comunitaria concerniente a la inversión colectiva, cabe desgranar un abanico de situaciones a las que les corresponde un determinado régimen fiscal.

3.1. Tributación de los socios o partícipes personas físicas residentes en territorio español

En función de la calificación de la IIC, cabe distinguir los siguientes regímenes:

- Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC.
- Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro reguladas en la Directiva 2009/65/CE.
- Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE.
- Socios o partícipes de las IIC residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.
- Socios o partícipes de las IIC residentes en Estados terceros.

3.1.1. Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC

De acuerdo con lo previsto en el artículo 94.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas (LIRPF), los socios o partícipes de las IIC reguladas en la LIIC deben tributar cuando hagan efectiva la renta derivada de su inversión por causa de los siguientes hechos:

- Reembolso o transmisión de la acción o participación en la IIC.
- Percepción de rentas distribuidas por la IIC.
- Reducción de capital con devolución de aportaciones realizada por la IIC.
- Distribución de la prima de emisión de acciones.

Todas estas rentas se clasifican como renta del ahorro, ya que el artículo 45 de la LIRPF no incluye las imputaciones de renta previstas en el artículo 94 de la misma ley entre la renta que califica como «general». Este precepto, además, califica como ganancias o pérdidas patrimoniales

las rentas derivadas del reembolso o transmisión de la participación, y como rendimiento del capital mobiliario, las inherentes a la reducción de capital con devolución de aportaciones, sin que, por el contrario, establezca un pronunciamiento expreso respecto de las restantes rentas, las cuales, como se verá, deben entenderse como rendimientos del capital mobiliario; distinción esta que es relevante a los efectos de la integración y compensación de rentas en la base del ahorro, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la LIRPF.

Se notará que el artículo 94.1 se refiere a los socios o partícipes de las IIC reguladas en la LIIC, sin hacer mención al tipo de gravamen por el que tributan en el IS, a diferencia de lo que acontece, como más adelante se verá, en relación con los socios o partícipes personas jurídicas, a tenor de lo previsto en los artículos 52 y 53 de la LIS.

3.1.1.1. Reembolso o transmisión de la acción o participación

Las rentas derivadas del reembolso o transmisión de la participación tienen la consideración de ganancias patrimoniales. En consecuencia, se rigen por lo previsto en la sección 4.^a del capítulo II del título III de la LIRPF, de manera tal que tienen la consideración de renta del ahorro en el sentido del artículo 46 b) de la citada ley.

El artículo 37.1 c) de la LIRPF establece un conjunto de reglas específicas de valoración para cuantificar el importe de la ganancia o pérdida patrimonial.

En el caso de reembolso o transmisión onerosa de la acción o participación, la ganancia o pérdida patrimonial:

[...] se computará por la diferencia entre su valor de adquisición y el valor de transmisión, determinado por el valor liquidativo aplicable en la fecha en que dicha transmisión o reembolso se produzca o, en su defecto, por el último valor liquidativo publicado (primer párrafo del artículo 37.1 c) de la LIRPF).

No obstante, el valor de transmisión así calculado «no podrá ser inferior al mayor [...] [del] precio efectivamente pactado en la transmisión [o del] valor de cotización en mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE [...]» (segundo párrafo y ss. del art. 37.1 c) de la LIRPF). Naturalmente, esta regla no es de aplicación al caso del reembolso.

Por tanto, como regla general, se toma como valor de transmisión, a efectos de calcular el importe de la ganancia o pérdida patrimonial, el valor liquidativo, pero, en caso de transmisión onerosa, prevalecerá el valor pactado o el de cotización; el mayor de los dos.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 7.2 de la LIIC, «el valor liquidativo de cada clase de participación será el que resulte de dividir el valor de la parte del patrimonio del fondo

que corresponda a dicha clase por el número de participaciones de esa clase en circulación», y el artículo 78 del RIIC establece las reglas para valorar el patrimonio del fondo, las cuales se fundamentan en el valor de mercado de las inversiones en activos admitidos a negociación en mercados organizados.

Tratándose de transmisiones onerosas de participaciones en fondos de inversión cotizados o de acciones de SICAV índice cotizadas, el valor de transmisión se determina de acuerdo con lo establecido para los valores negociados en mercados regulados definidos en la Directiva 2004/39/CE; esto es, por su cotización en dichos mercados en la fecha en que se produzca la transmisión o por el precio pactado cuando sea superior a la cotización.

Las reglas precedentes se refieren al reembolso y a las transmisiones onerosas. Por tanto, respecto de las transmisiones lucrativas entre vivos, habrá de estarse a los valores que resulten de la aplicación de las normas del impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD), de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 de la LIRPF; esto es, el valor real de los bienes y derechos, el cual, tratándose de acciones o participaciones en IIC, será, bien el valor liquidativo, bien el valor de cotización, a la fecha del fallecimiento del causante.

La transmisión por causa de muerte no determina ni ganancia ni pérdida patrimonial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.3 b) de la LIRPF, pero el causahabiente tomará como valor de adquisición el valor liquidativo o el valor de cotización, lo que implica que la renta acumulada en sede de la IIC desde la fecha de realización de la inversión hasta la fecha de fallecimiento no tributará por el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF).

Las ganancias patrimoniales así cuantificadas podrán ser objeto de reducción en los términos previstos en la disposición transitoria novena de la LIRPF. En consecuencia, la porción de ganancia patrimonial correspondiente a un valor de transmisión no superior a 400.000 euros, imputable al periodo de tenencia transcurrido hasta el 20 de enero de 2006 (para lo que se tomará en consideración el valor a efectos del impuesto sobre el patrimonio -IP- de 2005), será objeto de reducción mediante la aplicación del coeficiente reductor del 25 % (14,28 % para la inversión inmobiliaria) por cada año de tenencia hasta el 31 de diciembre de 1996.

Quando se transmita un conjunto de valores homogéneos, en el sentido del artículo 8 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas (RIRPF), se considerará que los transmitidos o reembolsados son los adquiridos en primer lugar. La homogeneidad requiere, básicamente, la concurrencia del mismo emisor, la misma naturaleza y la atribución de los mismos derechos. En consecuencia, no serán homogéneas las participaciones emitidas por fondos de inversión diferentes, aun cuando se hallen gestionados por la misma entidad gestora y otorguen los mismos derechos, ni las correspondientes a distintos compartimientos del mismo fondo.

3.1.1.2. Rentas distribuidas por la IIC

La mayor parte de las IIC operan bajo el régimen de acumulación de las rentas obtenidas, pero tienen la posibilidad abstracta de distribuir la totalidad o parte de las mismas en los términos que establezcan sus estatutos.

El artículo 94.1 b) de la LIRPF se limita a señalar, lacónicamente, que los contribuyentes deben imputar, como renta, «los resultados distribuidos por las instituciones de inversión colectiva», sin concretar, por tanto, la calificación de esa renta. Sin embargo, es fácil colegir que tendrá la consideración de rendimientos del capital mobiliario, en cuanto deriva de «la participación en los fondos propios», en el sentido del artículo 25.1 de la LIRPF, del fondo de inversión o de la sociedad de capital variable, de manera tal que tendrá la condición de renta del ahorro, en el sentido del artículo 46 a) de la LIRPF.

Puede apreciarse que, cuando la inversión de la IIC se materializa en instrumentos financieros de pasivo, se produce un efecto de transformación de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios, en el sentido del artículo 25.2 de la LIRPF, en rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad.

Esa transformación es fiscalmente inocua, por cuanto los dos tipos de rendimientos se califican como renta del ahorro, en el sentido del artículo 46 a) de la LIRPF, y se sujetan a las mismas reglas de integración y compensación en la base imponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la misma ley.

Lo que no es inocuo es la contraposición entre distribución y acumulación de rentas en sede de la IIC. En efecto, la distribución de rentas por parte de la institución colectiva frustra la principal ventaja fiscal de la inversión colectiva, esto es, la posibilidad de que el socio o partícipe decida el periodo impositivo en el que le conviene tributar por las rentas obtenidas.

La distribución de beneficios priva al socio o partícipe de la decisión respecto del periodo impositivo en el que le conviene tributar. Así, podría convenirle diferir indefinidamente la tributación sobre las rentas acumuladas por la IIC o, tal vez, provocar, mediante el reembolso, la generación de una ganancia o una pérdida patrimonial al efecto de neutralizar una pérdida o una ganancia patrimonial, en los términos previstos en el artículo 49 de la LIRPF.

3.1.1.3. Reducción de capital con devolución de aportaciones

Desde un punto de vista formal, las cantidades recibidas por los socios de cualquier tipo de sociedad en concepto de devolución de aportaciones deben ser consideradas como recuperación de las cantidades aportadas, pero, desde un punto de vista sustancial, esas cantidades son fruto de la inversión realizada, representada en la acción o participación, en la medida en que la misma tenga, *ex post* de la distribución, un valor igual o superior al valor de adquisición.

Ese punto de vista sustancial es el que sustenta lo previsto en el artículo 33.3 a) de la LIRPF, a cuyo tenor:

[...] cuando la diferencia entre el valor de los fondos propios de las acciones o participaciones correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de la reducción de capital y su valor de adquisición sea positiva, el importe obtenido o el valor normal de mercado de los bienes o derechos recibidos se considerará rendimiento del capital mobiliario con el límite de la citada diferencia positiva (tercer párrafo del art. 33.3 a) de la LIRPF).

El artículo 94.1 c) de la LIRPF ha adaptado esta regla al caso de las sociedades de inversión de capital variable calificando como rendimiento de capital el importe recibido como consecuencia de la reducción de capital con el límite del «aumento del valor liquidativo de las acciones desde su adquisición o suscripción hasta el momento de la reducción de capital social».

En efecto, la diferencia positiva entre el valor liquidativo existente en el momento de la adquisición de las acciones y el existente en el momento de la reducción de capital representa el fruto de dichas acciones que, como consecuencia de la reducción de capital con devolución de aportaciones, hace suyo el socio, total o parcialmente. El exceso del importe de la reducción de capital sobre el límite conformado por la diferencia entre los valores liquidativos no puede ser otra cosa que la recuperación del valor de adquisición de la inversión, de aquí que tal exceso «minorará el valor de adquisición de las acciones afectadas, de acuerdo con las reglas del primer párrafo del artículo 33.3 a) de esta ley, hasta su anulación», y solamente, cuando todavía restase un exceso, el importe resultante:

[...] se integrará como rendimiento del capital mobiliario procedente de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, en la forma prevista para la distribución de la prima de emisión en el primer párrafo de la letra e) del apartado 1 del artículo 25 de esta ley (cuarto párrafo del art. 94.1 c) de la LIRPF).

Ahora bien, si el valor liquidativo se calcula, como así debe ser, en función del valor real del patrimonio de la IIC, tal exceso difícilmente se presentará.

No obstante, si el capital se hubiera nutrido con ampliaciones previas mediante la incorporación al mismo de beneficios, se considerará que «las reducciones de capital, cualquiera que sea su finalidad, afectan en primer lugar a la parte del capital social que provenga de beneficios no distribuidos, hasta su anulación» (tercer párrafo del art. 94.1 c) de la LIRPF), de manera tal que su total importe, sin limitación alguna, se considerará rendimiento del capital mobiliario. Esta regla puede conducir a excesos de gravamen, en la medida en que se rebase el límite de la diferencia de valores liquidativos, pues tal diferencia representa el fruto real de la inversión financiera. Ese exceso, ciertamente, se neutralizará con ocasión de la transmisión de la participación, sea bajo la forma de una disminución de patrimonio o de una minoración en la ganancia patrimonial. Ahora bien, dado el sistema de integración

y compensación de rentas en la base imponible del ahorro previstas en el artículo 49 de la LIRPF, tal neutralización será imperfecta.

3.1.1.4. Distribución de la prima de emisión de acciones

Igualmente, desde un punto de vista formal, las cantidades recibidas por los socios con cargo a la prima de emisión de acciones deben ser consideradas como recuperación de la prima en su día aportada y, por tanto, no determinantes de la obtención de renta, pero, desde un punto de vista sustancial, esas cantidades son fruto de la participación, en la medida en que la misma tenga, *ex post* de la distribución, un valor, igual o superior, al valor de adquisición.

El artículo 25.1 e) de la LIRPF se aproxima parcialmente al punto de vista sustancial calificando como rendimiento del capital mobiliario el exceso del importe recibido sobre el valor de adquisición de la participación, y lo hace con mayor cercanía para el caso de valores no cotizados, al establecer que:

[...] cuando la diferencia entre el valor de los fondos propios de las acciones o participaciones correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de la distribución de la prima y su valor de adquisición sea positiva, el importe obtenido o el valor normal de mercado de los bienes o derechos recibidos se considerará rendimiento del capital mobiliario con el límite de la citada diferencia positiva (segundo párrafo).

Sin embargo, el artículo 94.1 d) de la LIRPF, relativo a la distribución de la prima de emisión por las sociedades de inversión de capital variable, desentendiéndose del verdadero significado de la distribución de la prima de emisión, establece que:

En los supuestos de distribución de la prima de emisión de acciones de sociedades de inversión de capital variable, [se considera renta] la totalidad del importe obtenido, sin que resulte de aplicación la minoración del valor de adquisición de las acciones previsto en el artículo 25.1 e) de esta ley.

Por tanto, la distribución de la prima de emisión se equipara plenamente a la distribución del beneficio en concepto de dividendo, cuando lo pertinente hubiera sido darle un tratamiento similar al previsto para las reducciones de capital con devolución de aportaciones.

3.1.1.5. El diferimiento por reinversión

De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 94.1 a) de la LIRPF, las rentas obtenidas en la transmisión de acciones o el reembolso de participaciones en IIC no se imputarán, a condición de reinversión en «la adquisición o suscripción de otras acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva».

Ningún otro instrumento financiero disfruta de un régimen de diferimiento por reinversión, de manera tal que se está ante un auténtico privilegio. Curiosamente, este privilegio halla su justificación en la perturbación generada por otro; a saber, el privilegio consistente en el diferimiento de la tributación hasta el momento de la transmisión o el reembolso de la acción o participación, el cual, en cierta medida, hacía al inversor prisionero de los gestores de la IIC. El diferimiento por reinversión, introducido por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del impuesto sobre la renta de las personas físicas y por la que se modifican las Leyes de los impuestos sobre sociedades y sobre la renta de no residentes, abrió la puerta de esa prisión virtual²⁶.

Desde la perspectiva del régimen sustantivo de las IIC, la reinversión se manifiesta a través del procedimiento de traspaso de participaciones o acciones previsto en el artículo 28 de la LIIC²⁷.

El diferimiento por reinversión se aplica respecto de las rentas obtenidas en los «reembolsos» de participaciones en las IIC que tengan la naturaleza de fondos de inversión, y en las «transmisiones» de acciones en las IIC que tengan la naturaleza de sociedades de inversión. Además, respecto de estas últimas, es necesario, según el artículo 94.1 a) de la LIRPF, «que el número de socios de la institución de inversión colectiva cuyas acciones se transmitan sea superior a 500» y «que el contribuyente no haya participado, en algún momento dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la transmisión, en más del 5 por ciento del capital de la institución de inversión colectiva».

Se notará que, en el caso de los fondos de inversión, el diferimiento se predica respecto de las rentas obtenidas en los «reembolsos», en tanto que en el de las sociedades de inversión, respecto de las rentas obtenidas en las «transmisiones».

²⁶ Siguiendo a Inverco:

Hasta la aprobación de dicha ley [Ley 46/2002], cuando se transmitía o reembolsaba una acción o participación de una IIC se tributaba por la ganancia o pérdida patrimonial cada vez que se producía una operación de este tipo, con independencia del destino que se diera al importe obtenido. Esto suponía un obstáculo para la movilidad de capital entre IIC que podía afectar de forma negativa a una asignación eficaz de los recursos. Con el fin de evitar este efecto perjudicial para el inversor, se introdujo el régimen de neutralidad con diferimiento de la ganancia patrimonial derivada del traspaso entre IIC.

Mediante dicho régimen se difiere la tributación –no se trata de una exención ni de un supuesto de no sujeción– hasta el momento en el que se obtiene el importe líquido para destinarlo a otra finalidad que no sea la inversión en otra IIC. En definitiva, el inversor puede diferir *sine die* la tributación de las rentas acumuladas hasta la fecha en que decida recuperar la inversión, siempre que el importe obtenido en la transmisión de acciones de sociedades de inversión o en el reembolso de participaciones en fondos de inversión, se destine, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 28 de la LIIC, a la adquisición o suscripción de otras acciones o participaciones en IIC (Inverco, 2007, p. 304).

²⁷ Consulta de la DGT V0828/2017, de 3 de abril (NFC064928).

La reinversión ha de ser del importe obtenido, no solo de la renta, y podrá realizarse en un instrumento de naturaleza distinta a la del transmitido o reembolsado, habida cuenta de que la norma nada establece en contrario, de manera tal que el producto obtenido en la transmisión de acciones de una sociedad de inversión podrá reinvertirse en participaciones de un fondo de inversión, y viceversa.

Aun cuando la norma no indica que el objeto de la reinversión debe materializarse en un instrumento, sea acción o participación, de una IIC acogida a la LIIC, es fácil colegir que así debe ser, por cuanto el artículo 94.1 a) de la LIRPF se refiere a las rentas procedentes de las IIC reguladas en la LIIC. No obstante, también cabe predicar la aptitud para ser objeto de la reinversión respecto de las acciones y participaciones de las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE, habida cuenta de la homologación que, con carácter general, prevé el artículo 94.2 de la LIRPF. Y se abre un interrogante respecto de la aptitud de las acciones o participaciones de las IIC extranjeras que sean comparables o equivalentes a las reguladas por la Directiva 2009/65/CE que, tal vez, deba ser despejado por aplicación de la libertad de movimiento de capitales, como se explicará más adelante.

Sin embargo, están excluidas del régimen de diferimiento por reinversión, tanto por lo que se refiere a la renta generada como a la aptitud para ser objeto de la reinversión, las participaciones representativas del patrimonio de las IIC que tengan la consideración de fondos de inversión cotizados o las acciones de las sociedades del mismo tipo, en el sentido del artículo 49 del antiguo reglamento de la LIIC, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, esto es, las participaciones emitidas por IIC cotizadas o por SICAV índice cotizadas, en el sentido del artículo 79 del vigente RIIC. Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 75.3 de la LIIC, a este tipo de acciones o participaciones no le es de aplicación el régimen de traspasos establecido en su artículo 28.

El régimen de diferimiento por reinversión no resultará de aplicación cuando, por cualquier medio, se ponga a disposición del contribuyente el importe derivado del reembolso o transmisión de las acciones o participaciones de IIC.

Admite esta causa de inaplicación una interpretación restrictiva, en el sentido de referir la puesta a disposición a las IIC intervinientes, señaladamente a la de salida, pero no puede descartarse otra más amplia comprensiva de las entidades de crédito o financieras que pertenezcan al mismo grupo mercantil al que lo hace la entidad gestora o la propia sociedad de inversión.

3.1.2. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro reguladas en la Directiva 2009/65/CE

A estos socios o partícipes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 94.2 a) de la LIRPF, les son de aplicación las reglas contenidas en el apartado 1, a condición de que la IIC

participada, constituida y domiciliada en algún Estado miembro de la Unión Europea se halle inscrita en el registro especial de la CNMV a efectos de su comercialización por entidades residentes en España. Se trata del Registro de IIC extranjeras comercializadas en España al que se refiere el artículo 13.1 ñ) del RIIC.

En orden a la aplicación del diferimiento por reinversión, a tenor de lo establecido en los puntos 1.º y 2.º del artículo del artículo 94.2 b) se exige que «la adquisición, suscripción, transmisión y reembolso de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva deberá realizarse a través de entidades comercializadoras inscritas en la Comisión Nacional del Mercado de Valores» y, además, «en el caso de que la institución de inversión colectiva se estructure en compartimentos o subfondos, el número de socios y el porcentaje máximo de participación se entenderán referidos a cada compartimento o subfondo comercializado».

Comoquiera que los requisitos precedentes no se prediquen respecto de las IIC residentes en España, se abre un portillo al reproche por discriminación. No obstante, debe considerarse que tal discriminación podría estar justificada por las necesidades de control²⁸, si bien es cierto que el alcance que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido dando a esta causa de justificación no pronostica un camino alentador para la misma, habida cuenta de los instrumentos jurídicos de intercambio de información actualmente disponibles, como se comenta más adelante.

En fin, por lo que se refiere a los compartimentos, la discriminación desaparecería si, también en el caso de las IIC nacionales, el requisito del número de socios se proyectase respecto de cada compartimento.

²⁸ Consulta de la DGT V5194/2016, de 30 de noviembre (NFC063210):

[...] La aplicación del régimen de diferimiento por reinversión entre acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva requiere que se cumplan determinados requisitos, entre los que se encuentra, en el caso de las instituciones de inversión colectiva armonizadas domiciliadas en otros Estados miembros de la Unión Europea e inscritas en la CNMV, a efectos de su comercialización por entidades residentes en España, el previsto en el artículo 94.2 a) 1.º de la citada Ley 35/2006, que dispone:

«1.º La adquisición, suscripción, transmisión y reembolso de acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva se realizará a través de entidades comercializadoras inscritas en la Comisión Nacional del Mercado de Valores».

Tal como se expone en las referidas contestaciones, «el régimen de diferimiento por reinversión entre IIC regulado en el artículo 94 de la LIRPF constituye un beneficio fiscal con evidente dimensión temporal, y cuya aplicación requiere un necesario control de las operaciones, desde el momento en que se realiza la inversión inicial hasta que se produce el reembolso o transmisión definitivo, y en el cual desempeñan un importante papel las entidades intervinientes».

La DGT ha interpretado que el diferimiento por reinversión puede aplicarse cuando las acciones o participaciones se adquirieron antes de su comercialización en España²⁹; criterio que podría extenderse a todos aquellos casos en los que la adquisición a través de entidad comercializadora inscrita en el CNMV no era pertinente o posible.

La doctrina administrativa ha entendido que la restricción relativa a las IIC cotizadas no va referida a las extranjeras que cotizan en mercados extranjeros³⁰, excepto si también lo hicieren en el mercado de valores español³¹.

²⁹ Consulta de la DGT V2377/2013, de 16 de julio (NFC047992), reiterando la consulta V1232/2003, de 10 de septiembre (NFC017760):

[...] podrá resultar de aplicación a las acciones o participaciones el régimen de diferimiento por reinversión previsto en el apartado 1 a) del artículo 94 de la Ley 35/2006, siempre que, además de los requisitos relativos a las instituciones con forma societaria y al procedimiento de traspasos previstos en dicho artículo, se cumplan las siguientes condiciones:

Primera: Que las participaciones o acciones trasladadas se hubieran adquirido por el contribuyente con anterioridad al inicio de la comercialización de la institución en España por entidades situadas en territorio español inscritas a tal efecto en la CNMV.

Segunda: que se haya aportado a la entidad comercializadora toda la información necesaria que acredite suficientemente tanto la titularidad como los datos relativos a la adquisición de las participaciones o acciones por el contribuyente.

³⁰ Consulta de la DGT V4596/2016, de 27 de octubre (NFC062244):

En el presente caso se trata de instituciones de inversión colectiva extranjeras gestionadas por la casa central en Reino Unido de la entidad consultante, con forma de fondo de inversión o de SICAV, radicadas en un Estado miembro de la Unión Europea y amparadas en la Directiva 2009/65/CE, cuyas participaciones o acciones se cotizan en bolsas de valores europeas, pero no cotizan en la bolsa de valores española.

Estas instituciones se comercializan en España por una o varias entidades financieras radicadas en territorio español, mediante su correspondiente inscripción en el registro de la CNMV, las cuales son quienes ofertan la inversión y tramitan las operaciones de sus clientes relativas a las referidas instituciones para su ejecución en el correspondiente mercado bursátil por el intermediario financiero miembro del mismo [...]

Por consiguiente, los inversores, contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas, podrán aplicar el régimen de diferimiento por reinversión entre acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva en el supuesto de que dicha reinversión tenga como origen o destino, o ambos, participaciones o acciones de las instituciones objeto de consulta, siempre que se cumplan todos los requisitos establecidos en el artículo 94 de la LIRPF, entre ellos, que la reinversión se realice siguiendo procedimiento establecido en el artículo 28 de la Ley 35/2003 y que no se ponga a disposición del inversor el importe derivado del correspondiente reembolso o transmisión [...] siendo por tanto necesaria su intervención para la adquisición o transmisión de los mismos, cabrá entender cumplido el requisito establecido en el artículo 94.2 a).1.º de la LIRPF.

³¹ Consulta de la DGT V0713/2006, de 12 de abril (NFC022373):

[...] Sobre la base de la anterior normativa citada puede concluirse que en la medida en que un fondo de inversión constituido en un Estado miembro de la Unión Europea, que no sea territorio

Esta discriminación positiva a favor de dichas IIC tiene su compensación en la discriminación negativa relativa a la obligación de retener, que más adelante se comenta. Ahora bien, las dos discriminaciones son rechazables y, probablemente, hubieran podido salvarse mediante una interpretación de la normativa concernida atenta a su espíritu y finalidad.

El anteproyecto de ley de octubre de 2018, relativo a medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, añadía un punto, con el número 3.º, al artículo 94.2 a) de la LIRPF, a cuyo tenor, quedaban excluidas del régimen del diferimiento por reinversión, a todos los efectos, las:

[...] participaciones o acciones en instituciones de inversión colectiva análogas a los fondos de inversión cotizados o sociedades del mismo tipo previstos en el artículo 79 del Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, cualquiera que sea el mercado regulado o el sistema multilateral de negociación en el que coticen y la composición del índice que reproduzcan, repliquen o tomen como referencia.

En la exposición de motivos, se explicaba que la norma proyectada tenía por objeto:

[...] homogeneizar el tratamiento de las inversiones en determinadas instituciones de inversión colectiva, conocidas como fondos y sociedades de inversión cotizados (ETF, por sus siglas en inglés), con independencia del mercado, nacional o extranjero en el que coticen. Así, se extiende a las instituciones de inversión colectiva cotizadas que coticen en bolsa extranjera el tratamiento de las que cotizan en bolsa española respecto a la no aplicabilidad del régimen de diferimiento.

En rigor, la norma proyectada nada innovaba, pues hubiera podido llegarse al mismo resultado mediante una adecuada interpretación del conjunto normativo en liza, habida cuenta de que el artículo 94.2 a) de la LIRPF declara aplicable el régimen previsto en su apartado 1, y que en dicho apartado se excluye del diferimiento por reinversión, a todos los efectos, a las IIC, sean fondos o sociedades, cotizadas, sin que la remisión al artículo 49 del antiguo reglamento de la LIIC (actual art. 79 del vigente RIIC) pudiera entenderse como determinante de la habilitación, a efectos del diferimiento por reinversión, de las acciones o participaciones de IIC cotizadas en mercados extranjeros.

calificado como paraíso fiscal, y adaptado a la Directiva 85/611/CEE, sea objeto de comercialización en España, mediante la negociación en la bolsa española de sus participaciones, sobre la base del cumplimiento de las condiciones requeridas en el artículo 49 del Reglamento de la Ley 35/2003, con las especialidades que determine la CNMV derivadas de la aplicación de dicha Directiva, le resultarán de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 73.3 j) y disposición adicional cuarta del RIRPF, anteriormente transcritos [...].

En efecto, carecería de sentido rechazar el diferimiento por reinversión respecto de las acciones o participaciones cotizadas emitidas por IIC sujetas a la LIIC y admitirlo respecto de las acciones o participaciones cotizadas emitidas por las IIC extranjeras, máxime cuando el régimen de las rentas relativo a las acciones y participaciones emitidas por IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE se construye mediante la remisión al régimen de las amparadas por la LIIC.

Sin embargo, como se ha indicado, la doctrina administrativa había urdido una interpretación distinta que, ahora, el legislador se proponía, con buen sentido, rectificar.

En conclusión, las rentas derivadas de la transmisión de acciones y del reembolso de participaciones emitidas por IIC extranjeras amparadas por la Directiva 2009/65/CE podrán afectarse al diferimiento por reinversión mediante la adquisición de acciones o participaciones de IIC, amparadas por la referida directiva y, por ende, por la LIIC, incluso si, según la doctrina administrativa, cotizan en mercados extranjeros sin hacerlo en el mercado español.

3.1.3. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE

De acuerdo con la exposición de motivos del RIIC, toda aquella IIC que no sea armonizada, es decir, autorizada según la Directiva 2009/65/CE, será considerada como una institución de inversión colectiva alternativa (FIA).

Las entidades gestoras de este tipo de IIC están reguladas por la Directiva 2011/61/UE, pero dicha regulación no afecta a las propias IIC. Así, en su exposición de motivos se indica que:

La presente directiva no regula los FIA. Por lo tanto, los FIA deben poder seguir siendo regulados y supervisados a nivel nacional. Resultaría desproporcionado regular la estructura o composición de las carteras de los FIA gestionados por GFIA a escala de la Unión y, dados los muy diversos tipos de FIA que estos gestionan, sería difícil realizar una armonización de tal envergadura. La presente directiva no impide, por consiguiente, a los Estados miembros adoptar o seguir aplicando requisitos nacionales en relación con los FIA establecidos en su territorio.

En consecuencia, las rentas obtenidas por los socios o partícipes de los FIA, constituidos y domiciliados en algún Estado miembro de la Unión Europea, no se regularán por lo previsto en el artículo 94.2 de la LIRPF, el cual, como se ha visto, se remite al artículo 94.1 de la citada ley.

Así las cosas, los socios o partícipes de este tipo de IIC se sujetarán a las reglas generales. En consecuencia, tributarán por las rentas derivadas de la transmisión o reembolso

de la acción o participación, las distribuidas por la IIC, y las reducciones de capital y devolución de la prima de emisión, y todo ello, bajo la consideración de renta del ahorro, esto es, de manera similar a como lo hacen los socios o partícipes de las IIC amparadas por la LIIC.

Sin embargo, no podrán acogerse al diferimiento por reinversión, por cuanto no existe una previsión normativa que lo permita.

En fin, no puede descartarse que, en ciertos casos, sea procedente aplicar el régimen de atribución. Más adelante se aborda esta cuestión.

3.1.4. Socios o partícipes de las IIC residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales

De acuerdo con lo previsto en el artículo 95.1 de la LIRPF, estos contribuyentes tributarán sobre la diferencia positiva entre el valor liquidativo de la participación al día de cierre del periodo impositivo y su valor de adquisición.

Ante la eventualidad de dificultades en la determinación del valor liquidativo, el apartado 3 del referido artículo establece la presunción de que «la diferencia a que se refiere el apartado 1 es el 15 por ciento del valor de adquisición de la acción o participación». Esta presunción, que admite prueba en contrario, libera a la Administración tributaria de la carga de la prueba del valor liquidativo. Sin embargo, no parece posible que, en el curso de la misma, el contribuyente pueda hacer valer una diferencia negativa, por cuanto la norma versa sobre la diferencia positiva.

La renta así imputada se considera mayor valor de adquisición, de manera tal que en los sucesivos periodos impositivos se tributará sobre la diferencia positiva de valores liquidativos. Esa diferencia de valores liquidativos está integrada por la suma de la renta obtenida por la IIC y la variación de valor de su patrimonio. Por tanto, en ausencia de tal variación, el contribuyente tributará sobre la renta obtenida y acumulada por la IIC.

Se trata –bien se comprende– de un régimen que descansa en la técnica propia de la transparencia fiscal, y de ahí que los beneficios distribuidos por la IIC no se integren en la base imponible, sino que minorarán el valor de adquisición de la participación y que, a efectos de la determinación de la renta derivada de la transmisión o reembolso de la participación, las rentas imputadas deban añadirse al valor de adquisición.

La renta imputada se considera renta general en el sentido del artículo 45 de la LIRPF, de manera tal que tributará a la escala general del impuesto. Por el contrario, la renta derivada de la transmisión o reembolso de la participación será renta del ahorro, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 b) de la LIRPF.

La imputación de renta por causa de paraíso fiscal se estableció por vez primera en el IRPF mediante la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y otras normas tributarias, siguiendo la estela de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades. Por tal razón, la disposición transitoria octava de la LIRPF, siguiendo el precedente de la disposición transitoria octava de la Ley 40/1998, establece que:

1. A los efectos de calcular el exceso del valor liquidativo a que hace referencia el artículo 95 de esta ley, se tomará como valor de adquisición el valor liquidativo a 1 de enero de 1999, respecto de las participaciones y acciones que en el mismo se posean por el contribuyente. La diferencia entre dicho valor y el valor efectivo de adquisición no se tomará como valor de adquisición a los efectos de la determinación de las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de las acciones o participaciones.

El efecto práctico de la norma transitoria es evitar que se sujeten a tributación, mediante el sistema de la diferencia de valores liquidativos, rentas que afluyeron a la IIC con anterioridad a la entrada en vigor de dicho sistema. No se trata, por tanto, de una suerte de actualización de valor sin carga fiscal, pues esas rentas tributarán, bien por su distribución, bien mediante la transmisión o el reembolso de la participación.

3.1.5. Socios o partícipes de las IIC residentes en Estados terceros

La LIRPF no regula específicamente esta materia. Consultas de la DGT de la segunda mitad de la década de los noventa postularon un criterio de asimilación respecto del régimen aplicable a las IIC españolas y a sus partícipes. En estas consultas se parte de la existencia de un régimen fiscal «específico y favorable» para las IIC y sus partícipes que:

[...] parte de unas premisas recogidas en la propia normativa reguladora y tienen como finalidad encauzar el ahorro hacia unas instituciones que deben caracterizarse por una adecuada gestión de los fondos aportados por los partícipes [...] tales premisas tienen su plasmación concreta en el conjunto de requisitos legales, financieros, mercantiles e, incluso, de control exigidos por la normativa reguladora de las instituciones de inversión colectiva. Son, por tanto, dichos requisitos los que sirven de fundamento al régimen fiscal específico y privilegiado configurado en la normativa referida [...] tales requisitos, además, deben ser exigidos tanto a las entidades constituidas en España como a las constituidas en otros Estados, comunitarios o no, cuyos partícipes se consideran acreedores al régimen fiscal específico de las instituciones de inversión colectiva [...] (consultas de la DGT 2489/1997, de 27 de noviembre –NFC007062–, y 1627/1998, de 8 de octubre –NFC008394–).

Esta doctrina, en sí misma estimable, en cuanto respetuosa del principio de libertad de movimiento de capitales, no conserva su vigencia, toda vez que, como se ha visto, en la actualidad existen normas específicas respecto de los socios o partícipes de las IIC comunitarias y de paraísos fiscales.

Así las cosas, los socios o partícipes de este tipo de IIC se sujetarán a las reglas generales en los mismos términos anteriormente descritos respecto de los FIA. En consecuencia, tributarán por las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de la acción o participación, las distribuidas por la IIC, las reducciones de capital, y la devolución de la prima de emisión, y todo ello, bajo la consideración de renta del ahorro, sin que pueda descartarse el régimen de atribución.

No podrán acogerse al diferimiento por reinversión.

3.1.6. Pérdidas patrimoniales

El artículo 37.5 e), f), g) de la LIRPF establece un conjunto de reglas que rechazan el cómputo de las pérdidas patrimoniales cuando se produce la posterior adquisición de los activos transmitidos o de otros homogéneos dentro de ciertos plazos. Esas reglas no mencionan las acciones o participaciones de las IIC, pero, teniendo las mismas la consideración de valores negociables, en cuanto comprendidos en el anexo del Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores (TRLMV), es obvio que serán aplicables las previsiones contenidas en las letras f) y g), según que coticen o no, respectivamente, en alguno de los mercados secundarios de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE.

Aun cuando las referidas letras se refieren a la transmisión, parece lógico que, tratándose de valores de IIC, también abarquen el reembolso.

En consecuencia, las pérdidas habidas en la transmisión o el reembolso de esos valores no serán computables si concurren con la adquisición de valores homogéneos dentro del entorno de los dos meses o del año a la transmisión o el reembolso, según que aquellos coticen o no en los mercados a los que se refiere la Directiva 2004/39/CE.

No siendo homogéneos los valores emitidos por distinto emisor, la adquisición de acciones o participaciones en otra IIC no frustrará el cómputo de la pérdida.

De esta manera, la reinversión dentro de la inversión colectiva difícilmente impedirá el cómputo de la pérdida patrimonial, en tanto que sí puede impedir el cómputo de la ganancia patrimonial.

3.2. Tributación de los socios o partícipes personas jurídicas residentes en territorio español

Al igual que en el caso de socios o partícipes personas físicas, en función de la calificación de la IIC, cabe distinguir los siguientes regímenes:

- Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC.
- Socios o partícipes de las IIC reguladas en la Directiva 2009/65/CE.
- Socios o partícipes de las IIC constituidas en países o territorios considerados como paraísos fiscales.
- Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE.
- Socios o partícipes de las IIC constituidas en Estados terceros.

3.2.1. Socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC

En este grupo, a diferencia de lo que acontece respecto de los socios personas físicas, debe efectuarse una distinción, según que las IIC tributen al tipo especial de gravamen del 1 % o lo hagan al tipo general. En efecto, el artículo 94.1 de la LIRPF proyecta su regulación respecto de los contribuyentes que sean socios o partícipes de las IIC reguladas en la LIIC, pero el artículo 53.1 de la LIS, mediante una remisión al artículo 52.1 de dicha ley, lo hace respecto de los socios de las IIC reguladas en la LIIC, con excepción de las sometidas al tipo general de gravamen.

A los socios o partícipes de las IIC sujetas al tipo general de gravamen no les serán de aplicación las especialidades previstas en el artículo 53.1 de la LIS, las cuales, como se verá, restringen la eliminación de la doble imposición. No existiendo tal eliminación en el IRPF, la diferencia apuntada no implica una divergencia sustancial de criterio regulador.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 53 y 17.6 de la LIS, los socios o partícipes de las IIC reguladas en la LIIC deben tributar cuando hagan efectiva la renta derivada de su inversión, por causa de los siguientes hechos:

- Reembolso o transmisión de participaciones o acciones en la IIC.
- Percepción de rentas distribuidas por la IIC.
- Reducción de capital con devolución de aportaciones realizada por la IIC.
- Distribución de la prima de emisión de acciones.

3.2.1.1. Reembolso o transmisión de la acción o participación

De acuerdo con lo previsto en el artículo 53.1 de la LIS, la renta así obtenida se integra en la base imponible sin derecho a la exención de dividendos y plusvalías de cartera procedentes de participaciones significativas prevista en el artículo 21 de la referida ley.

La no aplicación de la exención del artículo 21 es técnicamente correcta cuando las rentas obtenidas por la IIC hubiesen consistido en intereses u otras rentas que hubieren constituido gasto fiscalmente deducible en sede del pagador, pero no así cuando tales rentas fueren dividendos o participaciones en beneficios procedentes de beneficios obtenidos por entidades sujetas a tributación sobre los mismos, pues, en tal caso, se provoca un supuesto de doble imposición.

No obstante, si la IIC hubiere tributado al tipo general de gravamen, sí procedería la exención citada, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto.

El artículo 53.1 rechaza la aplicación de la exención prevista en el artículo 21, pero no las previsiones de dicho precepto que no versen sobre la exención, y de ahí podría inferirse que serían aplicables las reglas concernientes a las rentas negativas establecidas en su apartado 6, de manera tal que solo serían computables las rentas negativas derivadas del reembolso o transmisión de acciones o participaciones no significativas, esto es, que otorguen un porcentaje de participación inferior al 5 % o que tengan un valor de adquisición inferior a 20 millones de euros. Se estima que esta interpretación no sería acertada. En efecto, el artículo 53.1 de la LIS establece la integración en la base imponible de «las rentas derivadas de la transmisión de acciones o participaciones o del reembolso» sin distinguir entre rentas positivas o negativas y, por otra parte, el no cómputo de las pérdidas está asociado a la exención de las rentas positivas.

El artículo 53.1 también niega a los socios o partícipes la aplicación de «las deducciones para evitar la doble imposición internacional previstas en los artículos 31 y 32 de esta ley», esto es, las previstas para evitar o paliar la doble imposición internacional, jurídica y económica, respectivamente, cometiendo un error de técnica tributaria, puesto que aquel precepto regula la tributación de rentas derivadas de IIC constituida y domiciliadas en territorio español, de manera tal que las mismas no habrán estado sujetas a tributación en el extranjero.

A diferencia de lo establecido para los socios o partícipes que sean contribuyentes del IRPF, no se prevé un régimen de diferimiento por reinversión.

3.2.1.2. Rentas distribuidas por la IIC

El artículo 53.1 de la LIS también ordena integrar en la base imponible «los dividendos o participaciones en beneficios» distribuidos por la IIC, sin que el socio o partícipe pueda

aplicar la exención del artículo 21, e igualmente niega la aplicación de las deducciones para evitar la doble imposición internacional, lo cual ha de reputarse erróneo por contemplar un supuesto de hecho imposible.

No obstante, si la IIC hubiere tributado al tipo general de gravamen, sí procedería la exención citada, bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto.

3.2.1.3. Reducción de capital con devolución de aportaciones

El artículo 17.6 de la LIS establece, con carácter general, que «en la reducción de capital con devolución de aportaciones se integrará en la base imponible de los socios el exceso del valor de mercado de los elementos recibidos sobre el valor fiscal de la participación».

Sin embargo, respecto de sociedades de inversión reguladas por la LIIC que tributen al tipo de gravamen del 1 %:

[...] el importe total percibido en la reducción de capital con el límite del aumento del valor liquidativo de las acciones desde su adquisición o suscripción hasta el momento de la reducción de capital social se integrará en la base imponible del socio sin derecho a ninguna deducción en la cuota íntegra (tercer párrafo del art. 17.6 de la LIS).

Se trata –bien se comprende– de una regla especial que agrava el régimen de la reducción de capital con devolución de aportaciones respecto del previsto en la regla general, lo que no sucede en el caso de los socios personas físicas, por cuanto, respecto de los mismos, la regla especial está construida a tenor de la regla general relativa a la reducción de capital con devolución de aportaciones para el caso de valores no cotizados prevista en el artículo 33.3 a) de la LIRPF.

La falta de sintonía ha de cargarse en la cuenta del IS, cuya regla general concerniente a la reducción de capital con devolución de aportaciones no afina al modo en como lo hace la LIRPF en relación con los valores no cotizados.

Tratándose de sociedades de inversión que tributen a tipo general, habrá de estarse a la regla general.

3.2.1.4. Distribución de la prima de emisión de acciones

También en el caso de la distribución de la prima de emisión se establece, respecto de las sociedades de inversión reguladas por la LIIC, que tributen al tipo de gravamen del 1 %; una regla más restrictiva que la establecida con carácter general.

En efecto, la regla general ordena integrar en la base imponible el exceso del importe recibido sobre el valor de adquisición de la participación, en tanto que la concerniente a dichas entidades, establecida en el cuarto párrafo del artículo 17.6 de la LIS, prevé que:

Cualquiera que sea la cuantía que se perciba en concepto de distribución de la prima de emisión realizada por dichas sociedades de inversión de capital variable, se integrará en la base imponible del socio sin derecho a deducción alguna en la cuota íntegra.

Se aplicará la regla general cuando la sociedad de inversión tribute al tipo general de gravamen.

3.2.2. Socios o partícipes de las IIC reguladas en la Directiva 2009/65/CE

El artículo 53.2 de la LIS extiende la aplicación de lo previsto para las IIC amparadas por la LIIC, y sujetas a tipo de gravamen del 1 %, en relación con las rentas distribuidas y las derivadas de la transmisión o reembolso de la participación, a los socios o partícipes de las IIC, reguladas por la Directiva 2009/65/CE, inscritas en el registro especial de la CNMV.

La misma regla prevé el artículo 17.6 de la LIS respecto de las rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la distribución de la prima de emisión de acciones.

Respecto de estos socios o partícipes, sí tiene sentido la regla que respecto de los socios o partícipes de IIC constituidas y domiciliadas en España no lo tiene, consistente en negar «la aplicación de las deducciones para evitar la doble imposición internacional previstas en los artículos 31 y 32 de esta ley».

En cuanto a las rentas negativas derivadas de la transmisión o el reembolso, deberán ser computadas por las razones anteriormente expuestas.

3.2.3. Socios o partícipes de las IIC constituidas en países o territorios considerados como paraísos fiscales

El artículo 54 de la LIS establece las mismas reglas que las previstas en el artículo 95 de la LIRPF, anteriormente examinadas, de manera que los socios o partícipes personas jurídicas también tributan sobre los beneficios obtenidos y acumulados por las IIC en función de la diferencia positiva de valores liquidativos, operando igualmente la presunción del 15 % sobre el valor de adquisición de la participación, y la norma transitoria, la séptima,

que ordena tomar como valor de adquisición inicial el valor liquidativo existente «el primer día del primer periodo impositivo al que haya sido de aplicación la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades».

La imputación integrada en la base imponible se considerará «mayor valor de adquisición» y las rentas distribuidas por la IIC «no se integrarán en la base imponible y minorarán el valor de adquisición de la participación».

Las pérdidas derivadas de la transmisión de la participación podrán integrarse en la base imponible, por cuanto la norma nada establece sobre el particular.

3.2.4. Socios o partícipes de las IIC residentes en un Estado miembro no reguladas por la Directiva 2009/65/CE

El artículo 53.2 de la LIS solamente extiende la aplicación del régimen fiscal previsto para los socios o partícipes de las IIC sujetas a la LIIC a los de las reguladas por la Directiva 2009/65/CE.

Ciertamente, por lo que se refiere a la reducción de capital con devolución de aportaciones y a la distribución de la prima de emisión, el artículo 17.6 de la LIS expresamente prevé que las reglas que en el mismo se establecen específicamente respecto de las IIC reguladas en la LIIC también se aplicarán a «organismos de inversión colectiva equivalentes a las sociedades de inversión de capital variable que estén registrados en otro Estado». Ahora bien, estas reglas se refieren a la determinación del importe de la renta, de manera tal que la cuestión de la aplicación de la exención de plusvalías del artículo 21 de la LIS queda en pie, habida cuenta de que la renta derivada de la reducción de capital, y por ende de la prima de emisión, sigue el régimen de las rentas obtenidas en la transmisión de la participación. Y por lo que concierne a las rentas procedentes de las distribuciones de beneficios y de la transmisión o reembolso de la participación, no existe previsión específica alguna.

En este punto, se abren dos alternativas; a saber, entender aplicable lo previsto respecto de los socios o partícipes de las IIC reguladas en la LIIC o, simplemente, entender aplicables las normas concernientes a dividendos y plusvalías del artículo 21 de la LIS.

La primera alternativa es débil frente al reproche de la analogía. La segunda es respetuosa con las reglas de relación entre las normas generales y las especiales, pero, como se verá, lleva a consecuencias inapropiadas.

El artículo 21 versa sobre los «dividendos o participaciones en beneficios de entidades así como sobre la renta obtenida en la transmisión de la participación en una entidad», de manera tal que esas rentas, cuando provienen de IIC, también entran dentro de su ámbito de aplicación.

Como se ha expuesto, el artículo 53.1 de la LIS excluye, respecto de los socios o partícipes de las IIC reguladas por la LIIC que tributan al tipo de gravamen del 1 %, la aplicación de la «exención prevista en el artículo 21 de esta ley», y su apartado 2 extiende tal régimen a los socios de las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE. Por tanto, tal exclusión no parece afectar a los socios o partícipes de las IIC distintas de las mencionadas. En particular, a los socios o partícipes de las IIC extranjeras no amparadas por la Directiva 2009/65/CE.

Naturalmente, la aplicación de la exención requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos, esto es, porcentaje de participación mantenido durante un año igual o superior al 5 % o valor de adquisición de la participación superior a 20 millones de euros y, lo que es más relevante, sujeción y no exención de la IIC extranjera a un tipo de nominal de gravamen no inferior al 10 %, si bien tal requisito se entiende cumplido cuando medie un convenio para evitar la doble imposición.

De esta manera, los socios o partícipes de las IIC extranjeras no sujetas a la disciplina de la normativa prudencial de raíz comunitaria podrán disfrutar de una exención que se niega a los de las IIC amparadas por la misma.

En cuanto al cómputo de las rentas negativas derivadas de la transmisión o el reembolso de acciones participaciones, no basta con que concorra la característica de no ser significativas, sino que, además, es necesario que la IIC esté sujeta y no exenta a tributar sobre sus beneficios a un tipo nominal de gravamen no inferior al 10 %, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.6 c) de la LIS, si bien tal requisito se entiende cumplido cuando la entidad en cuestión sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información. Por tanto, dado que todos los convenios bilaterales concluidos con los Estados miembros contienen cláusula de intercambio de información, las pérdidas podrán ser computables en los términos expuestos.

Véase a lo que se ha llegado con la interpretación que postula la aplicación del régimen general que, por otra parte, es la más acorde con una interpretación sistemática. Los socios o partícipes que ostenten participaciones significativas podrán disfrutar de exención respecto de los beneficios distribuidos por la IIC y las rentas obtenidas en la transmisión o reembolso de la participación, cualquiera que sea el tipo de gravamen al que esté sujeta la IIC extranjera, siendo así que este régimen de exención no lo tendrán los socios o partícipes de las IIC constituidas al amparo de la LIIC o de la Directiva 2009/65/CE, si bien, no podrán computar las pérdidas derivadas de la transmisión de la participación. Y aquellos que no ostenten una participación no significativa, no disfrutarán de exención, pero sí podrán computar la pérdida al mediar un convenio bilateral con cláusula de intercambio de información, ya que el convenio da por cumplido el requisito del artículo 21.1 b) de la LIS, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.6 b).

Ciertamente, no parece apropiado que los socios o partícipes, personas jurídicas, de las IIC no sujetas a la regulación prudencial de raíz comunitaria, que incluso han podido estar exentas o tributar a un tipo de gravamen simbólico, puedan disfrutar de exención respecto de las participaciones en beneficios y plusvalías procedentes de las mismas, cuando tal ventaja no se otorga en relación con las IIC sujetas a dicha regulación prudencial.

El vacío normativo es notorio y sus efectos, sorprendentes. Este vacío ya se producía con la Ley 43/1995, pero en aquel entonces la aplicación del régimen general no provocaba serias distorsiones por cuanto los dividendos procedentes de participaciones significativas no estaban exentos, sino que tributaban en régimen de imputación, y las plusvalías tampoco estaban exentas. La exención de dividendos y plusvalías del artículo 21 de la LIS ha variado el tablero y la inversión colectiva no ha movido ficha.

Más todavía, de acuerdo con las reglas generales, el socio o partícipe tendrá derecho a la deducción, sujeta a imputación ordinaria, de las retenciones que sobre el dividendo distribuido hubiera podido practicar la IIC extranjera no amparada por la Directiva 2009/65/CE, cuando, si lo estuviere, operaría la exclusión prevista en el artículo 53.2 de la LIS.

En fin, no puede descartarse la aplicación del régimen de atribución a estos socios o partícipes, de acuerdo con lo que más adelante se expone.

3.2.5. Socios o partícipes de las IIC constituidas en Estados terceros

Estos socios se hallan en idéntica situación a los de las IIC residentes en Estados miembros no amparadas por la Directiva 2009/65/CE. Por tanto, nos remitimos a lo dicho anteriormente.

3.3. Tributación de los socios o partícipes residentes en el extranjero

Los socios o partícipes no residentes en territorio español de las IIC residentes en territorio español están sujetos al IRNR respecto de las rentas derivadas de su inversión. Esas rentas son las mismas que afluyen a los socios o partícipes residentes en territorio español:

- Percepción de rentas distribuidas por la IIC.
- Reembolso o transmisión de participaciones o acciones en la IIC.
- Reducción de capital con devolución de aportaciones realizada por la IIC.
- Distribución de la prima de emisión de acciones.

3.3.1. Rentas distribuidas por la IIC

Estas rentas se entienden obtenidas en territorio español por tratarse de «dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en fondos propios de entidades residentes en España», en el sentido del artículo 13.1 f).1.º del TRLIRNR.

3.3.2. Rentas derivadas del reembolso o transmisión de participaciones o acciones

Estas rentas se entienden obtenidas en territorio español por tratarse de ganancias patrimoniales derivadas de «valores mobiliarios emitidos por personas o entidades residentes en territorio español», en el sentido del artículo 13.1 i).1.º del TRLIRNR.

Sobre las mismas se proyectan dos exenciones. La primera ampara, con carácter general, a todos los residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR. La segunda ampara a cualquier no residente, siempre que el reembolso o la transmisión se haya realizado «en alguno de los mercados oficiales de valores españoles», en el sentido del artículo 14.1 i) del TRLIRNR. Se tratará, por tanto, de las acciones o participaciones de las sociedades y fondos de inversión del artículo 79 del RIIC.

El importe de la renta se determina, según la remisión establecida por artículo 24.4 del TRLIRNR, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 94.1 a) de la LIRPF, excepción hecha del diferimiento por reinversión. Esta remisión también ha de proyectarse respecto de los coeficientes reductores de la disposición transitoria novena de la LIRPF, si bien solo para el caso de socios o partícipes que sean personas físicas.

3.3.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones

En virtud de la remisión que, a efectos de la calificación de rentas, efectúa el artículo 13.3 del TRLIRNR a las normas reguladoras del IRPF, estas rentas, en los términos previstos en el artículo 33.3 a) de la LIRPF, tienen la consideración de rendimientos del capital mobiliario, entendiéndose obtenidas en territorio español de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.1 f).1.º del TRLIRNR.

3.3.4. Rentas derivadas de la distribución de la prima de emisión

En virtud de la mencionada remisión, estas rentas tendrán la consideración de rendimientos del capital mobiliario, en los términos previstos en el artículo 25.1 e) de la LIRPF, de manera tal que se entenderán obtenidas en territorio español de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.1 f).1.º del TRLIRNR.

3.3.5. Acciones o participaciones afectas a establecimiento permanente

Cuando los socios o partícipes no residentes operen en España a través de un establecimiento permanente al que se afecten las acciones o participaciones en la IIC residente en territorio español, tributarán de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 53 de la LIS.

4. Aspectos particulares de la tributación de las IIC y de sus socios o partícipes

Bajo tal etiqueta, seguidamente se comentan sucintamente algunas materias de diversa contextura, en cuanto afectan a las IIC o a sus socios o partícipes.

4.1. Eliminación de la doble imposición

Aun cuando al exponer la tributación de los socios o partícipes de las IIC esta materia ya ha sido abordada, conviene volver sobre ella, parangonando la situación del inversor colectivo respecto del inversor individual.

4.1.1. Socios o partícipes personas jurídicas

4.1.1.1. Doble imposición económica

Cuando la IIC está sujeta a la LIIC y tributa al tipo del 1 %, o a la Directiva 2009/65/CE, sus socios o partícipes no tienen derecho a la exención del artículo 21 de la LIS.

Por tanto, estos socios o partícipes sufren doble imposición económica, interna o internacional.

Desde la perspectiva de la eliminación de la doble imposición económica, tanto interna como internacional, la inversión a través de una IIC sufre una penalización por comparación con aquella inversión directa que reúne los requisitos para disfrutar del régimen de exención de dividendos o plusvalías del artículo 21 de la LIS.

Esta penalización es débil cuando los ingresos de la IIC son intereses o asimilados, por cuanto el impuesto subyacente es del 1 %, y es fuerte cuando son dividendos o participaciones en beneficios, por cuanto a ese gravamen se une el de la entidad operativa de la que proceden los dividendos.

En este sentido, para participaciones significativas, es inconveniente la interposición de un vehículo de inversión colectiva regulado por la LIRPF y que tribute al 1 % o amparado por la Directiva 2009/65/CE.

El mismo razonamiento cabe respecto de la eliminación de la doble imposición económica internacional por el método de imputación, puesto que estos socios o partícipes no tienen derecho a la deducción del artículo 32 de la LIS.

Sin embargo, respecto del resto de las IIC, sus socios o partícipes sí podrán disfrutar de la eliminación de la doble imposición económica interna, por el método de exención, o internacional, sea por el método de exención o por el de imputación, bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 21 o 32 de la LIS, respectivamente. Es habitual que las IIC extranjeras disfruten de un régimen de exención o asimilado y, puesto que, si residen en un país con el que media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, se dará por cumplido el requisito de tipo de gravamen mínimo del 10 %, es concebible la obtención de rentas totalmente desfiscalizadas a través de IIC, no amparadas por la Directiva 2009/65/CE, residentes en un país con convenio.

En fin, puesto que los artículos 21 y 32 de la LIS determinan la eliminación de la doble imposición económica, tanto en el plano interno como en el internacional, deben entenderse que dan cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2001/96/CE, matriz-filial. Siendo esto así, el artículo 53.2 de la LIS tiene por efecto la exclusión de las rentas distribuidas por las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE del régimen previsto en aquella directiva. Sin embargo, esta exclusión no parece infringir la citada Directiva matriz-filial, por cuanto las IIC no están mencionadas entre las formas jurídicas relacionadas en la lista a la que hace referencia el artículo 2 a) iii) de la misma.

4.1.1.2. Doble imposición jurídica

Las retenciones que una jurisdicción fiscal extranjera haya podido practicar respecto de las rentas pagadas por una IIC amparada por la Directiva 2009/65/CE no serán deducibles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53.2 de la LIS. Sí lo serán las practicadas sobre las rentas pagadas por cualquier otro tipo de institución colectiva extranjera, en los términos previstos en el artículo 31 de la LIS o del correspondiente convenio bilateral para eliminar la doble imposición internacional.

De esta suerte, paradójicamente, los socios o partícipes de las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE sufren peor trato. Sin embargo, la preferencia de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición respecto de la legislación interna permitirá la deducción.

4.1.2. Socios o partícipes personas físicas

Estos contribuyentes sufrirán la doble imposición económica, en paridad de trato con los rendimientos y ganancias patrimoniales realizados mediante inversión individual. En

efecto, la LIRPF no contempla ningún mecanismo para aliviar la doble imposición económica, sea interna o internacional. Por tanto, tampoco puede negarlo en relación con la inversión colectiva.

Sin embargo, sí pueden aplicar la deducción para evitar la doble imposición internacional jurídica en los términos previstos en el artículo 80 de la LIRPF, a diferencia de lo que acontece respecto de los socios o partícipes personas jurídicas, cualquiera que sea el lugar de la residencia de la IIC.

4.2. Aplicación del régimen de fusiones y operaciones asimiladas

El capítulo IV del título II del RIIC establece las normas relativas a las operaciones de disolución, liquidación, transformación, fusión y escisión de IIC.

4.2.1. Fusión

Las operaciones de fusión y asimiladas, en sus distintas modalidades, entre IIC, son jurídicamente viables al amparo de lo previsto en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; la LIIC y el RIIC. En cuanto formalizadas con sujeción a esas normas, merecen la aplicación del régimen fiscal del capítulo VII del título VII de la LIS, aun cuando las entidades concernidas no revistan la forma de sociedad mercantil, sino de fondo de inversión, habida cuenta de que el artículo 76.6 de la LIS declara aplicable tal régimen a todos los contribuyentes del IS, con tal de que esas operaciones «produzcan resultados equivalentes» a los descritos en el apartado 1 del artículo 76.

La conclusión precedente también es válida para el caso de las fusiones transfronterizas, en cuanto las mismas sean jurídicamente viables, por cuanto el artículo 76.6 de la LIS ampara a todos los contribuyentes del IS, incluso a aquellos que, como las IIC, no están mencionados en el anexo 1 de la Directiva 2009/133/CE.

Son bastantes las consultas de la DGT que, tanto bajo el Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS), como de la LIS³², han declarado aplicable el régimen fiscal especial al caso

³² Consulta de la DGT V0773/2015, de 10 de marzo (NFC054277):

En el presente caso, se pretende efectuar la cesión en bloque del patrimonio de varios fondos de inversión, en el momento de su disolución sin liquidación, en favor de una SICAV residente en Luxemburgo y se asignaría a distintos compartimentos de la misma. Los partícipes de los fondos fusionados se convertirán en accionistas de la SICAV luxemburguesa recibiendo acciones representativas del correspondiente subfondo compartimento, pero no recibirán pago

de la absorción de IIC constituidas en España, sean fondos o sociedades de inversión, por IIC, sean fondos o sociedades de inversión.

Cuando la IIC adquirente resida en el extranjero, las plusvalías latentes en los activos financieros de las IIC españolas absorbidas deberán integrarse en sus bases imponibles, por cuanto tales activos no quedan afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español, como así lo exige el artículo 77.1 a) de la LIS³³. No será esto un obstáculo, habida cuenta del tipo de gravamen del 1 % y de la extensión de la valoración por el valor razonable establecida por las normas contables aplicables.

El efecto relevante del régimen fiscal especial se produce en sede de los socios o partícipes, pues las plusvalías latentes en sus acciones o participaciones no se gravarán, valorándose las acciones o participaciones recibidas por el valor de las entregadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 81 de la LIS.

Sabido es que la práctica administrativa, a raíz de la modificación introducida en la denominada «cláusula antiabuso» por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ha venido entendiendo que la acreditación de motivos económicos válidos es un requisito para la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones y operaciones asimiladas. Desde entonces, una nube de consultas se ha cernido sobre la DGT. Nótese que el legislador de la Ley 14/2000 animaba a ello³⁴, tal vez

en metálico alguno como consecuencia de la fusión, con independencia de cuál sea el tipo de canje, ya que se permite el fraccionamiento en decimales de las acciones del correspondiente compartimento absorbente.

Por tanto, si el supuesto de hecho a que se refiere la consulta se realiza en el ámbito mercantil, al amparo de lo dispuesto en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y conforme a lo establecido en la Ley de instituciones de inversión colectiva y en su reglamento de desarrollo, en relación con los fondos de inversión que intervienen en la fusión, y se cumple lo dispuesto en el artículo 76.1 de la LIS, dicha operación podría acogerse al régimen fiscal establecido en el capítulo VII del título VII de la LIS en las condiciones y requisitos exigidos en el mismo.

³³ Consulta de la DGT V2896/2017, de 13 de noviembre (NFC067094):

[...] se pretende fusionar una sociedad de inversión de capital variable (en adelante, SICAV) domiciliada fiscalmente en España, contribuyente del impuesto sobre sociedades, siendo la entidad absorbente una entidad SICAV luxemburguesa. Por tanto, en la medida en que los elementos patrimoniales de la entidad absorbida no quedaran afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español, la SICAV consultante deberá integrar en su base imponible las rentas derivadas de la transmisión de los elementos consecuencia de la fusión, en los términos previstos en el artículo 77.1 a) de la LIS [...].

³⁴ Artículo 110.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades, según redacción del artículo 2.6 de la Ley 14/2000:

2. No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la

impremeditadamente, pues la apreciación de la motivación de una operación rebasa el marco interpretativo de las normas tributarias; es tarea distinta de fijar el régimen, la clasificación o la calificación tributaria correspondientes al caso.

Las consultas sobre fusiones de las IIC han sido relativamente abundantes en los últimos años. En todas ellas, los consultantes han esgrimido razones bastantes similares y la DGT las ha venido considerando suficientes, en orden a la existencia de motivos económicos válidos, por más que en los círculos financieros haya venido flotando la noticia de que la verdadera finalidad de algunas de ellas pudiera ser la de evitar los efectos adversos de una eventual modificación legislativa temida a raíz de los pactos de investidura PP-Ciudadanos³⁵. Al parecer, algunos de los potencialmente afectados consideraron que la solución más inmediata era una absorción de las sociedades de inversión por fondos de inversión debidamente compartimentados, habida cuenta de que estos no estaban afectados por lo previsto en tales pactos, y otros decidieron que la medida más expeditiva era cruzar la frontera mediante una fusión por absorción con una IIC luxemburguesa³⁶, si bien alegando motivaciones extrafiscales³⁷.

reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

En los términos previstos en el artículo 107 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria, los interesados podrán formular consultas a la Administración tributaria sobre la aplicación y cumplimiento de este requisito en operaciones concretas, cuya contestación tendrá carácter vinculante para la aplicación del régimen especial del presente capítulo en este y cualesquiera otros tributos.

³⁵ Punto 8 del Pacto PP-Ciudadanos:

Devolver a la Agencia Tributaria el control fiscal de las SICAV, haciendo que las que no sean auténticas instituciones de inversiones colectivas no tributen al tipo privilegiado del 1 % sino al tipo general del impuesto de sociedades.

Se promoverá la apertura de las SICAV para que sean verdaderas instituciones de inversión colectiva y no vehículos de inversión privada de grandes fortunas con el objetivo de tributar menos. En particular, se introducirán modificaciones en el régimen de las SICAV para garantizar que estas sociedades se utilicen como instrumentos de inversión colectiva, finalidad para la que originalmente se crearon. Para lograr este fin, solo se computarán a efectos del número mínimo de 100 accionistas, los que tengan una participación superior al 0,55 % (RTVE, s. f., p. 5).

³⁶ «El miedo a inminentes cambios fiscales son un punto clave. "Las fusiones transfronterizas son un procedimiento reglado, que permite que la sicav cambie de jurisdicción de una forma menos complicada" [...]» (*Cinco Días*, 2017, octavo párrafo).

³⁷ Consulta de la DGT V2896/2017, de 13 de noviembre (NFC067094):

[...] mediante la operación de fusión con la SICAV luxemburguesa planteada se persigue abandonar el régimen regulatorio de las SICAV españolas, toda vez que en España estos vehículos gozan de una publicidad excesiva frente al gran público en cuanto a la identidad de los accionistas relevantes; y, adicionalmente, seguir en el marco de un vehículo de inversión sometido a reglas de armonización, que permiten un mayor control regulatorio de la gestión y la depositaria de los activos. Estos motivos pueden considerarse igualmente válidos a efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS [...].

En una operación de fusión de IIC puramente interna, el consultante, además de exponer un abigarrado conjunto de motivos económicos, en línea con los que habitualmente se habían venido exponiendo en consultas precedentes, indicó que también pretendía el diferimiento en la tributación de las plusvalías de los socios o partícipes de la IIC absorbida³⁸, lo que dio pie a que la DGT afirmara que:

Si bien estos motivos, en conjunto, pueden considerarse válidos a efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS, debe tenerse en cuenta que uno de estos motivos conlleva una ventaja fiscal, en caso de aplicación de un régimen de diferimiento en el IRPF en la transmisión de las participaciones del fondo de inversión. Por tanto, si el principal motivo de esta operación es acceder a ese diferimiento en caso de que resultará de aplicación, se entendería que la misma no es económicamente válida, por cuanto conllevaría principalmente una ventaja fiscal, cuestión que podrá ser analizada por los órganos de comprobación³⁹.

Hay, en toda la peripecia descrita, varias enseñanzas.

³⁸ Consulta de la DGT V1957/2016, de 9 de mayo (NFC060081):

En el escrito de consulta se indica que las operaciones planteadas se realizan con la finalidad de concentrar en una IIC la gestión de carteras e instituciones separadas, lo que redundará en el aumento de la eficiencia en la gestión; la mejora de las políticas de inversión, gracias al aumento del patrimonio de la entidad resultante; el ahorro de costes de administración y gestión por la unificación de instituciones sujetas a distintas exigencias regulatorias; alcanzar economías de escala que supongan una reducción del TER (*total expenses ratio*) para el inversor de ambas instituciones, como consecuencia de la eliminación de costes fijos duplicados y la reducción del coste unitario de costes variables; concentrar un mayor volumen de activos en un único vehículo inversor, consiguiendo que el fondo de inversión sea más atractivo para inversores futuros; mejorar la protección de los intereses de todos los inversores con independencia del volumen de inversión; mejorar la gestión en momentos de recesión por reducción del riesgo de desinversión forzada consecuencia del mayor volumen de activos gestionados y distribución del capital invertido; dotar de una mayor liquidez a los socios de la entidad; integrar a los socios de la entidad en una entidad acorde con el marco de la Unión Europea para los fondos de inversión; mejorar la seguridad de los socios de la entidad por efecto de la privacidad de la información sobre la titularidad de las participaciones significativas; y, finalmente, la aplicación del régimen de diferimiento en el impuesto sobre la renta de las personas físicas en la transmisión de las participaciones del fondo de inversión. Si bien estos motivos, en conjunto, pueden considerarse válidos a efectos del cumplimiento de lo previsto en el artículo 89.2 de la LIS, debe tenerse en cuenta que uno de estos motivos conlleva una ventaja fiscal, en caso de aplicación de un régimen de diferimiento en el IRPF en la transmisión de las participaciones del fondo de inversión. Por tanto si el principal motivo de esta operación es acceder a ese diferimiento en caso de que resultará de aplicación, se entendería que la misma no es económicamente válida, por cuanto conllevaría principalmente una ventaja fiscal, cuestión que podrá ser analizada por los órganos de comprobación.

³⁹ Vid. *Cinco Días* (2016).

En primer lugar, no parece que una fusión planeada para sortear una eventual reforma legislativa, cuyo modesto objetivo era garantizar el carácter colectivo de la inversión en sede de las sociedades de inversión, pudiera ser considerada como un motivo económico válido, pero de ahí no se infiere que la operación proyectada se hubiera de realizar con una finalidad fraudulenta, en el sentido de violentar el espíritu y finalidad de una norma vigente. En este sentido, difícilmente podía ser atacada mediante una norma antiabuso, aunque sí mediante la elevación de los motivos económicos válidos a la categoría de requisito de aplicación del régimen fiscal.

En segundo lugar, es claro que el diferimiento en la tributación de las plusvalías latentes no es un motivo económico válido, sino un efecto del régimen fiscal. Yerra el consultante al alegarlo bajo tal concepto, y arrastra al error a la DGT. Perseguir ese efecto fiscal no puede, sin embargo, calificar la operación de fraudulenta. Como tampoco puede rechazarse la aplicación del régimen fiscal especial por razón de que la operación se realice para engendrar legítimamente una situación apropiada a los efectos de disfrutar de un mejor régimen fiscal⁴⁰.

Seguramente, se está ante un episodio más de las distorsiones generadas por la incorrecta trasposición de la cláusula antiabuso de la Directiva 90/434/CEE a raíz de la Ley 14/2000.

Ahora bien, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 8 de marzo de 2007 (asunto C-14/16 –NFJ065785–) caso Euro Park Service, en la que el TJUE advirtió que:

[...] en la medida en que la norma controvertida en el asunto principal exige de forma sistemática e incondicional para conceder el beneficio de la tributación diferida de las plusvalías en virtud de la Directiva 90/434, que el contribuyente acredite que la operación en cuestión está justificada por un motivo económico y que no tiene como objetivo principal el fraude o la evasión fiscales, sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba de la falta de motivos económicos válidos o de indicios de fraude o evasión fiscales (apartado 56),

tal norma pugna con el principio de seguridad jurídica y con el tenor literal y el espíritu y finalidad del artículo 11.1 de la Directiva 90/434/CEE. Parece claro que la tesis de la acreditación de los motivos económicos válidos, a modo de requisito para la aplicación del régimen

⁴⁰ Consulta de la DGT V0760/2008, de 10 de abril (NFC029019):

[...] En el escrito de consulta se indica que la operación planteada se realiza con la finalidad de obtener unas ventajas estructurales y operativas, sin perjuicio de que se obtendrá una ventaja fiscal indirecta [...] de manera que existiendo motivos económicos que justifican la operación, no es impedimento que con esta se consiga además una mayor eficiencia fiscal, como puede ser la aplicación futura de lo establecido en el artículo 94.1 de la Ley 35/2006 para los socios de una de las sociedades fusionadas [...].

fiscal, ha periclitado. En este sentido, tal vez fuese oportuna una reconsideración de la doctrina administrativa sobre el particular⁴¹, a lo que da pie el último inciso del artículo 89.2 de la LIS, a cuyo tenor, las actuaciones de regularización administrativa «eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal».

En tercer lugar, hay que tener presente que toda modificación de la normativa fiscal que afecte a los activos financieros ha de contar con que la libertad de movimiento de capitales puede no solo frustrar los objetivos pretendidos, por muy loables que estos sean, sino provocar efectos contraproducentes.

Cuando la IIC transmitente tribute al tipo general de gravamen y la adquirente lo haga al tipo especial reducido del 1 %, se aplicará lo previsto en el último párrafo del artículo 77.1 de la LIS, a cuyo tenor:

Se excluirán de la base imponible las rentas derivadas de las operaciones a que se refiere este apartado aunque la entidad adquirente disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial. Cuando la entidad adquirente disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial distinto de la transmitente, la renta derivada de la transmisión de elementos patrimoniales existentes en el momento de la operación, realizada con posterioridad a esta, se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario durante el tiempo de tenencia del elemento transmitido. La parte de dicha renta generada hasta el momento de realización de la operación será gravada aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiera correspondido a la entidad transmitente.

Se observará que el precepto no contempla el caso en que la entidad adquirente tribute al tipo general de gravamen y la transmitente lo haga al tipo especial reducido del 1 %.

En fin, en cuanto a la subrogación en los derechos y obligaciones tributarias, se aplicarán las reglas previstas en el artículo 84 de la LIS.

La doctrina administrativa ha considerado que la agrupación de dos compartimentos de un mismo fondo no constituye una operación de fusión⁴².

⁴¹ Siguiendo a Delgado:

[...] la sentencia Europark nos trae dos elementos de importancia [...] exigiendo que sea la Administración tributaria la que deba comenzar aportando los indicios de fraude o de ausencia de motivos económicos válidos [...] (Delgado, 2018, p. 343).

⁴² Consulta de la DGT V1788/2005, de 16 de septiembre (NFC040654):

[...] en la medida en que las operaciones planteadas se realizan entre compartimentos de fondos de una SICAV o subfondos, que no tienen la consideración de entidades independientes a efectos fiscales, ni tampoco les resulta de aplicación la Directiva 90/434/CEE, no podrán aplicar el régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS [...].

4.2.2. Aportaciones no dinerarias

Bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 87 de la LIS, podrán realizarse aportaciones de acciones o participaciones a las sociedades de inversión colectiva, bajo el régimen de diferimiento propio del capítulo VII del título VII de dicha ley.

No obstante, la consulta de la DGT 521/1998, de 1 de abril (NFC074155), vigente con la Ley 43/1995, negó tal posibilidad por entender que la tributación al 1 % equivalía a una exención. Sin embargo, este criterio ha de entenderse superado en virtud de lo previsto en el último párrafo del artículo 77.1 de la LIS, concerniente a las operaciones en las que la entidad adquirente «disfrute de la aplicación de un tipo de gravamen o un régimen tributario especial».

Es cierto, sin embargo, que este precepto se proyecta respecto de operaciones trabadas entre entidades, de manera tal que no parece cubrir las aportaciones no dinerarias realizadas por personas físicas. Sin embargo, cabe interpretar que el artículo 87.1 de la LIS supera esa limitación, en la medida en que declara aplicable en bloque el régimen del capítulo VII del título VII a las aportaciones no dinerarias realizadas por contribuyentes del IRPF, bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en aquel. En tal caso, el tipo de gravamen aplicable respecto de la ulterior plusvalía, en la parte lineal correspondiente, debería ser el de la escala del ahorro del IRPF.

Con todo, es posible que la doctrina o la práctica administrativa sigan contemplando con reticencia esta operación, habida cuenta de la gran disparidad existente entre la tributación de las rentas, sean dividendos o ganancias patrimoniales, en sede de las personas físicas o en sede de las IIC. Esa disparidad es, precisamente, la que anima lo previsto en el artículo 21.4 b) de la LIS, según redacción del 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 social⁴³, de manera tal que la parte de plusvalía generada con anterioridad a la aportación no disfruta de exención.

⁴³ Artículo 21.4 b) de la LIS:

En los siguientes supuestos, la aplicación de la exención prevista en el apartado anterior tendrá las especialidades que se indican a continuación:

[...]

b) Cuando la participación en la entidad hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VII del título VII de esta ley y la aplicación de dichas reglas hubiera determinado la no integración de rentas en la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, derivadas de la aportación de participaciones en entidades.

En este supuesto, cuando las referidas participaciones sean objeto de transmisión en los dos años posteriores a la fecha en que se realizó la operación de aportación, la exención no se aplicará sobre la diferencia positiva entre el valor fiscal de las participaciones recibidas por la entidad adquirente y el valor de mercado en el momento de su adquisición, salvo que se acredite que las personas físicas han transmitido su participación en la entidad durante el referido plazo.

Esta norma también es aplicable para determinar la base imponible de las IIC, pero no cierra el paso a la aplicación, antes comentada, del mandato del artículo 77.1 en relación con el artículo 87.1 de la LIS. Así pues, la parte de plusvalía afectada por la restricción a la aplicación de la exención se integrará plenamente en la base imponible, pero no tributará al tipo especial reducido del 1 %, sino al de la escala del ahorro del IRPF.

Ciertamente, el criterio precedente podría ser tachado de imaginativo o esotérico. Sin embargo, admitiendo lo esotérico de una tributación en sede del IS por un tipo de gravamen del IRPF, no podrá negarse que el mismo responde a la filosofía de la norma aplicable, esto es, no rechazar el régimen de diferimiento por causa de la diferencia de tipos de gravamen, pero sin permitir la aplicación del tipo diferente respecto de rentas existentes en el momento de realizar la operación de aportación.

En cuanto a la extensión de la renta derivada de elementos patrimoniales existentes en el momento de la operación, parece claro que los elementos patrimoniales existentes son las acciones o participaciones aportadas, y que la renta derivada de los mismos lo serán las ganancias patrimoniales inherentes a su transmisión en la parte generada antes de la aportación, pero también los dividendos correspondientes a beneficios inequívocamente existentes en el momento de la realización de la aportación. Por el contrario, los dividendos imputables a beneficios generados con posterioridad no serán rentas existentes en el momento de la operación. Estos dividendos sí podrán tributar al tipo especial reducido del 1 %. No obstante, podría extenderse la condición de rentas existentes en el momento de la aportación a los dividendos nutridos con beneficios obtenidos en la transmisión de activos de la entidad participada en la parte imputable a un tiempo anterior a la aportación.

Estos dividendos no formarán parte del resultado contable, sino que minorarán el valor de adquisición de la participación, pero sí podrán hacerlo de la base imponible, por cuanto el valor fiscal difiere del contable. En tal caso, esa renta será gravada aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiere correspondido a la entidad transmitente que –obsérvese bien– puede ser también una persona física.

4.2.3. Transformación

El artículo 25 de la LIIC prevé tres supuestos de transformación:

- De una IIC en otra IIC.
- De una sociedad de inversión colectiva en una sociedad mercantil.
- De una sociedad anónima en una sociedad de inversión colectiva.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 27.2 d) de la LIS, el periodo impositivo concluye:

Cuando se produzca la transformación de la forma societaria de la entidad, o la modificación de su estatuto o de su régimen jurídico, y ello determine la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario distinto.

Pues bien, las transformaciones señaladas en segundo y tercer lugar inciden, de pleno, en el supuesto de hecho contemplado en la norma transcrita. En consecuencia, la entidad transformada concluye su periodo impositivo y la resultante de la transformación inicia su primer periodo impositivo. A partir de aquí se plantean dos problemas. El primero, el de la continuidad en los créditos fiscales, y el segundo, el de la tributación de las plusvalías realizadas después de la transformación, pero ya latentes, total o parcialmente, en el momento de producirse la misma.

La norma citada resuelve el segundo mediante una regla de proporcionalidad, de manera tal que la parte de plusvalía realizada que estaba latente en el momento de la transformación se gravará aplicando el tipo de gravamen y el régimen tributario que hubiera correspondido a la entidad de haber conservado su forma, estatuto o régimen originario⁴⁴.

Es interesante subrayar que la transformación de una sociedad mercantil en una SICAV, por sí sola, no dará lugar a la extinción del periodo impositivo. En efecto, es necesario

⁴⁴ Consulta de la DGT V4692/2016, de 4 de noviembre (NFC062788):

[...] En primer lugar, se plantea la transformación de la SICAV S en una sociedad de responsabilidad limitada [...] La aplicación de dicho precepto exige que se cumplan dos condiciones: la primera, que tenga lugar la transformación de la forma societaria de la entidad, o la modificación de su estatuto o de su régimen jurídico; la segunda, que ello suponga la aplicación de un tipo de gravamen diferente del aplicable hasta entonces o la aplicación de un régimen tributario distinto. Esta segunda condición se produce en este caso concreto, ya que la consultante, sociedad que tributaba en el impuesto sobre sociedades al tipo impositivo del 1 %, pasará a tributar al tipo general de gravamen del impuesto. En relación con la primera condición señalada, se produce una alteración en el régimen jurídico de la entidad consultante, puesto que con carácter previo a su transformación, se encontraba sometida a la normativa propia de las instituciones de inversión colectiva, es decir, a la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

En definitiva, en el supuesto descrito en la consulta será de aplicación lo establecido en el artículo 27.2 d) de la LIS, por lo que la transformación de la consultante, en virtud de la cual deja de tener la consideración de sociedad de inversión inmobiliaria, supondrá, en primer lugar, la conclusión del periodo impositivo en la fecha en que dicha transformación produzca sus efectos jurídicos y, en segundo lugar, el inicio de un nuevo periodo impositivo en que la sociedad tributará con arreglo a un régimen tributario distinto en el impuesto sobre sociedades, debiendo calcular la renta generada en la transmisión de elementos patrimoniales que se produzca con posterioridad a la fecha de transformación, según indica el segundo párrafo del citado precepto.

que la entidad resultante de la transformación tribute al tipo especial reducido de gravamen del 1 %; esto es, que cumpla con el requisito del número mínimo de socios previsto en la LIIC⁴⁵.

En cuanto al primero, en ausencia de normas específicas, y teniendo en cuenta que la transformación no determina la extinción de la entidad, ha de concluirse en la continuidad de los créditos fiscales, en particular de las bases imponibles negativas pendientes de compensación⁴⁶, pero no en la rehabilitación de los créditos fiscales que no nacieron debido al régimen fiscal aplicable en el periodo impositivo en que se produjeron los hechos constitutivos.

⁴⁵ Consulta de la DGT V3768/2015, de 30 de noviembre (NFC057031):

[...] La aplicación del artículo 27.2 d) de la LIS exige que se cumplan dos condiciones: la primera, que tenga lugar la transformación de la forma societaria de la entidad, o la modificación de su estatuto o de su régimen jurídico; la segunda, que ello suponga la aplicación de un tipo de gravamen diferente del aplicable hasta entonces o la aplicación de un régimen tributario especial.

Por tanto, en la medida en que la SICAV tenga un número de socios inferior a lo establecido en el artículo 9.4 de la Ley 35/2003, no podrá aplicar el tipo de gravamen del 1 % previsto en el artículo 29.4 de la LIS, y en consecuencia, la transformación no cumple el segundo requisito previsto en el artículo 27.2 de la LIS por lo que no se producirá la conclusión del periodo impositivo con los efectos que ello conlleva.

En consecuencia, en el supuesto concreto planteado en el escrito de la consulta, la transformación de la consultante sociedad limitada en una SICAV (sociedad anónima con 3 socios), no producirá la conclusión del periodo impositivo a que se refiere el artículo 27.2 de la LIS. Ello obedece a que en este caso, la transformación de la forma jurídica de la entidad no da lugar a ninguno de los supuestos previstos en el artículo 27.2 de la LIS, dado que no supone la extinción de la entidad, ni un cambio de residencia de la entidad residente en territorio español al extranjero, ni la no sujeción al impuesto sobre sociedades de la entidad resultante ni la transformación de la forma societaria de la entidad, o la modificación de su estatuto o de su régimen jurídico que determine la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario distinto.

⁴⁶ Consultas de la DGT V0534/2008, de 10 de marzo (NFC028835), y V2225/2011, de 23 de septiembre (NFC042471):

[...] El artículo 25.1 del TRLIS, señala que «las bases imponibles negativas que hayan sido objeto liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los periodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos».

En cualquier caso, dicho precepto no establece ninguna especialidad en función del régimen general o especial en el que se generaron las bases imponibles negativas. Por tanto, en el caso planteado por la consultante, las bases negativas generadas en los periodos impositivos en que tributaba en el régimen especial de las IIC podrán ser compensadas con las rentas positivas de los periodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos. Dicho plazo se contará a partir de la finalización de cada uno de los periodos impositivos en que se generaron dichas bases imponibles negativas [...].

4.2.4. Escisión

El artículo 76.2 de la LIS contempla cuatro supuestos de escisión; a saber: la escisión total, la escisión parcial de ramas de actividad, la escisión parcial de participaciones significativas y la escisión total no proporcional. En principio, todas ellas están al alcance de las IIC, habida cuenta de que el artículo 47 del RIIC no establece cortapisa alguna.

La escisión parcial y la escisión total no proporcional requieren que el patrimonio escindido constituya una rama de actividad en el sentido del artículo 76.3 de la LIS. La doctrina administrativa sobre el particular, que proyecta tal exigencia tanto respecto de la entidad transmitente como de la adquirente, es refractaria a admitir la escisión parcial de IIC⁴⁷. Por tanto, la escisión parcial de una IIC determina, en sede de los socios o partícipes personas físicas, una ganancia patrimonial, amparable en el diferimiento por reinversión bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto, o una pérdida patrimonial, y una renta positiva o negativa, en sede de los socios personas jurídicas.

No obstante, la doctrina administrativa, para el caso particular en que la IIC de nueva creación no tuviera otra finalidad que la de liquidar el patrimonio recibido y reembolsar a

⁴⁷ Consulta de la DGT V1216/2011, de 16 de mayo (NFC041465):

[...] Así pues, solo aquellas operaciones de escisión parcial en las que el patrimonio segregado constituya una unidad económica y permita por sí mismo el desarrollo de una explotación económica en sede de la adquirente, manteniéndose asimismo bajo la titularidad de la entidad escindida elementos patrimoniales que igualmente constituyan una o varias ramas de actividad, podrán disfrutar del régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS. Ahora bien, tal concepto fiscal no excluye la exigencia, implícita en el concepto de «rama de actividad», de que la actividad económica que la adquirente desarrollará de manera autónoma exista también previamente en sede de la transmitente, permitiendo así la identificación de un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma.

El propio concepto de rama de actividad requiere la existencia de una organización empresarial diferenciada para cada conjunto patrimonial, que determine la existencia autónoma de una actividad económica que permita identificar un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma, lo cual exige que esta autonomía sea motivada por la diferente naturaleza de las actividades desarrolladas por cada rama o, existiendo una única actividad, en función del destino y naturaleza de estos elementos patrimoniales, que requiera de una organización separada como consecuencia de las especialidades existentes en su explotación económica que exija de un modelo de gestión diferenciado determinante de diferentes explotaciones económicas autónomas.

De la regulación financiera señalada se desprende que la institución de inversión colectiva original no cuenta con la requerida organización y gestión diferenciada, tanto respecto del patrimonio que se escinde como respecto del patrimonio que permanece en la entidad escindida, de manera que ninguno de los dos puede encuadrarse en el concepto fiscal de «rama de actividad». Por tanto, la operación de escisión parcial a que se refiere la consulta no cumpliría los requisitos formales del artículo 83.2 del TRLIS para acogerse al régimen fiscal especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS [...].

los partícipes, ha entendido que faltaba el componente de variación de valor, de manera tal que no concurría la ganancia o pérdida patrimonial⁴⁸.

4.2.5. Disolución y liquidación

El artículo 35 del RIIC regula la disolución y liquidación. Una vez acordada la disolución, se abre el periodo de liquidación. Durante el mismo, la IIC subsiste como tal, pues solamente, «una vez efectuado el reparto total del patrimonio, la SGIIIC y el depositario solicitarán la cancelación de los asientos referentes al fondo en el registro de la CNMV que corresponda y, en su caso, en el Registro Mercantil».

Por consiguiente, las rentas derivadas de la transmisión de los activos de la IIC tributarán al tipo especial del 1 % bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto, y las rentas obtenidas por los socios o partícipes tributarán de la misma forma a cómo lo hacen las derivadas del reembolso ordinario o transmisión de la participación o acción.

4.3. Transparencia fiscal internacional

La transparencia fiscal internacional descansa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 100 de la LIS y 91 de la LIRPF, sobre tres ejes; a saber: control de una entidad no

⁴⁸ *Ibid.*:

[...] Por otra parte, el patrimonio de la nueva institución o compartimento queda exclusivamente integrado por los referidos activos escindidos, y la única finalidad de la institución es proceder a la liquidación ordenada de tales activos y a realizar su pago a los socios o partícipes mediante el reembolso o recompra de las participaciones o acciones asignadas, con exclusión de cualquier otra actividad de captación e inversión de recursos, al quedar excluida por la norma financiera la emisión de nuevas acciones o participaciones.

Por tanto, las acciones o participaciones recibidas de la nueva institución o compartimento solo suponen un cambio cualitativo en la composición patrimonial del contribuyente.

Estas características determinan que la alteración producida en el patrimonio del contribuyente como consecuencia de la asignación de las acciones o participaciones en la nueva institución o compartimento no suponga, sin embargo, variación alguna en su valor, ni, por tanto, exista ganancia o pérdida patrimonial en la operación, en la medida en que, como queda señalado, las nuevas participaciones recibidas se correspondan, en su valor, con el mismo porcentaje de participación que en los activos escindidos resultaba previamente atribuible al contribuyente por su inversión en la institución de inversión colectiva original, de forma que, en conjunto, entre las participaciones de la institución escindida parcialmente, y las de la nueva institución recibidas, se mantenga el mismo valor que tenían sus participaciones en la institución de inversión colectiva original [...].

residente por personas o entidades residentes, tributación privilegiada de la entidad no residente, y naturaleza pasiva de las rentas por ella obtenidas.

Las rentas que obtienen las IIC no residentes –intereses, dividendos y plusvalías– son de naturaleza pasiva y su régimen fiscal suele diferir del común o general, en el sentido de ser más liviano y, aun cuando la concurrencia del control pudiera parecer repelido por la nota de colectividad, es lo cierto que una IIC puede estar participada mayoritariamente por una persona o un conjunto de personas y/o entidades vinculadas.

En suma, en particular respecto de aquellas que adoptan la forma jurídica de sociedades, pueden concurrir las circunstancias que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 100 de la LIS y 91 de la LIRPF, determinan la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, de manera tal que las rentas obtenidas por las mismas deban tributar en sede de sus socios o partícipes residentes en territorio español mediante la técnica tributaria de la imputación.

En el caso de socios personas físicas, deberán hacerlo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 de la LIRPF, en concepto de renta general y, por tanto, sujeta a la escala general, siendo así que las rentas derivadas de la participación sobre una IIC, sea nacional o extranjera, cualquiera que sea su régimen jurídico, tributan en concepto de renta del ahorro a los menos exigentes tipos de gravamen del ahorro.

De esta manera, la transparencia fiscal internacional determina el tránsito de un régimen fiscal privilegiado a otro marcadamente exigente, si se toma como término de comparación el régimen de los rendimientos del capital mobiliario. En efecto, la transparencia fiscal internacional, de una parte, anula el privilegio del diferimiento de la tributación de la renta obtenida a través de la IIC y, de otra, precipita la misma en la tarifa general progresiva.

Bien se comprende que esta forma de tributación implica una tributación más gravosa que la de los socios o partícipes de las IIC residentes en territorio español reguladas en la LIIC, lo cual plantea la cuestión de la pertinencia de su aplicación en relación con los mandatos del derecho de la Unión Europea y de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Los artículos 100.16 de la LIS y 91.15 de la LIRPF inaplican la transparencia fiscal internacional respecto de las IIC constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro y reguladas en la Directiva 2009/65/CE. Quedan, por tanto, fuera de la exclusión y, consecuentemente, bajo la eventual sujeción a la transparencia fiscal internacional, las rentas obtenidas por las IIC constituidas en un Estado miembro no reguladas por la referida directiva, así como por las IIC constituidas en Estados terceros, incluso si estuvieren sujetas a un régimen jurídico equivalente al establecido en la LIIC. Más adelante se examina la posible incidencia de la libertad de movimiento de capitales.

A la misma conclusión hubiera podido llegarse, simplemente, considerando que los socios o partícipes de las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE están sujetos a un régimen tributario específico⁴⁹.

En fin, por lo que se refiere a los convenios para evitar la doble imposición internacional, es claro que los mismos, de acuerdo con el comentario 81 al artículo 1 del modelo de convenio de la OCDE (2017), no impiden la aplicación de la transparencia fiscal internacional, de manera tal que aun cuando las IIC puedan ser consideradas como personas con derecho a la aplicación de los convenios bilaterales, sus socios o partícipes podrán estar sujetos a transparencia fiscal internacional. En este sentido, el comentario 47 al artículo 1 del modelo de convenio de la OCDE (2017) indica que tal circunstancia «no restringe en modo alguno el derecho del Estado de la fuente para gravar a sus propios residentes en cuanto inversores de una CIV»⁵⁰.

⁴⁹ Consulta de la DGT V1593/2017, de 21 de junio (NFC065396):

[...] Conforme a dicho artículo 53, los socios o partícipes que tengan la consideración de contribuyentes del impuesto sobre sociedades integrarán en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos por las instituciones, así como las rentas derivadas de la transmisión de acciones o participaciones o del reembolso de estas, sin que les resulte posible aplicar la exención prevista en el artículo 21 de la LIS, ni las deducciones para evitar la doble imposición internacional previstas en los artículos 31 y 32 de la misma ley. Además el artículo 17.6 de la LIS establece un tratamiento específico para las reducciones de capital con devolución de aportaciones y distribuciones de prima de emisión realizadas por las sociedades de inversión de capital variable.

[...] La aplicación de este régimen conlleva que la tributación por las inversiones en la IIC tendrá lugar con ocasión de la realización de una distribución o con ocasión del reembolso o transmisión de la participación, lo que excluye la aplicación del régimen especial de imputación de rentas positivas obtenidas por entidades no residentes previsto en el artículo 100 de la LIS [...].

[...] De acuerdo con el apartado 1 del artículo 94 de la LIRPF, los socios o partícipes, contribuyentes del IRPF, deben imputar, conforme a las normas de dicha ley, las ganancias o pérdidas patrimoniales obtenidas como consecuencia de la transmisión de las acciones o participaciones o del reembolso de estas últimas, así como los resultados distribuidos por las IIC y, en el caso de sociedades de inversión de capital variable, las percepciones derivadas de reducciones de capital que tengan por finalidad la devolución de aportaciones, y de distribución de la prima de emisión, con el alcance previsto respectivamente en las letras c) y d) de dicho apartado 1 [...].

La remisión efectuada en el apartado 2 a) del artículo 94 de la LIRPF al régimen tributario regulado en su apartado 1, sucintamente referido en el párrafo anterior, implica que no sea de aplicación a los contribuyentes que sean socios o partícipes de la IIC el régimen especial de imputación por transparencia fiscal internacional regulado en el artículo 91 de la LIRPF, ni el régimen de atribución de rentas regulado en los artículos 86 a 90 de la misma ley.

⁵⁰ Traducción del autor.

4.4. Tributación de salida

La tributación de salida grava las plusvalías latentes con ocasión de un desplazamiento transfronterizo de la residencia, de activos o de actividades. Puede afectar tanto a las IIC como a sus partícipes, ya sean personas físicas o jurídicas.

4.4.1. Tributación de salida de la IIC

La transferencia del domicilio social de una IIC al extranjero normalmente llevará aparejada la pérdida de la residencia fiscal, lo que determina, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.1 de la LIS, que se integre «en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor fiscal de los elementos» constitutivos del patrimonio de la misma. Esa diferencia estará sujeta a las especificidades de la formación de la base imponible de las IIC. Por tanto, no será aplicable la exención del artículo 21 de la LIS.

No obstante, esa diferencia no se integrará en la base imponible en la medida en que todos o parte de los elementos patrimoniales determinen la existencia de un establecimiento permanente en el sentido del artículo 13.1 del TRLIRNR.

A la renta así determinada, conjuntamente con las restantes que configuren la base imponible, le será de aplicación el tipo de gravamen del 1 % bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 29.4 de la LIS.

Las rentas que, en lo sucesivo, obtenga la IIC podrán tributar por el IRNR, en cuanto sean obtenidas en territorio español, de acuerdo con los puntos de conexión establecidos en el artículo 13 del TRLIRNR.

Los socios o partícipes residentes en territorio español pasan a ser miembros de una IIC no residente en territorio español, de manera tal que la tributación sobre las rentas que en lo sucesivo obtengan atenderá a la nueva situación.

Los socios o partícipes residentes en el extranjero pierden todo punto de conexión con la jurisdicción fiscal española. Sin embargo, por causa de esa circunstancia no se devenga tributo alguno. En efecto, la tributación de salida solo se exige en el IRNR en relación con los contribuyentes que obtienen rentas en España mediante establecimiento permanente. Por tanto, la plusvalía latente, acumulada durante el tiempo en el que la IIC fue residente en territorio español, no tributará en España.

4.4.2. Tributación de los socios o partícipes de la IIC

El traslado de la residencia fiscal al extranjero del socio o partícipe de una IIC, ya sea nacional o extranjera, determina, de acuerdo con lo previsto en el artículo 95 bis.3 c) de la

LIRPF, la integración en la base imponible del ahorro del IRPF, en concepto de ganancia patrimonial, de la diferencia positiva entre el valor liquidativo, calculado de acuerdo con lo previsto en la LIIC, y el valor de adquisición de las acciones o participaciones, cuando concurren las circunstancias previstas en dicho precepto.

Cuando no existiera valor liquidativo, se tomará el valor del patrimonio neto que corresponda a las acciones o participaciones, resultante del balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la citada fecha de devengo, salvo prueba de un valor de mercado distinto.

4.5. Régimen de atribución

Las IIC constituidas en España son sujetos pasivos del IS en los términos anteriormente expuestos. Sin embargo, un patrimonio colectivo que cumpla las funciones propias de una IIC, pero que no se halle regulado por la LIIC habrá de calificarse como comunidad de bienes de las mencionadas en los artículos 6 de la LIS y 8.3 de la LIRPF. En tal caso, las rentas que acrezcan al mismo serán imputadas, en régimen de atribución, a sus partícipes. Estos patrimonios colectivos, y sus miembros, por tanto, están al margen del régimen fiscal especial de las IIC y de sus partícipes regulado en la LIRPF y en la LIS.

La entidad en régimen de atribución no tributa por ninguno de los impuestos que gravan la obtención de renta. Son sus miembros quienes soportarán la tributación pertinente mediante la atribución de las rentas.

La identificación de una entidad constituida con arreglo a las leyes españolas como entidad en régimen de atribución se ve facilitada por el dato de la personalidad jurídica. Así, un patrimonio colectivo constituido bajo un régimen jurídico que otorgue personalidad jurídica no incurrirá en el régimen de atribución.

Tratándose de entidades constituidas en el extranjero, la tarea es más compleja. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 del TRLIRNR, el régimen de atribución se aplica a las entidades no «residentes cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas», de manera tal que establecer los términos de la analogía y su valoración no siempre será tarea sencilla. El dato de la personalidad jurídica puede ser relevante, pero solo en la medida en que se gane en el extranjero en función de requisitos análogos a los previstos en nuestro ordenamiento jurídico y de que implique consecuencias jurídicas igualmente análogas.

Ya en el campo de la inversión colectiva, considerando la diversidad de las formas jurídicas, régimen de funcionamiento y propósitos que atañen a las entidades no residentes que poseen activos financieros, es lo cierto que algunas de ellas pudieran ser tratadas como entidades en régimen de atribución.

En la consulta de la DGT V1319/2005, de 4 de julio (NFC021120), ante una entidad británica en la que existía un régimen de responsabilidad mixto de los socios y tributación en régimen de transparencia⁵¹, se dijo que:

[...] se puede considerar que el «Limited Liability Partnership» constituido con arreglo a la ley del Reino Unido tiene una naturaleza jurídica idéntica o análoga a la de las entidades en régimen de atribución de rentas constituidas con arreglo a la ley española, a las que se refiere el artículo 10 de texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas y normas tributarias, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2004, de 5 de marzo (en adelante TR de la LIRPF); en consecuencia, a efectos de su tributación en España será de aplicación lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo V del TR de la LIRNR.

La consulta de la DGT V2414/2016, de 2 de junio (NFC060164), ante un fondo de inversión constituido en Suiza, carente de personalidad jurídica y transparente fiscalmente⁵², sostuvo la calificación de entidad en régimen de atribución argumentando que:

Un elemento definitorio es el hecho de que se trate de entidades sometidas a un régimen de atribución de rentas, es decir, que no sean contribuyentes por sí mismas de ningún impuesto, sino que lo sean sus socios o partícipes.

⁵¹ Consulta de la DGT V1319/2005, de 4 de julio (NFC021120):

De acuerdo con la información aportada por la consultante, las principales características del «Limited Liability Partnership» (LLP) constituida en Reino Unido, son las siguientes:

- 1.º Los miembros son apoderados del LLP y tienen capacidad para vincular al LLP, aunque esta capacidad puede ser limitada por acuerdo entre los miembros.
- 2.º Los miembros de la entidad responden frente a terceros de forma ilimitada por los actos que hayan realizado como apoderados del LLP, pero de forma limitada respecto de las demás obligaciones del LLP.
- 3.º El LLP no tiene su capital dividido en acciones.
- 4.º Los miembros tienen derecho directo a los beneficios de la entidad, en proporción a sus aportaciones.
- 5.º El LLP tributa en régimen de transparencia fiscal, no estando sujeta a impuestos sobre beneficios en el Reino Unido; las rentas que obtenga se atribuyen y someten a imposición en sede de sus miembros, como si la actividad fuera desarrollada por ellos.

⁵² Consulta de la DGT V2414/2016, de 2 de junio (NFC060164):

De acuerdo con la información aportada por el consultante, el fondo de inversión suizo, denominado «FCP», tiene las siguientes características:

- No tiene personalidad jurídica propia.
- Es gestionado por una sociedad gestora.
- Limita la responsabilidad de los partícipes al límite de sus aportaciones.
- Es considerado transparente a efectos fiscales, de forma que sus rentas no tributarán a nivel del «FCP», sino que se atribuyen directamente a los partícipes.

La consulta de la DGT V3322/2016, de 14 de julio (NFC061741), ante una entidad británica denominada *Authorised Contractual Scheme*, retomó el criterio precedente⁵³, de manera tal que:

[...] sobre la base de las características que concurren en este tipo de vehículo de inversión, se puede concluir que el ACS tiene una naturaleza jurídica idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas y, en consecuencia, a efectos de su tributación en España será de aplicación lo dispuesto en la sección 2.^a del capítulo V del TRLIRNR.

Tienen en común las tres contestaciones el énfasis que ponen en que son los socios o partícipes los que, de acuerdo con la legislación del país de constitución de la entidad, deben tributar sobre las rentas que afluyen a la misma. Sin embargo, el artículo 37 de la LIRNR apunta hacia la naturaleza jurídica. Con todo, el enfoque de la DGT es, cuando menos, pragmático.

El régimen de atribución, tanto de la entidad residente como de la no residente, despoja a los socios o partícipes, tanto personas físicas como jurídicas, de la ventaja fundamental del régimen de las IIC y sus partícipes, esto es, la posibilidad de acumular las rentas en sede de la IIC sin tributación o con una tributación simbólica. Amén de lanzarles a ciertas complejidades de técnica tributaria, inherentes a las reglas de cálculo de las rentas atribuidas, previstas en el artículo 87 de la LIRPF.

La IIC extranjera no será contribuyente del IRNR, sino que lo serán sus socios o partícipes no residentes en territorio español en razón a las rentas que se obtengan en territorio español. Serán ellos los que sufrirán las retenciones a cuenta del IRNR sobre los rendimientos de los activos financieros que compongan el patrimonio de la IIC en los términos previstos en el artículo 39 del TRLIRNR.

⁵³ Consulta de la DGT V3322/2016, de 14 de julio (NFC061741):

De acuerdo con la información contenida en el escrito de consulta presentado, el «*Authorised Contractual Scheme*», en adelante «ACS», tiene las siguientes características:

Carece de personalidad jurídica propia separada de la de sus partícipes;

Su gestión se encarga a una entidad gestora;

No cuenta con capital social. Los partícipes cuentan con un derecho prorrateado sobre los activos y pasivos agrupados en el vehículo de inversión, representado mediante las participaciones o unidades emitidas por la entidad gestora;

Los partícipes tienen derecho a la parte proporcional de los beneficios obtenidos a medida que se vayan materializando;

Limita la responsabilidad de los partícipes al importe de sus respectivas inversiones; y

Es considerado transparente a efectos fiscales en el Reino Unido.

En todo caso, el régimen de atribución no será predicable de las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE⁵⁴ por cuanto los artículos 53.2 de la LIS y 94.2 de la LIRPF homologan el régimen fiscal de los socios o partícipes de las mismas con el de aquellos que lo son de las IIC amparadas por la LIIC que, como es sabido, no es de atribución. No puede decirse otro tanto de las IIC libre (FIA), incluso si sus entidades gestoras están sujetas a la Directiva 2011/61/UE, habida cuenta de la gran variedad de formas jurídicas que se albergan en tal conjunto⁵⁵.

Con todo, la consulta de la DGT V3322/2016, de 14 de julio (NFC061741) entendió, ante un vehículo inversor (*Authorised Contractual Scheme*), que previamente había calificado como sujeto a atribución, que:

[...] en el supuesto de que el ACS tenga la consideración de una institución de inversión colectiva regulada por la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, también podría resultar de aplicación la exención contenida en la letra l) del mismo artículo [art. 14.1 del TRLIRNR] [...].

He aquí, pues, la figura de una entidad que, por su naturaleza y régimen jurídico de acuerdo con la legislación del Estado miembro en el que se halla constituida, merece la calificación de entidad en atribución a tenor de la legislación fiscal española, pero que, al tiempo, tal legislación, al mediar el amparo de la Directiva 2009/65/CE, establece, respecto de sus socios o partícipes residentes en territorio español, un régimen que no es el de atribución.

El dilema debe resolverse a favor de la norma especial. Así, un vehículo inversor acogido a la Directiva 2009/65/CE puede tener una naturaleza idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas, pero sus socios o partícipes no tributarán en régimen de atribución, sino de acuerdo con lo previsto en los artículos 53.2 de la LIS y 94.2 de la LIRPF.

⁵⁴ Consulta de la DGT V1593/2017, de 21 de junio (NFC065396):

[...] La remisión efectuada en el apartado 2 a) del artículo 94 de la LIRPF al régimen tributario regulado en su apartado 1, sucintamente referido en el párrafo anterior, implica que no sea de aplicación a los contribuyentes que sean socios o partícipes de la IIC el régimen especial de imputación por transparencia fiscal internacional regulado en el artículo 91 de la LIRPF, ni el régimen de atribución de rentas regulado en los artículos 86 a 90 de la misma ley.

⁵⁵ Directiva 2011/61/UE:

[...] la presente directiva no regula los FIA. Por lo tanto, los FIA deben poder seguir siendo regulados y supervisados a nivel nacional. Resultaría desproporcionado regular la estructura o composición de las carteras de los FIA gestionados por GFIA a escala de la Unión y, dados los muy diversos tipos de FIA que estos gestionan, sería difícil realizar una armonización de tal envergadura [...] (apdo. 10 de las consideraciones).

Cuestión distinta es que los socios o partícipes del vehículo inversor extranjero en régimen de atribución de rentas, residentes en el extranjero, puedan tener derecho a la aplicación del convenio para evitar la doble imposición que corresponda y, en su caso, a la de las exenciones previstas en el artículo 14.1 del TRLIRNR.

4.6. El *trust* como vehículo de la inversión colectiva

Una relación jurídica en cuya virtud una persona (*settlor*) transmite la titularidad de un patrimonio financiero a otra persona (*trustee*) con la obligación de que entregue las rentas derivadas del mismo a otras personas (*beneficiaries*) y, en su caso, el propio patrimonio, encaja en la descripción de *trust* del Convenio de La Haya de 1985 y, desde luego, puede cumplir la función de gestionar un patrimonio a favor del conjunto de los beneficiarios, lo que concuerda con una parte de las características propias de la inversión colectiva.

Sabido es que nuestro ordenamiento jurídico no regula el *trust* y que España no ha ratificado el convenio citado, pero es lo cierto que determinados convenios bilaterales para eliminar la doble imposición se refieren a él⁵⁶, básicamente para concederle la cualidad de persona o la titularidad de un establecimiento permanente, y lo propio hace el artículo 42 ter del Reglamento de aplicación de los tributos en relación con la obligación de información respecto de bienes y derechos situados en el extranjero y, en cualquier caso, el no reconocimiento no implica que el ordenamiento fiscal sea ajeno a las rentas generadas por el patrimonio cuya titularidad, al menos formal, ostenta el *trustee*.

Interesa a la jurisdicción fiscal española calificar las rentas que tienen derecho a percibir los beneficiarios residentes en territorio español, y también determinar quién debe ser el contribuyente respecto de las rentas vinculadas a territorio español que afluyen al *trust* a efectos del IRNR.

Una aplicación ciega del régimen de atribución en cabeza de los beneficiarios no será admisible, por más que puedan encontrarse similitudes entre un *trust* y un patrimonio separado susceptible de imposición, en los términos del artículo 35.4 de la LGT⁵⁷. Antes bien, lo pertinente es examinar el conjunto de las relaciones jurídicas que dan vida al *trust* atendiendo a los efectos prácticos que se derivan de las mismas, a cuyo efecto deberá prestarse validez al ordenamiento jurídico extranjero que corresponda.

Puede acontecer que, en esa indagación, se advierta que la legislación extranjera sujeta el *trust* a la regulación prudencial propia de las IIC. En tal caso, a efectos del IRNR, sería

⁵⁶ Vid. Trost y Arribas (2019).

⁵⁷ Vid. Delgado (2007).

pertinente efectuar el juicio de equivalencia, al que más adelante se hace referencia, en el contexto del cumplimiento del principio de libertad de movimiento de capitales.

Con todo, y a pesar de que el artículo 1.3 a) de la Directiva 2009/65/CE indica que el término «fondo común de inversión» comprenderá también el *unit trust*, no parece que los *trust* típicos puedan hallarse en sintonía con dos notas características de la inversión colectiva; a saber: la captación pública de capitales y el reembolso a los socios o partícipes a voluntad de los mismos.

4.7. La residencia fiscal

El hecho de que la gestión de las IIC se lleve a cabo por las entidades gestoras ha planteado la cuestión del lugar de la residencia de las instituciones constituidas y domiciliadas en el extranjero cuya entidad gestora es residente en territorio español, habida cuenta de que el artículo 8.1 c) de la LIS establece que se consideran residentes en territorio español las entidades que tengan en el mismo su «sede dirección efectiva» y que esta se anuda a la «dirección y control del conjunto de sus actividades». En efecto, estas instituciones podrían, inopinadamente, quedar sujetas al IS, incluso, al tipo general de gravamen.

La doctrina administrativa ha resuelto la cuestión mediante la distinción entre la actividad de la institución y la actividad de la gestora⁵⁸. De esta manera, el hecho de que la

⁵⁸ Consulta de la DGT V1949/2015, de 19 de junio (NFC055299):

[...] La consulta plantea si son fiscalmente residentes en territorio español las instituciones de inversión colectiva extranjeras que sean gestionadas por sociedades gestoras residentes en España.

Puesto que no son entidades constituidas conforme a las leyes españolas ni tienen su domicilio social en territorio español, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, que sean gestionadas por sociedades gestoras residentes en España, no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 8.1, letras a) y b), de la LIS. En cuanto al requisito de la letra c) del mismo artículo, es preciso destacar que las instituciones de inversión colectiva que tienen profesionalizada su gestión a través de una sociedad gestora, se dedican con carácter general a la mera tenencia de las aportaciones de sus partícipes. Por tanto, puesto que la actividad desarrollada por las instituciones de inversión colectiva mencionadas (mera tenencia de las aportaciones de los partícipes) es distinta a la actividad desarrollada por sus sociedades gestoras, el hecho de que estas últimas sean residentes fiscales en España no implica que las instituciones de inversión colectivas extranjeras tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

En conclusión, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, que tengan profesionalizada su gestión a través de una sociedad gestora residente en España, en principio no reúnen ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 8.1 de la LIS, por lo que no tienen la consideración de residentes fiscales en territorio español.

Consulta de la DGT V0129/2017, de 23 de enero (NFC063851):

[...] La consulta plantea si son fiscalmente residentes en territorio español las entidades L1 y L2, constituidas en Luxemburgo, que tienen la consideración de fondos de inversión alternativos, de

entidad gestora sea residente en territorio español no implica que la IIC gestionada también lo sea⁵⁹.

Con esta doctrina administrativa queda claro que las IIC constituidas en el extranjero cuya gestión se halle encomendada a entidades gestoras residentes en territorio español no son contribuyentes del IS. Quedan así, además, conjuradas las situaciones de doble residencia, pero también se podrían presentar las de IIC apátridas, en la medida en que la

acuerdo con la normativa luxemburguesa que traspone la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que serán gestionadas por la entidad A, sociedad gestora de Instituciones de Inversión Colectiva residente en España.

Puesto que no son entidades constituidas conforme a las leyes españolas ni tienen su domicilio social en territorio español, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, que sean gestionadas por sociedades gestoras residentes en España, no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 8.1, letras a) y b), de la LIS. En cuanto al requisito de la letra c) del mismo artículo, es preciso destacar que las instituciones de inversión colectiva que tienen profesionalizada su gestión a través de una sociedad gestora, se dedican con carácter general a la mera tenencia de las aportaciones de sus partícipes. Por tanto, puesto que la actividad desarrollada por las instituciones de inversión colectiva mencionadas (mera tenencia de las aportaciones de los partícipes) es distinta a la actividad desarrollada por sus sociedades gestoras, el hecho de que estas últimas sean residentes fiscales en España no implica que las instituciones de inversión colectivas extranjeras tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

En conclusión, cuando las entidades L1 y L2 tengan profesionalizada su gestión a través de A, sociedad gestora residente en España, en principio no reunirán ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 8.1 de la LIS, por lo que no tendrán la consideración de residentes fiscales en territorio español [...].

⁵⁹ Moral (2015) realiza un comentario a la consulta de la DGT V1949/2015, de 19 de junio (NFC055299):

Este criterio administrativo, largamente esperado, es una excelente noticia para la industria de la inversión colectiva en España y su competitividad en el mercado único armonizado europeo. Se ha superado un obstáculo que en opinión de muchos impedía realizar la gestión de IIC extranjeras desde gestoras españolas, y por tanto impedía que las SGIIIC de nuestro país exportasen sus servicios en Europa o lo hicieran asumiendo unos costes operativos significativos derivados de la contratación de gestoras extranjeras para su negocio fuera de España.

A partir de este momento, las SGIIIC españolas podrán acometer sin incertidumbres fiscales iniciativas como la gestión centralizada desde España de las IIC constituidas o registradas en otros países, o también la constitución de IIC extranjeras en lugar de españolas (beneficiándose de las ventajas competitivas de otras jurisdicciones, con diferente marco regulatorio y de supervisión) mantenidas bajo gestión en España y sin detrimento por tanto de nuestra industria patria de gestión.

No sería descartable por otro lado que la remoción de las incertidumbres fiscales gracias a la consulta comentada, impulse nuevamente las fusiones transfronterizas de IIC españolas con IIC en otros Estados miembros, como los casos de integración de fondos de inversión españoles en SICAV luxemburguesas bajo un compartimento propio, operaciones que ya han sido favorablemente resueltas por la doctrina administrativa de la DGT, o incluso la redomiciliación de IIC españolas en otros países europeos, manteniéndose la gestión en España (Moral, 2015, p. 3).

jurisdicción fiscal de la constitución o del domicilio anude la residencia a la sede de dirección efectiva y confiera la misma al lugar de la residencia de la entidad gestora. Mediando convenio para evita la doble imposición podría resolverse el dilema en los términos previstos en el mismo.

Se notará que, en la doctrina administrativa, no juega papel alguno el lugar de la residencia de los socios o partícipes. Así, una IIC participada íntegramente por residentes en territorio español y gestionada por una entidad gestora española sujeta a la LIIC podrá no ser residente en territorio español, si bien sí podrá incurrir, en su caso, en un supuesto de atribución o de transparencia fiscal internacional.

4.8. Información de bienes situados en el extranjero

El artículo 42 ter del Reglamento de aplicación de los tributos establece la obligación de información, a cargo de sus titulares, respecto de los valores, situados en el extranjero representativos de la participación en cualquier tipo de entidad. Esta obligación de información afectaría, por tanto, a las acciones o participaciones representativas de la participación en IIC depositadas en el extranjero.

Sin embargo, en la medida en que la tenencia se realice a través de una entidad comercializadora inscrita en el registro de la CNMV o del representante de una entidad gestora que opera en régimen de libre prestación de servicios, el cumplimiento de las obligaciones específicas de información a su cargo excusa el de la relativa a los bienes situados en el extranjero⁶⁰.

⁶⁰ Consulta de la DGT V0647/2013, de 1 de marzo (NFC046232):

En consecuencia, en el caso de contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas, sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, contribuyentes del impuesto sobre la renta de no residentes con establecimiento permanente en territorio español y entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, que sean titulares de participaciones o acciones de instituciones de inversión colectiva extranjeras comercializadas en España, cabe concluir que no quedarán incluidas en la obligación de informar regulada en el artículo 42 ter.2 del reglamento aquellas acciones o participaciones cuya tenencia se encuentre canalizada a través de las entidades comercializadoras radicadas en territorio español de las referidas instituciones o a través del representante residente en dicho territorio de la sociedad gestora que opere en España en régimen de libre prestación de servicios, en tanto los referidos valores se mantengan registrados por sus titulares en dichos comercializadores o representantes, ya que la información a que se refiere el citado artículo 42 ter.2 queda cubierta por las obligaciones de información que corresponden al comercializador o al representante, en particular, por las previstas en el artículo 39.2 del citado reglamento, anteriormente transcrito [...].

En el mismo sentido, consulta de la DGT V1016/2013, de 27 de marzo (NFC046517).

4.9. Reclasificaciones de participaciones o acciones⁶¹

La trasposición de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (MiFID II), efectuada por el Real Decreto-Ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del mercado de valores, aprobado por el Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, ha implicado una recomposición limitativa en relación con la retrocesión de comisiones por parte de las entidades gestoras a las comercializadoras; de ello se deriva la oportunidad de reubicar a los inversores en posiciones determinantes de comisiones más reducidas, denominadas «clases baratas» o «clases limpias»⁶².

Esa reubicación o reclasificación podría realizarse mediante actos jurídicos que determinasen la obtención de renta a efectos del IRPF, del IS o del IRNR.

Ciertamente, el diferimiento por reinversión previsto en el artículo 94.1 de la LIRPF podría neutralizar esa tributación, siempre, claro está, que se cumplieran los requisitos establecidos al efecto, esto es, básicamente, forma jurídica de fondo de inversión y número partícipes superior a 500. Por otra parte, en el IS y en el IRNR no se prevé el diferimiento por reinversión aunque, eventualmente, en el segundo tributo podría ser de aplicación la exención prevista en el artículo 14.1 i) del TRLIRNR.

Para aliviar tan incómoda situación, la disposición transitoria cuarta.2 del Real Decreto-Ley 27/2018 establece un régimen fiscal especial respecto de los hechos imponible inherentes a las operaciones de reclasificación, a cuyo tenor, las mismas:

[...] no darán lugar a la obtención de renta para el partícipe o accionista a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del impuesto sobre sociedades y del impuesto sobre la renta de no residentes, y las nuevas participaciones o acciones asignadas a los partícipes o accionistas reclasificados conservarán el valor y la fecha de adquisición que tuvieran las participaciones o acciones a las que sustituyen.

Se trata –bien se ve– de un régimen de diferimiento por reinversión al que podrán acogerse los socios o partícipes, ya sean personas físicas o jurídicas, o no residentes en territorio español, de las IIC reguladas por la LIIC o amparadas por la Directiva 2009/65/CE.

⁶¹ Este epígrafe reproduce parcialmente un texto del autor (*vid.* Sanz, 2019).

⁶² *Vid.* Alonso y Correas (2019).

Las operaciones de reclasificación que pueden acogerse a este régimen deben reunir los siguientes requisitos:

- Realizarse «entre instituciones de inversión colectiva reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, y en su normativa de desarrollo, o entre sus compartimentos, clases o series de sus participaciones o acciones» (disp. trans. cuarta.1 Real Decreto-Ley 27/2018).
- Efectuarse en el límite temporal «comprendido entre el 3 enero de 2018 y los tres meses siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley» (disp. trans. cuarta.1 Real Decreto-Ley 27/2018). El 3 de enero de 2018 comenzó la aplicación del nuevo marco normativo sobre mercados e instrumentos financieros, basado en la directiva MiFID II y el Reglamento MiFIR.
- Tener por único objeto «dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el Real Decreto-Ley 14/2018 [...] de tal forma que el partícipe o accionista deje de soportar costes asociados a incentivos» (disp. trans. cuarta.1 Real Decreto-Ley 27/2018).

Se apreciará, por tanto, que el régimen fiscal podrá aplicarse en relación con operaciones realizadas antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 27/2018.

4.10. Asimetrías híbridas

El mandato del artículo 9 bis de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, según redacción de la Directiva 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países, concerniente a las asimetrías híbridas invertidas, las cuales se producen porque una entidad es considerada transparente en la jurisdicción fiscal donde reside y contribuyente pleno en la jurisdicción fiscal de la entidad que la controla, no se aplica a las IIC. En consecuencia, las rentas de las IIC podrán sustraerse a tributación en sede de la jurisdicción fiscal en la que están constituidas y también en sede de la jurisdicción fiscal en la que residen sus socios o partícipes, mas solo de manera transitoria por cuanto la renta derivada del reembolso o transmisión de la acción o participación normalmente tributará ante la jurisdicción fiscal del socio o partícipe.

No todas las IIC escapan al aludido mandato, sino tan solo aquellas «de amplia titularidad, con una cartera diversificada de valores y sujetas a reglamentación de protección de los inversores en el país en el que se hallen establecidas». En suma, aquellas cuyo régimen jurídico es congruente con el previsto en la Directiva 2009/65/CE. Por el contrario, las IIC de tipo cerrado, libres o alternativas, sí estarán sujetas al mismo, en la medida –claro está– que tengan la consideración de entidades híbridas.

5. La obligación de retener

Tanto las rentas que las IIC obtienen como aquellas que derivan sus socios o partícipes de la inversión efectuada en las mismas están sujetas, con ciertas excepciones, a la obligación de retener.

5.1. Rentas percibidas por las IIC

5.1.1. IIC residentes en territorio español

Las rentas percibidas por las IIC están sujetas a la obligación de retener, de acuerdo con las reglas generales. No obstante, el artículo 61 t) del RIS establece una excepción a la obligación de retener que, específicamente, afecta a determinadas IIC, respecto de rentas derivadas de la inversión en otras IIC.

En efecto, a tenor de lo previsto en dicho artículo, están exceptuadas de la obligación de retener:

Las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de las instituciones de inversión colectiva, obtenidas por [...] los fondos de inversión de carácter financiero y las sociedades de inversión de capital variable [...] en cuyos reglamentos de gestión o estatutos tengan establecida una inversión mínima superior al 50 por ciento de su patrimonio en acciones o participaciones de varias instituciones de inversión colectiva de las previstas en los párrafos c) y d), indistintamente, del artículo 48.1 del Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, [o] en cuyos reglamentos de gestión o estatutos tengan establecida la inversión de, al menos, el 85 por ciento de su patrimonio en un único fondo de inversión de carácter financiero de los mencionados en el primer inciso del artículo 3.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003 [esto es, los fondos cuyos partícipes sean exclusivamente otras IIC, en los términos de la relación principal a subordinada prevista en el art. 54 del RIIC].

En fin, aprovecharán a las IIC las excepciones a la obligación de retener concernientes a activos financieros y a instrumentos de deuda emitida por Estados miembros de la OCDE, previstas en el artículo 61 q) y s) del RIS.

5.1.2. IIC residentes en el extranjero

Las rentas que obtengan en territorio español están sujetas a la obligación de retener, de acuerdo con las normas generales previstas en el artículo 31 del TRLIRNR, incluso si

disfrutan de la exención prevista en el artículo 14.1 l) del TRLIRNR, ya que el segundo párrafo del artículo 31.4 a) así lo prevé. En consecuencia, para hacer efectiva la exención, estos contribuyentes deberán presentar una declaración solicitando la pertinente devolución.

5.2. Rentas percibidas por los socios o partícipes de las IIC

Las normas relativas a la obligación de retener descansan, tanto en el IRPF como en el IS y en el IRNR, sobre la tipología de las rentas que pueden obtener los socios o partícipes de las IIC.

5.2.1. Socios o partícipes contribuyentes del IS

5.2.1.1. Rentas distribuidas por la IIC

El artículo 60.1 a) del RIS sujeta a la obligación de retener «las rentas derivadas de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, de la cesión a terceros de capitales propios y las restantes rentas comprendidas en el artículo 25 de la Ley 35/2006». En su virtud, están sujetos a retención los beneficios distribuidos por las IIC.

El obligado a retener es la propia entidad que distribuya la renta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.1 a) del RIS.

La base de cálculo de la retención es el importe de la renta distribuida.

5.2.1.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones

El artículo 60.1 f) del RIS sujeta a la obligación de retener «las rentas obtenidas como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de instituciones de inversión colectiva».

Los obligados a retener podrán ser, según los casos, las propias IIC, las entidades gestoras, las entidades comercializadoras, los intermediarios facultados para la comercialización, las entidades colocadoras o, en fin, el representante designado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.6 del RIS. En último término, cuando no acontezca la presencia de alguna de las personas o entidades mencionadas, la obligación de retener recaerá sobre «el socio o partícipe que efectúe la transmisión u obtenga el reembolso».

La pluralidad de obligados a retener se debe, básicamente, a que la obligación de retener se proyecta también respecto de las rentas derivadas de la inversión en IIC residentes en el extranjero.

La base de cálculo de la retención es la diferencia entre el valor de transmisión o reembolso y el valor de adquisición de las acciones o participaciones, considerándose, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64.4 del RIS, que los valores transmitidos o reembolsados son los más antiguos.

El artículo 61 y) del RIS exceptúa de la obligación de retener respecto de «las rentas derivadas del reembolso o transmisión de participaciones o acciones en los fondos y sociedades regulados por el artículo 79 del Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003»; esto es, los fondos de inversión cotizados y las SICAV índice cotizadas.

El anteproyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude, de octubre de 2018, incorporaba una disposición adicional, la decimosexta, a la LIS, en cuya virtud, la referida excepción a la obligación de retener se ampliaba respecto de las IIC constituidas en el extranjero, exclusión hecha de los paraísos fiscales, análogas a las del artículo 79 del RIIC, cotizadas en «un mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación y cualquiera que sea la composición del índice que reproduzcan», siempre y cuando que la operación no se realice a través de un paraíso fiscal.

Es interesante este precepto proyectado, ya que, en una norma de exención, se establecía una igualdad de trato para las IIC extranjeras respecto de las españolas, sin tenerse en el umbral comunitario, a condición de la concurrencia de un sustrato de analogía.

5.2.1.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión

El artículo 60.1 g) del RIS sujeta a la obligación de retener:

Las rentas obtenidas como consecuencia de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la distribución de la prima de emisión realizadas por sociedades de inversión de capital variable reguladas en la Ley de instituciones de inversión colectiva no sometidas al tipo general de gravamen u organismos de inversión colectiva equivalentes a las sociedades de capital variable registrados en otro Estado, con independencia de cualquier limitación que tuvieran respecto de grupos restringidos de inversiones, en la adquisición, cesión o rescate de sus acciones, así como por las sociedades amparadas en la Directiva 2009/65/CE [...].

El obligado a retener es, con carácter general, la propia sociedad de inversión colectiva de capital variable que ha realizado la operación, pero si estuviere constituida y domiciliada en algún Estado miembro y amparada por la Directiva 2009/65/CE, lo serán «las entidades comercializadoras o los intermediarios facultados para la comercialización de las acciones

o participaciones de aquellas y, subsidiariamente, la entidad o entidades encargadas de la colocación o distribución de los valores, que intervengan en el pago de las rentas», y en el de los organismos de inversión colectiva equivalentes a las sociedades de inversión de capital variable registrados en otro Estado, lo será «la entidad depositaria de los valores o que tenga encargada la gestión de cobro de las rentas»; todo ello, de acuerdo con el artículo 62.7 del RIS. En último término, en defecto de los supuestos anteriores, «estará obligado a efectuar un pago a cuenta el socio o partícipe que reciba la devolución de las aportaciones o la distribución de la prima de emisión».

La base de cálculo de la retención es el importe de la renta derivado de la operación, según las reglas previstas en el artículo 17.6 de la LIS.

5.2.2. Socios o partícipes contribuyentes del IRPF

5.2.2.1. Rentas distribuidas por la IIC

Estas rentas están sujetas a retención, a tenor del artículo 75.1 b) del RIRPF, habida cuenta de que tienen la consideración de rendimientos del capital mobiliario.

El obligado a retener será la propia entidad que distribuya la renta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 76.1 a) del RIRPF.

La base de cálculo de la retención es el importe de la renta distribuida.

5.2.2.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones

El artículo 75.1 d) del RIRPF sujeta a retención a las ganancias patrimoniales obtenidas como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de acciones y participaciones representativas del capital o patrimonio de las IIC.

Los obligados a retener podrán ser, según los casos, las propias IIC, las entidades gestoras, las entidades comercializadoras, los intermediarios facultados para la comercialización, las entidades colocadoras o, en fin, el representante designado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 76.2 d) del RIRPF. En último término, cuando no acontezca la presencia de alguna de las personas o entidades mencionadas, la obligación de retener recaerá sobre «el socio o partícipe que efectúe la transmisión u obtenga el reembolso».

La pluralidad de obligados a retener se debe, de la misma manera que en el IS, a que la obligación de retener se proyecta también respecto de las rentas derivadas de la inversión en IIC residentes en el extranjero.

La base de cálculo de la retención es la cuantía de la renta que, derivada de la transmisión o el reembolso, debe integrarse en la base imponible del IRPF, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97 del RIRPF. Esta cuantía será inferior a la diferencia entre el valor de transmisión o reembolso y el valor de adquisición, cuando la adquisición se hubiere realizado con anterioridad al 31 de diciembre de 1994, debido a la aplicación de los coeficientes reductores, en los términos establecidos en la disposición transitoria novena de la LIRPF.

Están exceptuadas de la obligación de retener las rentas afectas al diferimiento por reinversión del artículo 94 de la LIRPF, de acuerdo con lo establecido en el artículo 75.3 i) del RIRPF, y también, a tenor de dicho precepto:

Las derivadas del reembolso o transmisión de participaciones o acciones en los fondos y sociedades regulados por el artículo 49 del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre [actualmente, serán las referidas en el art. 79 del vigente RIIC].

En este punto, cabe recordar que la consulta de la DGT V4596/2016, de 27 de octubre (NFC062244), entendió que la referida excepción a la obligación de retener no era aplicable en relación con las IIC extranjeras cotizadas en mercados extranjeros⁶³.

⁶³ Consulta de la DGT V4596/2016, de 27 de octubre (NFC062244):

[...] Por lo que se refiere al alcance de la aplicación de las referidas exclusiones, en el caso de instituciones de inversión colectiva extranjeras de las denominadas «exchange trade fund», que se caracterizan por estar sus participaciones o acciones admitidas a cotización en un mercado regulado, este centro directivo en su contestación V0713-06, de 12 de abril de 2006, ha entendido que «(...) en la medida en que un fondo de inversión constituido en un Estado miembro de la Unión Europea, que no sea territorio calificado como paraíso fiscal, y adaptado a la Directiva 85/611/CEE, sea objeto de comercialización en España, mediante la negociación en la bolsa española de sus participaciones, sobre la base del cumplimiento de las condiciones requeridas en el artículo 49 del Reglamento de la Ley 35/2003, con las especialidades que determine la CNMV derivadas de la aplicación de dicha directiva, le resultarán de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 73.3 j) y disposición adicional cuarta del RIRPF (...)», es decir, la exclusión de retención o ingreso a cuenta en las transmisiones o reembolsos y la exclusión de aplicación del régimen de diferimiento por reinversión entre acciones o participaciones de instituciones de inversión colectiva.

Asimismo, es criterio de este centro directivo que la aplicación de estas exclusiones, las cuales constituyen excepciones al régimen general de sujeción a retención o ingreso a cuenta en las transmisiones o reembolsos de participaciones o acciones de instituciones de inversión colectiva, previsto en el artículo 75.1 d) del vigente RIRPF, y a la aplicación del régimen de diferimiento regulado en el artículo 94.1 a) de la LIRPF, conforme se expone en la contestación citada anteriormente «(...) se asienta precisamente en la forma de comercialización de las participaciones

El anteproyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude, de octubre de 2018, incorporaba una disposición adicional, la cuadragésima novena, a la LIRPF, en cuya virtud, la referida excepción a la obligación de retener se ampliaba respecto de las IIC constituidas en el extranjero, exclusión hecha de los paraísos fiscales, análogas a las del artículo 79 del RIIC, cotizadas en «un mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación y cualquiera que sea la composición del índice que reproduzcan», siempre y cuando que la operación no se realice a través de un paraíso fiscal.

Seguramente, esta homologación estaba impulsada por el principio de libertad de movimiento de capitales. En efecto, la discriminación por razón del mercado de cotización, tratándose de IIC análogas a las del artículo 79 del RIIC, casa muy mal con dicho principio.

del fondo en España mediante negociación en el mercado bursátil español, sin que sea suficiente el hecho de que sus participaciones sean objeto de negociación en mercados de otros países».

Por tanto, es la comercialización de las participaciones o acciones mediante su cotización en el mercado bursátil español, sobre la base del cumplimiento de requisitos financieros homogéneos a los exigidos por la normativa española para los fondos cotizados y SICAV índice cotizadas con el alcance que fije la CNMV, lo que determina la aplicación en relación con los fondos y SICAV extranjeros comunitarios armonizados de las referidas excepciones a la obligación de retención y al régimen de diferimiento por reinversión.

En el presente caso se trata de instituciones de inversión colectiva extranjeras gestionadas por la casa central en Reino Unido de la entidad consultante, con forma de fondo de inversión o de SICAV, radicadas en un Estado miembro de la Unión Europea y amparadas en la Directiva 2009/65/CE, cuyas participaciones o acciones se cotizan en bolsas de valores europeas, pero no cotizan en la bolsa de valores española.

Estas instituciones se comercializan en España por una o varias entidades financieras radicadas en territorio español, mediante su correspondiente inscripción en el registro de la CNMV, las cuales son quienes ofertan la inversión y tramitan las operaciones de sus clientes relativas a las referidas instituciones para su ejecución en el correspondiente mercado bursátil por el intermediario financiero miembro del mismo.

Conforme a los criterios anteriormente expuestos, en el caso planteado, dado que la comercialización en España de los fondos de inversión y de las SICAV, cotizados en bolsas europeas, no se realiza mediante su cotización en el mercado bursátil español, sino a través de entidades financieras con las que la entidad gestora ha suscrito contratos de comercialización, no será de aplicación a las ganancias patrimoniales que obtengan los inversores, contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas, derivadas de transmisiones o reembolsos de acciones o participaciones de dichas instituciones, la exclusión de retención o ingreso a cuenta prevista en el artículo 75.3 i) del RIRPF para los fondos cotizados y SICAV índice cotizadas regulados en el artículo 79 del Reglamento de la Ley 35/2003.

En consecuencia, dichas ganancias patrimoniales estarán sometidas a retención o ingreso a cuenta con carácter general conforme al artículo 75.1 d) del RIRPF, la cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 76.2 d) 3.º del RIRPF, estará obligada a practicar la entidad comercializadora [...].

Al diferimiento por reinversión no puede acogerse la renta diferida con ocasión del canje de valores derivado de una operación de fusión o asimilada, de manera tal que esa renta estará sujeta a retención en el momento de la ulterior transmisión o reembolso de las acciones recibidas⁶⁴.

5.2.2.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión

En cuanto rendimientos del capital mobiliario, sobre estas rentas recae la obligación de retener, de acuerdo con lo previsto en el artículo 75.1 b) del RIRPF.

Tratándose de IIC reguladas en la LIIC, ellas mismas están obligadas a retener, y en el caso de las amparadas por la Directiva 2009/65/CE, lo estarán las «entidades comercializadoras o los intermediarios facultados para la comercialización de las acciones o participaciones de aquellas y, subsidiariamente, la entidad o entidades encargadas de la colocación o distribución de los valores, que intervengan en el pago de las rentas» y, en fin, respecto de las constituidas en el extranjero no amparadas por la citada directiva, deberá efectuar la retención la «entidad depositaria de los valores o que tenga encargada la gestión de cobro de las rentas derivadas de los mismos»; todo ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 76.2 g) del RIRPF. En último término, cuando no concorra ninguna de las entidades mencionadas, estará obligado a efectuar un pago a cuenta el socio o partícipe que reciba la devolución de las aportaciones o la distribución de la prima de emisión.

El artículo 75.3 h) del RIRPF exceptúa de la obligación de retener, con carácter general, las rentas procedentes de la devolución de la prima de emisión de acciones o participaciones y de la reducción de capital, pero excluye de dicha excepción las procedentes de las IIC.

La base de cálculo de la retención es la cuantía de la renta que debe integrarse en la base imponible.

⁶⁴ Consulta de la DGT V0828/2017, de 3 de abril (NFC064928):

[...] En el supuesto planteado, conforme al criterio manifestado por esta Dirección General de Tributos en la consulta V2932-16, anteriormente reflejado en la descripción de hechos, al efectuarse el reembolso de las participaciones procedentes de la absorción de la SICAV por el fondo, vinculado a un traspaso en aplicación del régimen de diferimiento regulado en el artículo 94 de la LIRPF, el partícipe deberá tributar por la parte de la ganancia patrimonial puesta de manifiesto en el reembolso que quedó diferida en el momento de la fusión. Por tanto, de acuerdo con las normas anteriormente transcritas, dicha parte de la ganancia patrimonial, al no estar excluida de cómputo, no tiene cabida en la excepción a la obligación de realizar pagos a cuenta establecida en segundo párrafo del artículo 101.6 de la LIRPF y en el primer inciso del artículo 75.3 i) del RIRPF, por lo que estará sometida al régimen de pagos a cuenta del impuesto.

5.2.3. Socios o partícipes contribuyentes del IRNR

Las rentas sujetas a tributar por el IRNR también están afectadas por la obligación de retener, cuya cuantía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.2 del TRLIRNR, se determina, con ciertas excepciones, en una cantidad equivalente a la deuda tributaria resultante de la aplicación de las normas del TRLIRNR moduladas, en su caso, por las previsiones del convenio para evitar la doble imposición que fuere aplicable.

5.2.3.1. Rentas distribuidas por la IIC

En cuanto sujetas al IRNR, estas rentas también lo están a la obligación de retener, que recaerá sobre la IIC pagadora de las mismas, de acuerdo con las reglas generales previstas en el artículo 31 del TRLIRNR, y sobre el importe íntegro, de manera tal que no se deberán tener en cuenta los gastos a los que se refiere el artículo 24.6 del TRLIRNR.

5.2.3.2. Rentas derivadas de la transmisión o reembolso de acciones o participaciones

El artículo 10.3.3.º del RIRNR establece la obligación de retener sobre «las rentas derivadas de transmisiones o reembolsos de acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de instituciones de inversión colectiva», excepto cuando procedan de participaciones o acciones en los fondos y sociedades regulados, actualmente, en el artículo 79 del RIIC, esto es, los fondos de inversión cotizados y las SICAV índice cotizadas.

Esta excepción es congruente con la exención prevista en el artículo 14.1 i) del TRLIRNR.

Están sujetos a la obligación de retener las entidades que lo estarían de acuerdo con las normas relativas al IRPF, en los términos previstos en la remisión efectuada por el artículo 11.2 del RIRNR.

La base de cálculo de la retención es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.3 del RIRNR:

La diferencia entre el valor de transmisión o reembolso y el valor de adquisición de las acciones o participaciones, pero cuando las acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de instituciones de inversión colectiva se hubieran adquirido por personas físicas con anterioridad a 31 de diciembre de 1994, se aplicará, en su caso, lo establecido en el apartado 1 del artículo 97 del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

De manera tal que serán aplicables los coeficientes reductores de la disposición transitoria novena de la LIRPF, a los efectos de determinar la base de cálculo.

5.2.3.3. Rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones y de la devolución de la prima de emisión

El artículo 31.4 b) del TRLIRNR exceptúa de la obligación de retener sobre este tipo de rentas, pero habilita a las disposiciones reglamentarias para que, a su vez, establezcan excepciones. Así lo ha hecho el artículo 10.2 bis) del RIRNR, a cuyo tenor:

Existirá obligación de retener o ingresar a cuenta en los supuestos de reducción de capital social con devolución de aportaciones y distribución de la prima de emisión de acciones previstos en el segundo párrafo del artículo 75.3 h) del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

En este supuesto, también están sujetos a la obligación de retener las entidades que lo estarían de acuerdo con las normas relativas al IRPF, en los términos previstos en la remisión efectuada por el artículo 11.2 del RIRNR.

La base de cálculo de la retención coincidirá con el importe de la renta.

6. Convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

Esta materia ha de ser examinada tanto respecto de la IIC como de sus socios o partícipes.

6.1. Aptitud de las IIC para disfrutar de los beneficios del convenio

Se trata de un tema clásico de la fiscalidad internacional para el que, debido a la diversa naturaleza jurídica de las IIC, no hay una respuesta unívoca, de manera tal que la doctrina ha venido considerando que se está ante una materia problemática⁶⁵.

La aptitud de las IIC para disfrutar de los beneficios fiscales de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición internacional depende de que reúnan las notas de

⁶⁵ Siguiendo a Ribes:

La primera idea a destacar consiste en recordar que el objetivo de neutralidad fiscal perseguido puede alcanzarse, tanto posibilitando al CIV el acceso a los beneficios del CDI, como permitiendo al CIV en nombre de sus inversores –cuando aquel no reúna las tres condiciones requeridas–, invocar la aplicación de las disposiciones del tratado en cuestión. Ambas posibilidades presentan dificultades interpretativas, fruto de la ambigüedad normativa de la OCDE y de la diversa regulación de los ordenamientos nacionales (Ribes, 2017, p. 147).

personalidad y residencia. En efecto, el artículo 1.1 del modelo de convenio de la OCDE establece que el convenio se aplicará a «las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes»; el artículo 3.1 a) puntualiza que «el término persona comprende las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas»; y, en fin, el artículo 4.1 describe a la persona residente como toda aquella que, en virtud de la legislación del Estado contratante correspondiente, «esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga».

La diversa naturaleza y forma jurídica que, en los distintos países, tienen las entidades que pueden, o pretenden, cobijarse bajo el rótulo de la inversión colectiva, así como su variado régimen fiscal, determina una notable incertidumbre en cuanto a la aptitud de determinadas entidades para disfrutar de los beneficios del convenio.

La OCDE abordó la cuestión en el informe titulado *The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles*, cuyos criterios y soluciones inspiran los comentarios 22 a 48, ambos inclusive, al artículo 1 del modelo de convenio de la OCDE (2017). Esos comentarios van referidos a los *Collective Investment Vehicles* (CIV), esto es, fondos de inversión que reúnen, básicamente, tres características:

- Estar participados por un amplio conjunto de inversores (*widely-held*).
- Mantener un conjunto amplio y diversificado de activos financieros (*diversified portfolio of securities*).
- Estar sujetos a una regulación pública prudencial dirigida a la protección de los inversores (*investor-protector regulation*).

Los criterios de la OCDE, respecto de los CIV, establecidos en los comentarios al modelo de convenio, pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- Bajo el concepto de «persona» cabe un amplio rango de situaciones jurídicas, tales como entidades jurídicas, *trust*, estructuras contractuales, o propiedad colectiva sobre los valores, de manera tal que, a los efectos de establecer si se está ante una persona, en el sentido del artículo 1 del modelo de convenio, será un elemento relevante que el CIV sea tratado como contribuyente a la luz de la legislación del país en el que se halle establecido (apdo. 24).
- La condición de residente no depende de la forma jurídica, sino del régimen fiscal al que está sujeto el CIV. La sujeción a tributación es el elemento decisivo. Por tanto, si la renta tributa directamente en sede de los inversores, el CIV no se considera residente a los efectos del artículo 4 del modelo de convenio. Por el contrario, no sería obstáculo a la condición de residente la tributación a tipo cero o, incluso, la sujeción con exención, si los requisitos establecidos para tales formas de tributación son lo suficientemente rigurosos (apdos. 25 y 26).

Por otra parte, el informe de la OCDE *Trace Implementation Package* (2013) contiene un apartado dedicado a proponer los procedimientos que han de seguirse para que las IIC puedan acceder a los beneficios de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Las IIC de la LIIC reúnen los requisitos precedentes. En efecto, de una parte, son sujetos pasivos del IS y, de otra, el disfrute del tipo de gravamen privilegiado está sujeto a un conjunto de requisitos legalmente establecidos.

Pero no basta ser persona y residente para disfrutar de la aplicación del convenio respecto de aquellas rentas para las que, como es el caso de intereses y dividendos, se exige la condición de beneficiario efectivo. Concurrirá tal condición cuando los gestores de la IIC tengan amplios poderes en orden a la gestión de los valores de la institución del CIV (apdo. 28).

Las IIC de la LIIC pueden ser consideradas como beneficiarios efectivos, por cuanto las entidades gestoras disponen de amplios poderes de gestión. En el mismo sentido, las sociedades de inversión de capital variable.

Con todo, la circunstancia de que los CIV puedan estar sujetos a una tributación puramente simbólica les otorga la posibilidad de ser utilizados a modo de sociedades conductoras o de instrumentos de operaciones determinantes de asimetrías híbridas. Llegado el caso, las situaciones anómalas podrán ser corregidas a través de las cláusulas antiabuso de carácter general o de las normas antiabuso específicas del convenio bilateral correspondiente (apdo. 33). Esas situaciones anómalas normalmente no se presentarán en las IIC abiertas a la participación del público en general.

De acuerdo con lo expuesto, las IIC reguladas por la LIIC tendrán derecho a la aplicación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por España.

Respecto de los CIV constituidos en el extranjero, les será aplicable el convenio bilateral correspondiente, en los términos previstos, en su caso, en el propio convenio. A falta de disposición expresa, deberá estarse a la doctrina de la OCDE, antes resumida. A tenor de la misma, ciertos CIV podrían tener derecho al convenio bilateral concernido, y otros no, por no reunir las notas de personalidad o residencia o, tal vez, por no ser beneficiarios efectivos de los intereses o dividendos. Bien se comprende que esta situación es generadora de incertidumbre, y de ahí que la OCDE haya sugerido que, en los convenios bilaterales, se establezcan las normas oportunas para superarla, a cuyo efecto, en los comentarios al artículo 1 del modelo de convenio, apartados 35 a 48, se propone un conjunto de cláusulas.

En todo caso, es importante recordar que la doctrina de la OCDE va referida a aquellas entidades en las que concurren las características anteriormente apuntadas, de manera tal que los denominados *hedge funds* o los *private equity funds* no caen bajo su ámbito de aplicación. Con todo, respecto de este tipo de entidades habrá de realizarse el mismo análisis; esto es, a la vista de su naturaleza jurídica, régimen fiscal y funciones, determinar si concurren las notas de personalidad, residencia y beneficiario efectivo.

Cuando, de acuerdo con la legislación del Estado en el que está constituida, la entidad que realiza las funciones de tenencia de un patrimonio colectivo es fiscalmente transparente, esto es, no está sujeta a imposición por sí misma, sino que son sus miembros los que deben tributar por las rentas que acrecen a dicho patrimonio, generalmente no tendrá derecho, por sí misma, a la aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición. Sin embargo, si tal entidad es calificada como en régimen de atribución en el sentido del artículo 39 del TRLIRNR, los miembros no residentes en territorio español tendrán la consideración de contribuyentes del IRNR y, en su caso, podrán disfrutar de la aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición que resulte aplicable de acuerdo con el lugar de su residencia y respecto del importe de la parte de renta que les sea atribuida.

En este sentido se pronunció la consulta de la DGT V3322/2016, de 14 de julio (NFC061741), al hilo de la argumentación relativa a una IIC constituida en el Reino Unido, bajo la forma de *Authorised Contractual Scheme*, transparente fiscalmente de acuerdo con la legislación fiscal británica, de manera tal que:

En estos casos, los comentarios al artículo 1 del modelo de convenio de la OCDE clarifican que, cuando una sociedad de personas es considerada transparente fiscalmente, no está «sujeta a imposición» en el Estado en cuestión, a tenor del significado del artículo 4.1 y, en consecuencia, no puede ser residente del mismo a efectos de la posible aplicación del convenio; si bien en tales casos la aplicación del convenio a la sociedad de personas como tal le será denegada, los socios deben poder acceder, en lo que respecta a su porcentaje de renta de la citada sociedad, a los beneficios previstos en el convenio firmado por los Estados en los que son residentes, siempre que la renta de la sociedad de personas les sea atribuida a efectos de la tributación en su Estado.

Todo ello, sin perjuicio de que el artículo 4.4 a) del convenio hispano-británico habilite el disfrute del mismo a la propia entidad en la medida en la que todos sus miembros sean residentes en territorio británico, o de la aplicación de la exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR si la entidad estuviera acogida a la Directiva 2009/65/CE.

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por España no suelen hacer referencia a las IIC.

La declaración protocolaria 9 a) del convenio hispano-francés establece que:

Una institución de inversión colectiva en valores mobiliarios, constituida en un Estado contratante donde no esté sometida al impuesto contemplado en las letras a).i) o ii), o b).i) o ii) del apartado 3 del artículo 2, y que percibe dividendos o intereses cuya fuente se halla en el otro Estado contratante, puede beneficiarse de deducciones o exenciones impositivas o de otras ventajas previstas por este convenio según las modalidades convenidas de común acuerdo entre las autoridades competentes de los Estados contratantes.

En virtud de esta declaración protocolaria, las IIC constituidas en Francia podrán disfrutar de los beneficios del convenio a pesar de no estar sujetas a tributación. Mediante intercambio de cartas de fechas 1 de marzo y 22 de abril de 2005, las autoridades fiscales competentes, tras exponer que las IIC en valores mobiliarios francesas (*organisme de placements collectif en valeurs mobilières* –OPCVM–) no entraban en el ámbito de aplicación del convenio hispano-francés, en cuanto:

[...] no son personas o no están sujetas al impuesto en el sentido del convenio, recuerda que el punto 9 a) del protocolo prevé que una OPCVM constituida en un Estado contratante donde no está sujeta al impuesto, y que percibe dividendos o intereses procedentes del otro Estado contratante, puede disfrutar de los beneficios del convenio siempre que exista un acuerdo entre las autoridades competentes que permita definir las modalidades de aplicación,

y proponen, a tal efecto, la adopción de un procedimiento «con el fin de hacer operativa esta cláusula para los OPCVM franceses (las "instituciones de inversión colectiva" españolas están sujetas al "impuesto sobre sociedades", luego para ellas no es necesario el procedimiento)».

Más allá del contenido del procedimiento, lo relevante es que la autoridad fiscal francesa explicita, de una parte, que las IIC constituidas en Francia no entrarían en el ámbito de aplicación del convenio por no estar sujetas a tributación sobre sus beneficios, y de otra, que las IIC constituidas en España tienen derecho a la aplicación del convenio en cuanto están sujetas al IS, a pesar de que tributan simbólicamente.

En los razonamientos de la autoridad fiscal francesa puede verse una aplicación práctica de la doctrina de la OCDE, pero también apreciarse la debilidad de la misma. En efecto, la no tributación de los OPCVM franceses las expulsa del convenio, en tanto que la tributación simbólica de las IIC españolas las acoge. Si la esencia y finalidad de los convenios es evitar la doble imposición, la no tributación y la tributación simbólica debieran merecer la misma consideración.

Ahora bien, la tributación simbólica o la no tributación de la IIC no implican un privilegio fiscal, sino que constituyen técnicas para evitar un exceso de imposición de la inversión colectiva en relación con la individual, de manera tal que desplazan la tributación, aun cuando diferidamente, a los socios o partícipes. Estos, por tanto, debieran ser los habilitados para disfrutar del convenio para evitar la doble imposición, pues, en un análisis sustancial de la situación, ellos son quienes reúnen las notas de personalidad, residencia y beneficiario efectivo, y no las IIC.

En cierto modo, así lo reconoce la técnica que la autoridad fiscal francesa propone, consistente en que:

Cada OPCVM constituida en Francia que perciba dividendos o intereses de fuente española podrá solicitar las reducciones, exenciones del impuesto u otros beneficios previstos en el Convenio de 10 de octubre de 1995 para la parte de dichos ingresos que corresponda a los derechos detentados por accionistas o partícipes que sean residentes franceses.

Bien se comprende que dificultades de orden práctico desaconsejan que sean los socios o partícipes de las IIC quienes accedan directamente a los beneficios fiscales de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, en el bien entendido de que se trate de instituciones en las cuales confluya indubitadamente la nota de colectividad.

La acción 6 del proyecto BEPS ha suscitado la cuestión de la posible aplicación de las cláusulas antiabuso, *Principal Purpose Test* (PPT) y *Limitation on Benefits Clauses* (LOB), en relación con las IIC⁶⁶. Ciertamente, la versión amplia de la cláusula LOB contiene ciertas precisiones en relación con las IIC, pero la alta carga de subjetividad de la cláusula PPT⁶⁷ ha suscitado preocupación en la industria de la inversión colectiva⁶⁸.

Tratándose de IIC que reúnan las notas anteriormente mencionadas, en particular la apertura a una amplia colectividad de inversores, parece improbable que puedan tacharse de ser un instrumento de operaciones triangulares tendentes al aprovechamiento irregular de los beneficios de un determinado convenio. Así lo demuestra la circunstancia de que en la acción 6 del proyecto BEPS se explicita un amplio apoyo a los trabajos previos de la OCDE en esta materia, anteriormente comentados⁶⁹.

Un enfoque diferente cabe respecto de las IIC de carácter cerrado, las cuales, ciertamente, podrían eventualmente desempeñar esa función vehicular al servicio de sus socios.

⁶⁶ Vid. Lawson y Sunderland (2019).

⁶⁷ Vid. el artículo 7.1 de la convención multilateral.

⁶⁸ Siguiendo a Merten:

Moreover, the action of the OECD/G20 BEPS initiative that worries the fund industry the most is the PPT rule because of its subjectivity and because, to date, tax authorities can apply it unilaterally without much guidance. Therefore, there is substantial uncertainty regarding the future effects of the PPT (Merten, 2019).

⁶⁹ Párrafo 9 de la introducción:

[...] se llegó a la conclusión de que existía un amplio apoyo generalizado a las conclusiones del informe de la OCDE de 2010 «La concesión de beneficios del convenio en relación con las rentas procedentes de instituciones de inversión colectiva» [...] y que en la medida en que el subapartado 2 f) de la CLB incluido en el informe (preliminar de la acción 6) trataba esta cuestión de manera coherente con las conclusiones del informe de IIC de 2010, no era necesario introducir cambios adicionales [...] aunque se acordó que la adopción de las recomendaciones derivadas del proyecto TRACE [...] resultaba importante para la puesta en práctica de dichas conclusiones [...].

6.2. Posición de los socios o partícipes

Las rentas que obtienen los socios de las IIC, ya sean distribuidas por ellas o derivadas de la transmisión o el reembolso de la participación, pueden acogerse a los convenios para evitar la doble imposición.

En cuanto a las rentas distribuidas por la IIC, caen bajo el concepto de dividendos del artículo 10 del modelo de convenio, en la medida en que tales rentas pueden ser consideradas como «rendimientos de las acciones» o como «rendimientos de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que hace la distribución sea residente».

La legislación española sujeta a las rentas distribuidas por las IIC a sus socios o partícipes al mismo régimen fiscal que a los rendimientos de las acciones. Por tanto, como regla general, dichas rentas disfrutarán de la aplicación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

En cuanto a las rentas derivadas de la transmisión o el reembolso de las acciones o participaciones, caen bajo el concepto de «ganancias de capital» del artículo 13 del modelo de convenio y, en consecuencia, serían gravadas exclusivamente en el Estado de la residencia del socio o partícipe, excepto si el patrimonio de la IIC tiene carácter inmobiliario, en cuyo caso, también podrían ser gravadas por el Estado en el que está constituida la IIC.

6.3. Las IIC constituidas en Luxemburgo

La industria luxemburguesa de la inversión colectiva reviste una importancia singular. Razones de estabilidad y flexibilidad regulatorias, así como de índole fiscal, forman parte del contexto determinante de su indisputable éxito. El nuevo entorno BEPS y ATAD, si cuidadosamente implementado como esperado, no supondrá una merma de los atractivos de esa jurisdicción fiscal⁷⁰. Otras jurisdicciones fiscales, entre ellas la española, contemplan con desasosiego esos atractivos. La libertad de movimiento de capitales y la libre prestación de servicios podrían deparar mermas a la industria nacional si la misma no está asistida de un entorno regulatorio y fiscal igualmente favorable y/o de medidas defensivas. Las relaciones hispano-luxemburguesas en el ámbito de la fiscalidad de la inversión colectiva son una muestra de esos recelos.

La consulta de la DGT 1726/1998, de 4 de noviembre (NFC008378), consideró que los partícipes de las IIC constituidas en Luxemburgo al amparo de la Ley de 30 de marzo de

⁷⁰ Vid. Schaffner y Duro (2019).

1988 debían seguir el régimen previsto en el artículo 74 de la Ley 43/1995, es decir, tributar en función del valor liquidativo, porque tales instituciones debían entenderse constituidas en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

La contestación, cuya acogida no fue pacífica, se fundamentaba en una determinada interpretación del protocolo del convenio suscrito entre España y Luxemburgo el 3 de junio de 1986, puesta en relación con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

El párrafo 1 del protocolo establecía que el convenio no se aplicaba a:

Las sociedades *holding* definidas en la legislación especial luxemburguesa contenida actualmente en la Ley de fecha 31 de julio de 1929, y el Decreto gran ducal de fecha 17 de diciembre de 1928. No se aplica tampoco a las rentas que un residente en España obtenga de acciones u otros títulos de sociedades similares.

El artículo único del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, calificaba como paraíso fiscal, entre otros, al «Gran Ducado de Luxemburgo, por lo que respecta a las rentas percibidas por las sociedades a que se refiere el párrafo 1 del protocolo anexo al convenio», concluyendo la doctrina administrativa que entre las entidades del mencionado párrafo «hay que considerar las entidades o instituciones de inversión colectiva luxemburguesas acogidas a la Ley de 30 de marzo de 1988, en tanto se beneficien del régimen fiscal actualmente en vigor».

No es el caso de comentar si las IIC luxemburguesas eran «sociedades similares» a las sociedades *holding* del Decreto gran ducal de 17 de diciembre de 1928, pero sí es útil hacer dos precisiones. En primer lugar, que las IIC luxemburguesas de la Ley 30 de marzo de 1988 estaban amparadas por la Directiva 85/611/CEE y, en segundo lugar, que el informe del grupo del Código de Conducta de la Unión Europea condenó a las sociedades del Decreto de 1929, pero no a las IIC de la Ley 30 de marzo de 1988.

Finalmente, el problema se solventó mediante un intercambio de notas entre las autoridades fiscales española y luxemburguesa, en cuya virtud, las mismas convinieron que:

Lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 de su protocolo (del convenio para evitar la doble imposición) se entenderá que no es de aplicación a las rentas procedentes de instituciones de inversión colectiva que, debidamente autorizadas por la respectiva autoridad competente, sean comercializadas en el otro Estado previo cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto por la normativa comunitaria.

Sucesivas consultas, entre ellas la consulta de la DGT 1146/2000, de 19 de mayo (NFC011462), establecieron que no sería de aplicación lo previsto en el artículo 74 de la Ley 43/1995 ni en el artículo 78 de la Ley 40/1998, concernientes a la tributación de los socios o partícipes mediante la diferencia de valores liquidativos, cuando concurrieran estas dos circunstancias:

- Que la IIC hubiere sido debidamente autorizada por la autoridad competente de cada Estado.
- Que las participaciones se comercializaran en el otro Estado previo cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto en la sección VIII de la Directiva 85/611/CEE (actualmente sustituida por la Directiva 2009/65/CE).

Tras el Real Decreto 116/2003, de 31 de enero, por el que se modifican el Reglamento del impuesto sobre la renta de no residentes, aprobado por el Real Decreto 326/1999, de 26 de febrero, y el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2 o), apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1991, Luxemburgo abandonó la lista de paraísos fiscales, de manera tal que ninguna IIC constituida en ese país dará pie a la tributación prevista, respecto de sus socios o partícipes residentes en territorio español, en los artículos 54 de la LIS y 95 de la LIRPF⁷¹ mediante la diferencia de valores liquidativos.

Cuestión distinta es la aplicación del convenio hispano-luxemburgués respecto de determinadas entidades afines a la inversión colectiva. En efecto, el intercambio de notas de 15 de abril y 13 de mayo de 2015⁷² implica la inaplicación del convenio bilateral a ciertas IIC similares a aquellas que, de acuerdo con nuestra legislación, podrían considerarse libres o alternativas.

⁷¹ Vid. Informe de 23 de diciembre de 2014, de la DGT, sobre la vigencia de la lista actual de paraísos fiscales aprobada por el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, con las exclusiones derivadas de la aplicación de la modificación introducida por el Real Decreto 116/2003, de 31 de enero, respecto a la entrada en vigor de la disposición final segunda de la Ley 26/2014, e Informe 2104-09934, de la Agencia Tributaria, de 27 de diciembre de 2014. Vigencia actual de la lista de paraísos fiscales.

⁷² Acuerdo con Luxemburgo:

Mediante intercambio de cartas de 15 de abril y de 13 de mayo de 2015, las autoridades competentes de España y Luxemburgo, en relación con el Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y protocolo anexo, hecho en Madrid el 3 de junio de 1986 y Protocolo de 10 de noviembre de 2009, han acordado lo siguiente:

Lo dispuesto en el párrafo 1 del protocolo anexo se entenderá que es de aplicación a la «société de gestion de patrimoine familial» (SPF), y a la «société d'investissement á capital fixe» (SICAF) y la «société d'investissement a capital variable» (SICAV) reguladas en la parte II de la «Loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif» (Boletín oficial del Gran Ducado de Luxemburgo de 24 de diciembre de 2010) y en la «Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés» (Boletín oficial del Gran Ducado de Luxemburgo de 13 de febrero de 2007), así como a las rentas que un residente de España obtenga de acciones u otros títulos de las citadas sociedades y al patrimonio representado por acciones u otros títulos de participación en el capital de tales sociedades que esa persona posea.

Esas IIC, cuya naturaleza y funciones responden básicamente a las enumeradas en el artículo 3 de la Directiva 2009/65/CE a los efectos de excluirlas de la misma, están reguladas en la parte segunda de la *Loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif*, en tanto que la primera parte se refiere a las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE⁷³. Esa distinción tiene tres consecuencias en relación con la legislación fiscal española:

- La no aplicación del convenio hispano-luxemburgués, en cuanto a aquellas IIC mencionadas en el intercambio de notas.
- La no aplicación de la cláusula de exclusión de la transparencia fiscal internacional de los artículos 91.15 de la LIRPF y 100.16 de la LIS.
- La no aplicación de la exención del artículo 14.1 I) del TRLIRNR.

7. La tributación de las IIC y de sus socios o partícipes a la luz del derecho de la Unión Europea

Las IIC pueden poseer activos financieros emitidos por personas o entidades residentes en países distintos de aquel en el que están constituidas o tener socios o partícipes igualmente residentes en tales países. En tal caso, tanto las IIC como sus socios o partícipes realizan operaciones determinantes de movimientos de capitales a través de las fronteras.

El artículo 63 del TFUE declara «prohibidas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

Las restricciones aparecen, de acuerdo con los criterios que emanan de las sentencias del TJUE, cuando la legislación fiscal grava más intensamente las rentas de los capitales transfronterizos que las de los capitales interiores. Algunas restricciones podrán estar justificadas, otras no, a tenor de las causas de justificación construidas por dicho tribunal. Esas restricciones pueden incidir sobre la IIC o sobre sus socios o partícipes.

⁷³ Artículo 3:

La présente partie ne concerne pas:

- les OPCVM du type fermé,
- les OPCVM qui recueillent des capitaux sans promouvoir la vente de leurs parts auprès du public dans l'Union européenne ou dans toute partie de celle-ci,
- les OPCVM dont la vente des parts est réservée par le règlement de gestion du fonds ou les documents constitutifs au public des pays qui ne font pas partie de l'Union européenne,
- les catégories d'OPCVM fixées par la CSSF, pour lesquelles les règles prévues au chapitre 5 sont inappropriées compte tenu de leur politique de placement et d'emprunt.

Desde la óptica de un determinado país, en nuestro caso España, y en el escenario de la imposición directa sobre la renta, las situaciones que se deben examinar son las siguientes:

- La tributación de las IIC no residentes respecto de las rentas obtenidas en territorio español.
- La tributación de las IIC residentes respecto de las rentas obtenidas en el extranjero.
- La tributación de los socios o partícipes no residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC residentes en territorio español.
- La tributación de los socios o partícipes residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC no residentes en territorio español.

7.1. Tributación de las IIC no residentes respecto de las rentas obtenidas en territorio español

Justo el día anterior a aquel en el que el autor de estas líneas se proponía enviarlas al editor, se publicó la STS 1581/2019, de 13 de noviembre (rec. núm. 3023/2018 –NFJ075576–), relacionada con la sentencia Delaware Pooled Trust. Es la primera sentencia del Tribunal Supremo que aborda, en su plenitud, la cuestión objeto del presente epígrafe. Tras su lectura, se ha estimado conveniente mantener la redacción primitiva incorporando, eso sí, un comentario respecto de la referida sentencia. Y ello porque tal redacción proponía un método de análisis similar al aplicado por el Tribunal Supremo, aunque alcanzando una solución distinta.

7.1.1. Las sentencias del TJUE

Varias sentencias del TJUE se han ocupado de esta situación.

En la STJUE de 10 de mayo de 2012 (asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), caso Santander Asset Management, el debate consistió en dilucidar si el tratado se oponía a que los dividendos pagados a IIC extranjeras (belgas, alemanas, españolas, americanas) sufrieran retención, en tanto que los pagados a IIC nacionales no la sufrían (Francia).

El tribunal enfocó la cuestión planteada desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales de los artículos 63 y 65 del TFUE y apreció que la diferencia de trato fiscal, relativo a la retención, que sufrían las IIC (organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios –OICVM–), según que residieran en el extranjero o en Francia, podría desalentar la toma de participación en sociedades francesas por parte de las IIC extranjeras, y a los

inversores franceses a invertir en participaciones de dichas instituciones, y de ahí derivó una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

El tribunal apreció que eran comparables las situaciones de los OICVM nacionales y extranjeros, a pesar de que el Gobierno francés alegó que la comparación pertinente no era entre las IIC, sino entre sus partícipes, de manera tal que, bajo la presunción de que los partícipes residían donde lo hacía el OICVM, los convenios bilaterales correspondientes procurarían la deducción de la retención (crédito de impuesto) y de ello se derivaría que, finalmente, se produciría una igualdad de trato fiscal para las dos colectividades de partícipes contempladas.

El tribunal desoyó la alegación por cuanto, en primer lugar, la retención versaba sobre las rentas percibidas por el OICVM; en segundo lugar, porque la no retención respecto de los OICVM franceses no estaba supeditada a la imposición en sede de los partícipes de los rendimientos distribuidos por los OICVM; y, en tercer lugar, porque aun cuando era cierto que algunos convenios concedían un crédito fiscal a los partícipes en relación con la retención practicada al OICVM, tal crédito no derivaba de la normativa francesa controvertida, entrando en este punto, tal vez, en fricción con la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 8 de noviembre de 2007 (asunto C-379/05 –NFJ026644–), caso Amurta.

De esta manera, tras rechazar las causas de justificación alegadas, esto es, la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria, la de garantizar los controles fiscales, y el mantenimiento de la coherencia del régimen fiscal, el tribunal concluyó que:

Los artículos 63 TFUE y 65 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que prevé la imposición, mediante una retención en origen, de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en otro Estado, mientras que esos dividendos están exentos para los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en el primer Estado.

En la STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–), caso Emerging Markets, el debate versó sobre si el tratado se oponía a que los dividendos pagados a IIC extranjeras (Estados Unidos) sufrieran retención cuando los pagados a IIC nacionales no la sufrían (Polonia). Se trataba, por tanto, de un asunto análogo al abordado en Santander Asset Management.

El tribunal también enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales, por cuanto las IIC no ejercían una influencia decisiva en la sociedad participada que distribuía los dividendos.

El tribunal observó que la diferencia de trato respecto de la retención sobre los dividendos podía disuadir a las IIC no residentes de realizar inversiones financieras en entidades residentes en Polonia y, al tiempo, a los residentes polacos a participar en aquellas, y de ahí dedujo la restricción a la libertad de movimiento de capitales.

El tribunal, al igual que en Santander Asset Management, apreció que la situación de las IIC, nacionales y extranjeras, frente a la retención, era comparable, por cuanto la excepción a la retención de las nacionales era un elemento del mecanismo para eliminar la doble imposición de dividendos, efecto este que igualmente afectaba a las IIC extranjeras.

Tras rechazar las tres causas de justificación alegadas; a saber: la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal, y el reparto de las potestades tributarias, el tribunal concluyó que:

Los artículos 63 TFUE y 65 TFUE han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa fiscal de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, en virtud de la cual no pueden gozar de una exención fiscal los dividendos pagados por sociedades establecidas en ese Estado miembro a un fondo de inversión situado en un Estado tercero, siempre que exista entre ese Estado miembro y el Estado tercero de que se trate una obligación convencional de asistencia administrativa mutua que permita a las autoridades tributarias nacionales comprobar la información remitida, en su caso, por el fondo de inversión. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, en el asunto principal, examinar si el mecanismo de intercambio de información previsto en esa relación de cooperación permite efectivamente que las autoridades tributarias polacas comprueben, en su caso, la información facilitada por los fondos de inversión establecidos en el territorio de los Estados Unidos de América sobre los requisitos relativos a la creación y al desarrollo de sus actividades, con el fin de determinar si operan dentro de un marco normativo equivalente al de la Unión.

En fin, en la STJUE de 21 de junio de 2018 (asunto C-480/16 –NFJ070708–), caso *Fidelity Funds*, se abordó si el tratado se oponía a una legislación en cuya virtud las IIC residentes en otros Estados miembros (Reino Unido y Luxemburgo) sufrían retención respecto de los dividendos distribuidos por entidades residentes (Dinamarca), en tanto que las IIC residentes en Dinamarca no la padecían, a condición de que efectuaran una distribución de beneficios, o una imputación fiscal a partir de 2005, a sus partícipes y practicaran una retención a los mismos.

Al igual que en los dos casos anteriores, el TJUE enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales después de rechazar la libertad de prestación de servicios y la de establecimiento.

El tribunal señaló que, habida cuenta de que el objeto de la normativa danesa era evitar la imposición en cascada o doble imposición inherente a la interposición de la IIC entre la

entidad participada y el inversor final o partícipe, ese objeto o finalidad se presentaba tanto en relación con las IIC danesas como británicas y luxemburguesas, concluyendo así en la comparabilidad de las situaciones interna y transfronteriza, de manera tal que el peor tratamiento, frente a la retención, de la situación transfronteriza, conducía a la restricción respecto de la libertad de movimiento de capitales.

El tribunal examinó dos causas de justificación; a saber: el reparto equilibrado de los ingresos fiscales y la coherencia del sistema fiscal. Habida cuenta de la sutileza de la legislación fiscal danesa, en cuanto supeditaba la exención de la retención a la redistribución de los dividendos por parte de la IIC a sus socios o partícipes, el tribunal afinó en el análisis de las causas de justificación.

La primera causa de justificación no fue apreciada por el tribunal, por cuanto la retención a las IIC extranjeras no tenía por objeto evitar comportamientos que pudieran comprometer el derecho del Estado miembro (Dinamarca) a gravar las rentas de las operaciones realizadas en su territorio, sino suplir la ausencia de competencia para gravar las rentas distribuidas o imputadas por tales IIC. Acotado de este modo el alcance de esa causa de justificación, en línea con lo dicho en otras sentencias, las perspectivas que pudieron apuntarse en la sentencia que la creó, esto es la STJCE de 13 de diciembre de 2005 (asunto C-446/03 –NFJ021162–), caso Marks & Spencer, en particular en razón a su conexión con el principio de territorialidad, se han ido diluyendo, habiendo devenido en la actualidad en una suerte de comodín que permite al tribunal un margen de discrecionalidad tan amplio como difuso⁷⁴.

En relación con la segunda causa de justificación, el tribunal apreció la relación entre la ventaja fiscal consistente en la exención de la retención sobre los dividendos procedentes de entidades residentes y la compensación de esa ventaja con la posterior retención respecto de los dividendos distribuidos o imputados por la propia IIC a sus partícipes.

Sin embargo, el TJUE apreció que la medida discriminatoria iba más allá de lo necesario, pues:

[...] como señaló el abogado general en el punto 80 de sus conclusiones, la coherencia interna del régimen fiscal en cuestión en los litigios principales permanecería inalterada si los OICVM residentes de un Estado miembro distinto del Reino de Dinamarca que cumplan los requisitos del artículo 16 C de la *ligningslov* pudieran acogerse a la exención de la retención en la fuente, siempre que las autoridades fiscales danesas se aseguraran, con la plena colaboración de esos organismos, de que estos últimos liquidan un impuesto equivalente al importe que los fondos del

⁷⁴ Siguiendo a Calderón y Martín:

[...] lo cierto es que los perfiles de esta exigencia imperativa de interés general están un tanto difusos [...] el perfil borroso de esta exigencia permite al TJUE mantener un gran margen de ponderación entre el interés nacional y el propio de la UE [...] (Calderón y Martín, 2019, p. 118).

artículo 16 C residentes en Dinamarca deben girar, como retención fiscal, sobre el reparto mínimo calculado de conformidad con esta disposición. Permitir a tales OICVM acogerse a esa exención en las condiciones descritas constituiría una medida menos restrictiva que el régimen actual.

Tras ello, el tribunal sentenció que:

El artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, en virtud de la cual los dividendos satisfechos por una sociedad residente en este Estado miembro a un organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) no residente están sometidos a una retención en la fuente, mientras que los dividendos satisfechos a un OICVM residente en este mismo Estado miembro están exentos de tal retención, a condición de que este último organismo efectúe un reparto mínimo de dividendos a sus partícipes, o bien proceda técnicamente a imputar un dividendo mínimo, y practique la retención del impuesto sobre ese dividendo mínimo real o ficticio a cargo de sus partícipes.

Las tres sentencias versaron sobre la tributación de los dividendos satisfechos por entidades residentes en un Estado miembro de la Unión Europea a IIC constituidas en otro Estado miembro o en un Estado tercero. Y las tres llegaron a la misma conclusión; a saber: que la libertad de movimiento de capitales se oponía a la tributación, vía retención, del dividendo percibido por la IIC extranjera, cuando tal dividendo se hallaba exento en caso de ser percibido por una IIC nacional. Y se oponía incluso en el supuesto de que la exención del dividendo percibido por la IIC nacional estuviera supeditada a una obligación de redistribución del dividendo pero, en tal caso, la exención sería legítima si también se concedía exención a la IIC extranjera igualmente obligada a redistribuir.

La clave de bóveda de la construcción del TJUE reside en el carácter comparable de las situaciones interna e internacional. La exención de los dividendos en sede de la IIC nacional tiene como objetivo evitar la imposición en cascada, y esa imposición en cascada también afecta a las IIC extranjeras. De ahí la situación comparable. Ahora bien, la superación de la imposición en cascada se predicaba, en el contexto de las legislaciones fiscales examinadas, respecto de las IIC, pero no de cualquier tipo de entidad.

Por tanto, la infracción del principio de libertad de movimiento de capitales se producía cuando la IIC extranjera operaba dentro de un marco jurídico equivalente al establecido por la regulación prudencial de la Unión Europea en materia de inversión colectiva. En efecto, solo en tal caso, las situaciones interna y transfronteriza son comparables y, por ende, el distinto tratamiento fiscal es reprochable a la luz de la libertad de movimiento de capitales.

En vía de aproximación general, el régimen jurídico de las IIC nacionales, que servirá como término de comparación a los efectos de discernir la equivalencia, será el establecido por la Directiva 2009/65/CE, pues tal norma es la que define el marco jurídico de la inversión

colectiva en la Unión Europea. En vía de definición específica en relación con cada Estado miembro habrán de tomarse en cuenta, además, las especialidades propias de la legislación fiscal. Así, en el caso de España, debiera tomarse como marco de referencia el régimen jurídico establecido en la LIIC, pues es el cumplimiento del mismo el que habilita la tributación al tipo especial de gravamen y, por ende, determina la devolución de las retenciones.

La constatación de la situación de equivalencia ha de realizarse por las autoridades competentes de la jurisdicción fiscal donde reside la entidad pagadora de los dividendos. Se trata de una operación delicada para cuya realización es preciso contar con la información pertinente, de manera tal que es preciso que exista un instrumento jurídico que permita el intercambio de información entre el Estado miembro concernido, en nuestro caso España, y el Estado tercero. Así, en Emerging Markets se dijo que:

Corresponde, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente examinar si las obligaciones convencionales entre la República de Polonia y los Estados Unidos de América, que establecen un marco jurídico común de cooperación y mecanismos de intercambio de información entre las autoridades nacionales interesadas, pueden efectivamente permitir que las autoridades tributarias polacas comprueben, en su caso, la información facilitada por los fondos de inversión establecidos en el territorio de los Estados Unidos de América inherente a los requisitos relativos a la creación y el ejercicio de sus actividades, con el fin de determinar que operan en un marco normativo equivalente al de la Unión.

Aun cuando las sentencias del TJUE han versado sobre dividendos, es fácil colegir que sus determinaciones deben proyectarse sobre cualquier otro tipo de renta; singularmente, las consistentes en intereses y plusvalías derivadas de la transmisión de activos financieros. Como también es fácil colegir que la forma en como se instrumente la exención a favor de la IIC nacional no es relevante, sino que lo decisivo es que la misma no soporte una tributación efectiva respecto de las rentas concernidas. La tributación al tipo de gravamen simbólico del 1 % equivale, a estos efectos, a un régimen de exención.

7.1.2. El ejercicio del poder-deber de inaplicación por los tribunales españoles

Se advierte, por tanto, que nuestra legislación no está, plenamente, en línea con la doctrina que emana de las sentencias del TJUE⁷⁵, por cuanto la exención del artículo 14.1. l) del

⁷⁵ Siguiendo a Lucas:

[...] es preciso indicar que con la aprobación de tal norma se ha eliminado únicamente el problema en relación con las distribuciones intracomunitarias sin percatarse de que el artículo 63 del TFUE que prevé la libertad de circulación de capitales y pagos tiene efectos *erga omnes* [...] (Lucas, 2019, p. 787).

TRLIRNR solo se proyecta respecto de los dividendos percibidos por IIC reguladas por la Directiva 2009/65/CE, de manera tal que quedan fuera de la misma, en el plano subjetivo, las IIC residentes en Estados terceros y, en el plano objetivo, los intereses y las plusvalías de cartera, entre otras rentas.

La eventual extensión del régimen de la exención del artículo 14.1 I) del TRLIRNR, incluso proyectada sobre otras rentas distintas a los dividendos tales como intereses y plusvalías de cartera, a entidades que reclamen la calificación de IIC residentes en Estados terceros, bien podría establecerse por los tribunales españoles en el ejercicio del poder-deber de inaplicación de las normas contrarias al ordenamiento comunitario, en el caso presente, sobre la base del principio de libertad de movimiento de capitales.

Ahora bien, tal extensión exigiría la equivalencia del régimen jurídico al que se someten las IIC extranjeras respecto del previsto en la LIIC, pues, en efecto, el tipo de gravamen del 1 %, determinante de un régimen práctico de exención, no es sino una pieza de un régimen fiscal destinado a evitar el exceso de imposición derivado de la interposición de una entidad que realiza las funciones propias de la inversión colectiva, sujetándose por ello a una regulación prudencial contenida en la citada LIIC, la cual traspone la regulación prudencial comunitaria de la Directiva 2009/65/CE. En este sentido, tal extensión requeriría una respuesta positiva respecto de las siguientes cuestiones:

- ¿Apela la entidad al público para captar fondos sin limitarse a las aportaciones de los inversores que hayan promovido su constitución?
- ¿Tienen los socios o partícipes el derecho de solicitar el reembolso de la acción o participación por su sola decisión?
- ¿Está regulada la composición del patrimonio y el funcionamiento de la entidad por una normativa prudencial?
- ¿Exige la normativa reguladora la presencia de, al menos, 100 partícipes o accionistas?
- ¿Tributa la entidad por el IS correspondiente, aun cuando lo haga en régimen privilegiado?
- En caso de régimen privilegiado, ¿tributan sus socios o partícipes por la imposición personal que les corresponda?

La respuesta positiva a las referidas interrogantes, susceptible de ser comprobada por la Administración tributaria española en el contexto de la aplicación de un instrumento regulador del intercambio de información con fines tributarios como, por ejemplo, un convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, determinaría la situación de equivalencia, de manera tal que, por imperativo del mandato de

la libertad de movimiento de capitales del artículo 63 del TFUE, la IIC residente en un Estado tercero debería disfrutar, en razón de los dividendos pagados por personas o entidades residentes en territorio español, de la exención prevista en el artículo 14.1 I) del TRLIRNR.

En fin, esa exención, en las mismas circunstancias, debiera extenderse a las restantes rentas, tales como intereses y plusvalías de cartera.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 7 de julio de 2015 (rec. núm. 1009/2013 –NFJ064559–) abordó un caso de devolución de retenciones a solicitud de una IIC norteamericana. La sentencia parte de la pertinencia de la aplicación del principio de libertad de movimiento de capitales de los artículos 63 y siguientes del TFUE. A tal efecto, después de constatar la diferencia de trato, inquiere si la entidad recurrente es comparable con las IIC constituidas en España, y así, después de afirmar que las «situaciones comparables no son situaciones idénticas», se consagra al análisis de la documentación presentada por el obligado tributario relativa a la comparabilidad y, tras reprochar que la misma se encuentre redactada en inglés, concluye que:

[...] no consta ni el número concreto de partícipes de la entidad actora ni su capital social [...] lo que debe implicar la conclusión final de que la entidad actora no ha acreditado que esté en una situación de igualdad con los fondos de inversión españoles, a los que se aplica el beneficio fiscal pretendido, ya que no ha probado que cumpla los requisitos mínimos exigidos por la legislación española para ello.

Se notará que la carga de la prueba recae sobre el obligado tributario, y también que la pauta de comparación es la legislación española, no la comunitaria, si bien aquella incorpora los rasgos básicos de esta.

Sin embargo, el auto de admisión del recurso de casación, de 25 de abril de 2018, entiende que, a efectos del análisis de comparabilidad, es preciso dilucidar si el mismo ha de realizarse a la vista de la legislación española o bien a la vista de la legislación comunitaria, al tiempo que introduce la cuestión de la suficiencia del instrumento jurídico de intercambio de información⁷⁶.

⁷⁶ Auto del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018 (rec. de cas. núm. 1344/2018 –NFJ070981–):

Tercero.

1. A la vista de cuando antecede, el recurso de casación preparado nos suscita dos cuestiones jurídicas relacionadas y concatenadas, porque la respuesta que se dé a la primera puede hacer innecesaria la contestación de la segunda, a saber:

Primera. Determinar si el análisis de comparabilidad entre las instituciones de inversión colectiva residentes en EEUU, sin establecimiento permanente en España, y las instituciones de inversión colectiva residentes en España, al objeto de determinar si el diferente tratamiento tributario de los dividendos percibidos de sociedades residentes en España supone o no una restricción a

De acuerdo con lo anterior, los *private equity*, los *hedge funds* y, en general, las IIC asimilables a las de carácter libre o alternativas, así como los denominados fondos soberanos, entre otros, no deberían disfrutar de la exención referida.

Lo relevante, a efectos del juicio de equivalencia, es, en primer término, la naturaleza jurídica de la estructura jurídica foránea que reclama la igualdad de trato fiscal frente a una determinada operación. Su régimen fiscal, en segundo término, deberá posteriormente ser tomado en consideración, a los efectos de determinar si, efectivamente, se produce una discriminación y, eventualmente, si media una causa de justificación adecuada y proporcionada o una neutralización por la vía de un convenio bilateral. Sin embargo, sin superar el primer término, huelga embarcarse en el segundo, pues la discriminación consiste en tratar de manera diferente situaciones iguales, y la regulación sustantiva de la entidad extranjera concernida es un elemento trascendental a tal efecto.

Un fondo soberano difícilmente superaría la prueba de la equivalencia. No obstante, respecto de estos fondos se plantea la cuestión de su asimilación al régimen fiscal propio del Estado. En efecto, de acuerdo con lo previsto en los artículos 9.1 a) y 128.4 a) de la LIS, el Estado está exento del IS y las rentas que perciba no sufrirán retención, de manera tal que el mandato de la libertad de movimiento de capitales reclamaría la exención por el IRNR de las rentas percibidas por un Estado extranjero. En la medida en la que el fondo soberano pudiera entenderse formando parte del Estado, podría, igualmente, estar amparado por el imperativo del principio de libertad de movimiento de capitales.

La consulta de la DGT 3/2018, de 8 de enero (NFC067410), ante una pretensión de exención por el IRNR del Banco Central de la República Popular China, respecto de los dividendos pagados por entidades residentes, en atención a que el Banco de España no soportaba retenciones sobre tales dividendos y gozaba de exención subjetiva, concluyó que:

[...] debe indicarse que no es competencia de este centro directivo valorar el encaje o a juste de la norma tributaria doméstica ni al ordenamiento jurídico nacional ni al derecho de la Unión Europea, correspondiendo dicha valoración a los órganos jurisdiccionales.

la libre circulación de capitales contraria al derecho de la Unión Europea, se debe realizar conforme a la legislación española de fuente interna sobre instituciones de inversión colectiva o conforme a la Directiva UCIT.

Segunda. Dilucidar si el análisis de la suficiencia de los mecanismos existentes para obtener información sobre los fondos de inversión residentes en EEUU debe buscar la identidad con los que España tiene con otros Estados miembros de la Unión Europea o la mera equiparación y la efectividad de los mismos para el fin pretendido, decidiendo, en consecuencia, si la cláusula de intercambio de información prevista en el artículo 27 CDI España/EEUU podía ser suficiente o era claramente insuficiente en el ejercicio 2010 [...].

Quedaba así la cuestión planteada, pero cautelosamente no resuelta⁷⁷.

En fin, aun cuando quedara probada la equivalencia de la IIC extranjera respecto de la nacional, todavía quedaría por ver si la aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición aplicable determinaría, mediante la imputación ordinaria de la retención, la neutralización de la diferencia de trato.

Así, en la sentencia Amurta, se dijo que:

Quando un Estado miembro invoca un convenio para evitar la doble imposición celebrado con otro Estado miembro, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si, en el litigio principal, debe tenerse en cuenta ese convenio y, en su caso, comprobar si permite neutralizar los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales.

La RTEAC de 19 de octubre de 2015 (RG 1887/2015 –NFJ060998–) argumentó, en el contexto de una solicitud de devolución formulada por una IIC norteamericana, que:

[...] la eventual restricción se habría neutralizado en virtud de lo dispuesto en el convenio bilateral para evitar la doble imposición celebrado entre España y Estados Unidos, si en aplicación del mismo la tributación soportada en España por el fondo reclamante ha podido ser deducida de la tributación que le correspondiese soportar en su país de residencia. Así parece sugerirlo la AEAT al sustentar su negativa a devolver las cantidades solicitadas, entre otras razones, en la falta de acreditación de que la retención soportada en España no haya sido objeto de deducción en el país de residencia del contribuyente [...] si en aplicación de este precepto del CDI con EE. UU. la entidad reclamante hubiese podido deducir de la cuota que le corresponda en su país de residencia la totalidad de la cantidad que ha tributado en España por encima de la tributación que aquí soportan las IIC españolas, se había neutralizado el citado exceso, de modo que no habría ninguna restricción prohibida por el TFUE [...] la carga de la acreditación de cual ha sido el trato que en Estados Unidos ha tenido la retención soportada en España, por evidentes razones de cercanía a las fuentes de prueba, corresponde a la entidad reclamante [...]

En los meses venideros, los tribunales de justicia de justicia deberán pronunciarse respecto de las devoluciones solicitadas por IIC constituidas en Estados terceros⁷⁸.

⁷⁷ Vid. Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del ordenamiento comunitario en el derecho español (2008).

⁷⁸ Vid. Ballesteros (2017).

7.1.3. La STS en el caso Delaware Pooled Trust

La entidad de referencia era una sociedad de inversión de capital variable registrada y sometida a la supervisión de la Securities and Exchange Commission (SEC).

La STS 1581/2019, de 13 de noviembre (rec. núm. 3023/2018 –NFJ075576–) se adentra en la cuestión, nuclear, de la comparabilidad, argumentando que no puede exigirse:

[...] la identidad absoluta entre los fondos residentes regulados en la legislación española y los no residentes, no es posible exigir dicha identidad, sino que resulta suficiente que sean similares o equivalentes, encontrando los elementos configuradores que definen IICs en la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 [...]; en palabra del TJUE, «comprobar, en cooperación con las autoridades competentes de los Estados Unidos de América, que desarrollan sus actividades en unas condiciones equivalentes a las aplicables a los fondos de inversión establecidos en el territorio de la Unión».

Así pues, el término de comparación, contrariamente a lo que se ha mantenido en las líneas precedentes, y también al criterio sustentado en la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no lo proporciona el régimen jurídico previsto en la LIRPF, sino el establecido por la Directiva 2009/65/CE. La sentencia es contundente en este punto, por cuanto el que:

[...] la normativa de referencia lo constituyan la LIIC y el RIIC en relación con el IS lleva necesariamente a restringir el tipo de gravamen al 1 % respecto de determinadas IIC que reúnan los requisitos legalmente dispuestos, pero en ningún caso sería de aplicación a los fondos no residentes, tal y como ha quedado dicho anteriormente; lo que per se conlleva la inidoneidad de la normativa nacional en exclusividad a los efectos de servir de contraste para verificar si las no residentes «operan en un marco normativo equivalente al de la Unión».

Ciertamente, la LIIC no es aplicable a los fondos extranjeros, pero de ahí no se sigue que no sea idónea para ser la referencia a los efectos de ejercitar el test de comparación. Por el contrario, tal vez sea la más válida por cuanto el régimen fiscal especial de las IIC que, justamente, es el que determina la devolución de las retenciones practicadas, se asienta en el cumplimiento de las normas contenidas en la citada LIIC. Cuestión distinta es que la comparación deba efectuarse no en términos de mimetismo normativo, sino, más bien, en razón a los objetivos y principios que animan a las legislaciones concernidas, esto es, la norteamericana y la española. Es esa similitud de objetivos y principios lo que permite afirmar que las IIC norteamericanas son comparables a las españolas y, por tanto, que el peor trato fiscal de las primeras respecto de la retención sobre los dividendos determina

una discriminación restrictiva de la libertad de movimiento de capitales. Así lo entendió el legislador polaco, afectado por la sentencia *Emerging Markets*⁷⁹.

Sin duda, este era el punto crucial. Así lo puso de relieve el abogado del Estado alegando que «en la directiva no figuran una serie de cuestiones básicas que son determinantes para la aplicación del régimen de IIC y, por ende, para la aplicación del régimen fiscal, como, por ejemplo, el número de socios [...]», y también la entidad recurrente, la cual solicitó del tribunal la presentación de una cuestión prejudicial, al amparo del artículo 267 del TFUE, con la pretensión de que el TJUE declarara que:

[...] el análisis de comparabilidad entre las IIC residentes en terceros Estados, sin EP en la UE, y las IIC de inversión colectiva residentes en EEMM se debe realizar conforme a dicha Directiva y no atendiendo a los requisitos adicionales que pueda establecer la legislación nacional de cada Estado miembro [...].

Es dable intuir, aunque no sea posible afirmar, que el fondo de inversión norteamericano tal vez debió encontrar dificultades para probar el requisito de 100 socios o partícipes exigido por la LIIC, cuyo incumplimiento inhabilita el régimen fiscal privilegiado de las IIC españolas y, por ende, frustra la devolución de la retención sobre dividendos a las mismas.

Verdaderamente, el planteamiento de la cuestión prejudicial se hubiese revelado útil. En efecto, en la decisión del Tribunal Supremo ha pesado fuertemente la sentencia *Emerging Markets*, la cual, como ha quedado expuesto anteriormente, pero conviene recordarlo, concluye que:

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, en el asunto principal, examinar si el mecanismo de intercambio de información previsto en esa relación de cooperación permite efectivamente que las autoridades tributarias polacas comprueben, en su caso, la información facilitada por los fondos de inversión establecidos en el territorio de los Estados Unidos de América sobre los requisitos relativos a la creación y al desarrollo de sus actividades, con el fin de determinar si operan dentro de un marco normativo equivalente al de la Unión.

La literalidad del fallo parece conducir a que el marco normativo de referencia para efectuar la comparación sea el de la Unión Europea, por tanto, el de la Directiva 2009/65/CE o, anteriormente, el de la Directiva 85/611/CEE. Esa apreciación podría no ser la más correcta.

⁷⁹ Siguiendo a Kostowska y Gnutzmann:

[...] in order to ensure equal tax rights for Polish and foreign funds, the Polish lawmakers referred to the Polish regulatory legislation for standard mutual investment funds to design exemption requirements that focus on whether or not the given foreign investment fund is comparable to a Polish one [...] (Kostowska y Gnutzmann, 2019).

En efecto, los fondos de inversión polacos disfrutaban de la exención determinante de la ausencia de retención por el solo hecho de residir en Polonia y estar adaptados a la normativa comunitaria, sin que fuera necesaria la concurrencia de otros requisitos relevantes, de manera tal que el criterio de diferenciación principal (era) el lugar de residencia de los fondos de inversión⁸⁰, a diferencia de lo que acontece con respecto a los fondos de inversión españoles, cuyo régimen regulatorio incorpora, además de las previsiones de la Directiva 2009/65/CE, el requisito de 100 socios o partícipes, cuyo cumplimiento es inexcusable para disfrutar del tipo de gravamen del 1 % en el IS y, consecuentemente, de la devolución de la retención sobre los dividendos. Es más, tal requisito es el quicio sobre el que el legislador fiscal ha construido la fiscalidad privilegiada de la inversión colectiva.

El criterio de diferenciación principal en el caso polaco era la residencia, pero en el caso español no lo es. En el caso español, la adecuación a la Directiva 2009/65/CE, pero sin cumplir el requisito de 100 o más socios o partícipes, determina la tributación al tipo general de gravamen por el IS y, por ende, la no devolución de retenciones. ¿Habrían de devolverse las retenciones a un fondo de inversión extranjero no comunitario cuando a un fondo de inversión español no se le devolverían?

Véase, consecuentemente, que la sentencia *Emerging Markets*, a la que el Tribunal Supremo concede, acertadamente, una especial significación, tal vez admita una lectura diferente de aquella que, *prima facie*, se desprende de su fallo o, por mejor decir, una conclusión distinta a la alcanzada por la sentencia del Tribunal Supremo.

Concebida en relación con la jurisdicción fiscal polaca, la aplicación de *Emerging Markets* respecto de otra jurisdicción fiscal, en este caso la española, ha de realizarse incorporando los requisitos relevantes adicionales al puro sometimiento a la Directiva 2009/65/CE que en la misma habilitan el disfrute de la exención fiscal. Si no se hiciere así, se podría llegar a devolver retenciones a un fondo de inversión extranjero que, sin embargo, no serían devueltas a un fondo de inversión español, lo que carecería de toda pertinencia. En particular, así sucedería en todos aquellos casos en los que el fondo de inversión extranjero, aun respondiendo estructuralmente a los criterios de la Directiva 2009/65/CE, no acreditase el requisito de 100 socios o partícipes.

⁸⁰ STJUE de 10 de abril de 2014 (asunto C-190/12 –NFJ054063–), caso *Emerging Markets*:

Teniendo en cuenta cuanto antecede, en relación con una normativa fiscal de un Estado miembro, como la *ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych*, que recoge como criterio de diferenciación principal el lugar de residencia de los fondos de inversión, que implica la práctica o no de una retención en el origen sobre los dividendos que les pagan las sociedades polacas, los fondos de inversión no residentes se encuentran en una situación objetivamente comparable a aquella de los fondos cuya sede está situada en el territorio polaco (apdo. 69).

Repárese, pues, en la utilidad que hubiera supuesto el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Sea como fuere, es claro que el Tribunal Supremo toma como término de comparación el régimen jurídico de los fondos de inversión previsto en la Directiva 2009/65/CE, desechando el de la LIIC, pero, en cualquier caso, la prueba de la concurrencia de los supuestos determinantes de la equivalencia o similitud ha de aportarla el contribuyente.

Así las cosas, la sentencia del Tribunal Supremo entiende que hay un vacío normativo respecto de la forma en como debe practicarse la prueba inherente a la comparación, de manera tal que:

[...] ante el vacío legal de la forma en que debe articularse la solicitud y los medios para acreditar, en este caso, la equivalencia o similitud ya referida, aun cuando le correspondía a la solicitante de la devolución acreditar dicha circunstancia esencial, la misma cumplió mediante la aportación de los medios que tuvo por conveniente intentando acreditar sería y rigurosamente dicha equivalencia –la propia sentencia (TSJM) da cuenta de los medios utilizados y e incluso su mayor amplitud que en otros casos–, existiendo mecanismo para el intercambio de información entre España y EEUU en los términos previstos, en caso de duda correspondía a las autoridades españolas recabar la información necesaria a las autoridades de EEUU para comprobar la equivalencia [...].

Sin embargo, la sentencia recurrida, en orden a la prueba, aun reconociendo que el recurrente había realizado un esfuerzo probatorio superior al de otros recurrentes, lo que afirmó fue la insuficiencia de las pruebas aportadas, de manera tal que:

[...] en el caso de autos, si bien el esfuerzo probatorio de la entidad recurrente es algo mayor que en los casos anteriores examinados, lo cierto es que sigue adoleciendo de documentos suficientes para acreditar lo que desde la vía administrativa se le viene exigiendo por la AEAT, y que este tribunal considera requisito necesario a los fines pretendidos por la actora. Así, se aporta certificado del Departamento del Tesoro informando sobre el domicilio fiscal del fondo de inversión recurrente, así como certificado relativo a que es una sociedad de inversión de capital variable registrada y, por ello, sometida a la supervisión de la SEC; pero sigue sin aportarse documento válido que afirme que el fondo cumple las exigencias de la normativa española a los efectos pretendidos (número de partícipes, capital mínimo exigido) [...] Además, el hecho de que los fondos estadounidenses tengan unas determinadas exigencias de información o transparencia o unas obligaciones de inscripción en el organismo regulador (el SEC) no implica que en este caso el fondo cumpla con ellas y las valoraciones que haga un perito extranjero de tal cumplimiento o del derecho extranjero no pueden vincular a la sala, como tampoco pueden hacerlo otras sentencias dictadas en otros países europeos respecto

de asuntos cuya identidad no consta con este, así como tampoco pueden vincularla las sentencias que haya podido dictar la Audiencia Nacional en tal cuestión. No es tanto una cuestión jurídica, sino de prueba [...].

Ciertamente, el tribunal de instancia enfocó la prueba en razón a la equivalencia configurada con base en los requerimientos de la LIIC, en tanto que el Tribunal Supremo la enfocó respecto de los previstos en la Directiva 2009/65/CE, pero, habida cuenta de que la LIIC asume los contenidos de la Directiva 2009/65/CE, es fácil concluir que los elementos básicos de la prueba habrían de ser, cuando menos, parcialmente coincidentes en los dos entornos probatorios. Se observa, por tanto, una cierta discrepancia entre los dos tribunales en orden a la valoración de la prueba.

El camino emprendido por el Tribunal Supremo obliga a la Administración tributaria a una reflexión profunda respecto de la prueba inherente al test de comparación. La sentencia del Tribunal Supremo indica el siguiente itinerario probatorio:

- La aportación de las pruebas relativas a los hechos determinantes de la equivalencia corresponde al contribuyente.
- No existiendo un procedimiento probatorio específico, ni unos medios de prueba tasados, habrá de estarse a las normas probatorias de carácter general, de acuerdo con lo previsto en el artículo 106.1 de la LGT.
- La prueba debe ir encaminada a demostrar que la IIC concernida cumple con los requisitos previstos en la Directiva 2009/65/CE. Conviene recordar en este punto que la propia legislación española distingue entre IIC que cumplen con la Directiva 2009/65/CE y aquellas otras que no lo hacen⁸¹.
- La Administración tributaria deberá valorar las pruebas aportadas pudiendo, a tal efecto, recabar la colaboración de la autoridad fiscal extranjera correspondiente.

Ese itinerario excluye una apreciación rigorista de la prueba que frustre las pretensiones de los fondos de inversión foráneos que ejercitan las funciones propias de la inversión colectiva, pero no una apreciación ponderada que rechace las pretensiones de aquellas entidades que, realmente, no cumplen con la función de inversión colectiva en el sentido de la Directiva 2009/65/CE; en particular, las asimilables a las IIC libres o alternativas, las denominadas *private equity*, las subsumibles en los fondos soberanos, o en los *hedge funds* o en los REITS o en las *venture capital*, entre otras.

La nota de colectividad, si bien no en los términos objetivados en la LIIC, no está excluida del escrutinio que se infiere de la sentencia del Tribunal Supremo.

⁸¹ Vid. epígrafe 1.2.3 del presente estudio.

Sin perjuicio de lo anterior, no debiera pasarse por alto que la no práctica de la retención por el IRNR, o su devolución a los fondos extranjeros, en este caso norteamericanos, en nada alivia la carga tributaria de los mismos o de sus partícipes, en la medida en que tal retención esté sujeta a imputación, de acuerdo con las reglas del convenio hispano-norteamericano para evitar la doble imposición, sea en sede de los propios fondos o de sus partícipes⁸². Simplemente, se transfiere recaudación desde la jurisdicción fiscal española a la norteamericana, sacrificando así, erróneamente, en el altar del principio de libertad de movimiento de capitales, la distribución convenida de recursos fiscales entre las dos jurisdicciones; aspecto este no menor, aunque no abordado en las instancias por las que ha transitado el conflicto y que, sin embargo, podría haber fundamentado la sanación de la restricción en los términos de la STJUE Amurta, anteriormente comentada, por más que en Emerging Markets el TJUE se haya mostrado adverso a aplicar esa doctrina.

Mediante el convenio bilateral para eliminar la doble imposición, España y los Estados Unidos de América han acordado que los dividendos pagados por entidades residentes en España a los inversores norteamericanos sufran una tributación por el IRNR que no exceda del 15 %, y que el impuesto así recaudado se impute en la cuota de la imposición personal de dichos inversores. No se advierten las razones por las cuales ese convenio ha de ser desplazado por la interposición de un fondo de inversión. En efecto, como se ha indicado, si opera la imputación convenida, la retención por el IRNR no agrava la tributación de los inversores norteamericanos, ni en relación con la tributación de los inversores españoles de fondos de inversión españoles ni en relación con la tributación de los inversores individuales norteamericanos de fondos de inversión españoles. Si se contempla en profundidad la función de las IIC, esto es, la agrupación de los inversores individuales transformándolos en colectivos, se llega a la conclusión de que la retención por el IRNR, en cuanto esté sujeta a imputación de acuerdo con las reglas del convenio, en nada perturba el principio de libertad de movimiento de capitales. En efecto, la renta líquida del inversor colectivo permanece invariable, medie o no retención por el IRNR.

Ejemplo 1

Un fondo de inversión es tratado como una entidad transparente o bien obligada a distribuir rentas por la legislación norteamericana.

En tal caso, la retención por el IRNR debiera aprovechar a los socios o partícipes.



⁸² Convenio hispano-norteamericano para evitar la doble imposición (art. 24.2).

**a) Tributación con retención por el IRNR:**

Beneficio obtenido por una entidad residente en territorio español:	133,33
IS (25 %):	33,33
Dividendo:	100
Retención IRNR:	15
Inversor individual norteamericano (supuesto tipo 40 %):	25 (100/40 % - 15)
Inversor colectivo norteamericano (en vez de percibir el dividendo directamente, lo percibe a través del fondo de inversión): ¹	25 (100/40 % - 15)
Renta líquida inversor individual:	60 (100 - 15 - 25)
Renta líquida inversor colectivo:	60 (100 - 15 - 25)

b) Tributación suprimiendo la retención por el IRNR:

Beneficio obtenido por una entidad residente en territorio español:	133,33
IS (25 %):	33,33
Dividendo:	100
Retención IRNR:	0
Inversor colectivo norteamericano:	40 (100/40 %)
Inversor individual norteamericano:	40 (100/40 %)
Renta líquida del inversor colectivo:	60 (100 - 40)
Renta líquida del inversor individual:	60 (100 - 40)

¹ Nótese que no existe ninguna razón para que Estados Unidos no permita la imputación de la retención al inversor colectivo, cuando sí la permite al individual.

La imputación de la retención en la imposición personal del inversor colectivo determina la neutralización de la restricción a la libertad de movimiento de capitales, como así se reconoció en la sentencia Amurta.

El futuro dirá cuál es la opinión de nuestros tribunales respecto de la eficacia sanadora de la imputación establecida en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, mas,

para que los mismos puedan pronunciarse, será necesario que la Administración tributaria efectúe una alegación en tal sentido, probando la pertinencia de la imputación de acuerdo con el convenio bilateral para evitar la doble imposición aplicable. Y, llegados a este punto, sería muy recomendable que aquellos planteasen una cuestión prejudicial ante el TJUE.

7.2. Tributación de las IIC residentes respecto de las rentas obtenidas en el extranjero

En la STJCE de 20 de mayo de 2008 (asunto C-194/06 –NFJ028746–), caso Orange, se planteó si el tratado se oponía a un régimen fiscal a cuyo tenor las IIC constituidas en los Países Bajos percibían una compensación por causa de los dividendos procedentes de países con los que mediaba un convenio para evitar la doble imposición que establecía la imputación de la retención practicada en la fuente, cuyo importe se reducía en función del peso de la participación de los socios o partícipes no residentes. Las IIC neerlandesas estaban sujetas, a la sazón, a tipo de gravamen cero, de manera tal que obtenían la devolución de las retenciones soportadas sobre los dividendos pagados por las sociedades residentes en los Países Bajos, y estaban obligadas a distribuir a sus socios o partícipes las rentas obtenidas. Este régimen tributario estaba ideado para procurar un trato igualitario a los inversores colectivos e individuales residentes en los Países Bajos. En efecto, los inversores individuales, mediando convenio, podían imputarse la retención en la fuente soportada respecto de los dividendos extranjeros, pero no así los inversores colectivos cuando les llegaban estos dividendos a través de la IIC, y de ahí la compensación.

La Comisión sostuvo, como alegación principal, que la retención practicada por las jurisdicciones fiscales extranjeras debía devolverse, ya que la retención interna se devolvía, y como alegación alternativa, que, en todo caso, la compensación, también debía extenderse a los países con los que no mediaba convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

La sentencia constató que, al no gravar en sede de la IIC ni los dividendos internos ni los externos, la legislación fiscal neerlandesa otorgaba a todos ellos el mismo tratamiento, si bien era cierto que los dividendos procedentes de los países sin convenio, al no motivar la compensación, soportaban una carga fiscal mayor que los dividendos internos y los procedentes de países con convenio, pero de ahí no se seguía que la legislación neerlandesa fuese determinante de una restricción, pues la mayor carga derivaba de la decisión de las jurisdicciones fiscales extranjeras de someter a retención a los dividendos habiendo gravado previamente el beneficio subyacente por el IS.

Con todo, la Comisión alegó que, en cuanto Estado de la residencia, correspondía a los Países Bajos eliminar la doble imposición, pero el tribunal consideró inaceptable este argumento, pues, siendo cierto que si un Estado miembro tiene establecido un sistema para eliminar la doble imposición interna de dividendos debe extenderlo a los dividendos externos,

debía notarse que, en el presente caso, así era, puesto que los dividendos, cualquiera que fuere su procedencia, no se gravaban en sede de la IIC.

También alegó la Comisión que la norma neerlandesa discriminaba a los dividendos alemanes (convenio sin imputación) y portugueses (no convenio) respecto de los dividendos procedentes de aquellos Estados miembros con los que existía convenio, ya que estos últimos sí fundaban el derecho a la compensación. Bien se comprende que este argumento, de ser aceptado, supondría poner en pie de igualdad los dividendos de países con convenio frente a los de países sin convenio, lo que, en la práctica, implicaba pretender los efectos propios de la cláusula de nación más favorecida, siendo así que en la STJCE de 5 de julio de 2005 (asunto C-376/03 –NFJ022996–), caso D, quedó descartado.

La sentencia admitió que existía una diferencia de trato, pero de ahí no derivó una restricción, por cuanto no era comparable, en relación con el partícipe de la IIC, la situación de percepción de dividendo de un país sin convenio a otro con convenio. En efecto, para el inversor persona física, el régimen fiscal neerlandés determinaba una indiferencia respecto de realizar la inversión de manera directa o colectivamente, de manera tal que no había discriminación contra los dividendos de países sin convenio en relación con el régimen de inversión colectiva.

Véase, por tanto, que los dividendos procedentes de jurisdicciones fiscales sin convenio eran peor tratados que los procedentes de países con convenio, pero ese peor trato no derivaba del régimen fiscal de la inversión colectiva (tipo cero de gravamen y compensación si media convenio), sino de la ausencia de convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

Respecto de la reducción de la compensación por razón de partícipes no residentes, el tribunal constató la existencia de una restricción a la libertad de movimiento de capitales, ya que a la IIC le era más ventajoso atraer capitales neerlandeses que extranjeros.

Se alegó la «coherencia», bajo la consideración de que la compensación estaba relacionada con la posterior tributación del dividendo en sede de los socios, lo que solo ocurría respecto de los socios residentes en los Países Bajos. Ahora bien, lo cierto era que los dividendos pagados por la IIC a partícipes no residentes estaban sujetos a retención en los Países Bajos y, por tanto, el argumento del Gobierno neerlandés quedó aguado. En efecto, si Países Bajos gravaba mediante retención todos los beneficios repartidos por la IIC, cualquiera que fuere la residencia de los perceptores, lo correcto era que concediera la compensación sin tomar en cuenta dicha residencia.

En consecuencia, el tribunal sentenció que:

- 1) Los artículos 56 CE y 58 CE no se oponen a la normativa de un Estado miembro como la controvertida en el asunto principal que, al establecer, en favor de las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal establecidas en el territorio de ese Estado miembro, una compensación cuyo objeto es tener en cuenta

las retenciones fiscales practicadas en la fuente por otro Estado miembro sobre los dividendos pagados a dichas instituciones, restringe la referida compensación al importe que una persona física residente en el territorio de ese primer Estado miembro habría podido imputar, a causa de retenciones similares, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición celebrado con ese otro Estado miembro.

2) Los artículos 56 CE y 58 CE se oponen a la normativa de un Estado miembro como la controvertida en el asunto principal que, al establecer, en favor de las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal establecidas en el territorio de ese Estado miembro, una compensación cuyo objeto es tener en cuenta las retenciones fiscales practicadas en la fuente por otro Estado miembro o por un país tercero sobre los dividendos pagados a tales instituciones, reduce esa compensación si y en la medida en que los socios de estas sean personas físicas o jurídicas que residen o están establecidas en otros Estados miembros o en países terceros, toda vez que tal reducción perjudica indistintamente a todos los socios de dichas instituciones.

Al respecto, carece de influencia el hecho de que los socios extranjeros de una institución de inversión colectiva de carácter fiscal residan o estén establecidos en un Estado con el cual el Estado miembro de establecimiento de esa institución haya celebrado un convenio que, sobre una base de reciprocidad, establezca la imputación de las retenciones fiscales practicadas en la fuente sobre los dividendos.

3) Una restricción está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 57 CE, apartado 1, como restricción a los movimientos de capitales que implican inversiones directas siempre que se refiera a las inversiones de todo tipo que realizan las personas físicas o jurídicas y que sirven para crear o mantener vínculos duraderos y directos entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan tales fondos para el ejercicio de una actividad económica.

La sentencia Orange no solo es importante por su visión de las relaciones entre las normas internas y el ordenamiento comunitario, sino porque arroja luz respecto de un enfoque altamente sugerente de la fiscalidad de la inversión colectiva; a saber: la pertinencia de lograr la igualdad entre el inversor colectivo y el inversor individual.

La legislación neerlandesa examinada en el caso Orange lograba esa igualdad mediante dos medidas básicas:

- La tributación a tipo cero de la IIC.
- La obligación de distribuir las rentas obtenidas, con excepción de las precisas para cubrir ciertas reservas; y otra accesorias:
 - La compensación, en caso de dividendos de fuente extranjera, para equilibrar el efecto de la imputación ordinaria establecida en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

El tronco de la igualdad entre el inversor colectivo y el inversor individual es la conjunción del tipo cero de la IIC con la obligación de reparto a los socios o partícipes. Las ramas son las medidas para el caso de dividendos de fuente extranjera. Lo importante no es que ese árbol haya superado, casi en su totalidad, la prueba de su relación con el ordenamiento comunitario, sino comprender que es el instrumento de una finalidad de política tributaria altamente atractiva, consistente en tratar por igual al inversor colectivo y al inversor individual.

Las IIC constituidas en España no reciben compensación alguna por razón de las retenciones que, sobre sus rentas, hayan podido practicar jurisdicciones fiscales extranjeras. Por el contrario, estas retenciones no pueden ser deducidas de la cuota íntegra, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 de la LIS. Ciertamente, ello se explica por causa del tipo de gravamen simbólico del 1 %.

Esas mismas IIC pueden deducir plenamente las retenciones practicadas por la jurisdicción fiscal española e, incluso, obtener la devolución del exceso. Se produce así una evidente diferencia de trato a favor de los dividendos, y también de los intereses, de fuente interna⁸³.

Que esa diferencia de trato determine una restricción a la libertad de movimiento de capitales, en la medida en que pueda hacer desistir a las IIC residentes en territorio español de aplicar sus recursos a la adquisición de activos financieros emitidos por entidades no residentes en territorio español, o que, a pesar de ello, pueda cobijarse en la argumentación de la sentencia *Orange*, en la medida en que el tipo de gravamen del 1 % pueda entenderse como una renuncia a gravar todo tipo de renta, cualquiera que fuere su fuente u origen, y de ahí la igualdad de trato sanadora, es opinable.

Lo que no es opinable es que el vigente régimen determina una diferencia de trato en contra de la inversión con origen en jurisdicciones fiscales que practiquen retención en la fuente.

La superación de esta discriminación no debería llevar a conceder a la IIC una devolución de la retención extranjera, sino a trasladar su importe a los socios o partícipes para ser objeto de deducción en la cuota íntegra del IRPF o del IS del periodo impositivo en el que aquellos obtuvieron la renta.

Bien se comprende que, debido al régimen de acumulación, esto es, diferimiento de la tributación hasta el momento de la transmisión o el reembolso de la acción o participación, la implementación de esa deducción no se advierte sencilla. En todo caso, se trata de una pura especulación que, sin embargo, pone de relieve las deficiencias del régimen de acumulación.

⁸³ Baste pensar que una retención extranjera del 15 %, sobre 100 unidades de renta, determina una renta líquida de 85 (100 ingreso – 15 retención), en tanto que una retención nacional al mismo tipo determinaría una renta líquida de 99 (100 ingreso – 15 retención + 14 devolución).

7.3. Tributación de los socios o partícipes no residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC residentes en territorio español

Estos socios o partícipes tributan de acuerdo con las reglas generales del IRNR, expuestas en un epígrafe precedente. Esta tributación, por sí misma, no determina diferencias discriminatorias.

Sin embargo, cuando el perceptor no residente, de acuerdo con la legislación de su jurisdicción, disfruta de una exención subjetiva, y los perceptores residentes, de acuerdo con la legislación fiscal de su país, disfrutan igualmente de una exención subjetiva basada en el mismo fundamento, se produce un caso de discriminación.

En esta situación podrían hallarse las fundaciones extranjeras equivalentes a las fundaciones acogidas a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, en razón a las retenciones sufridas con ocasión de la percepción de rentas de IIC constituidas en España. Se notará que esta posible restricción no deriva del régimen fiscal de la inversión colectiva, sino del régimen fiscal de las fundaciones y entidades asimiladas.

7.4. Tributación de los socios o partícipes residentes respecto de las rentas obtenidas de las IIC no residentes en territorio español

En la STJUE de 9 de octubre de 2014 (asunto C-326/12 –NFJ055737–), caso Caster, se debatió si el tratado se oponía a una norma que calculaba el rendimiento de los partícipes de las instituciones colectivas que no aportasen información suficiente en el 6 % del valor liquidativo, sin permitir pruebas respecto del verdadero importe de los rendimientos.

El tribunal enfocó la cuestión a la luz de la libertad de movimiento de capitales y, tras advertir que la tributación forfataria podía ser desventajosa respecto de la efectiva, y que la primera versaría exclusivamente sobre determinadas IIC extranjeras, declaró la existencia de una restricción.

La autoridad fiscal concernida (Alemania) alegó la necesidad de salvaguardar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros y la de garantizar la eficacia de los controles fiscales.

La primera causa fue desestimada, porque el régimen tributario concernido no tenía por finalidad evitar comportamientos que pudieran comprometer el derecho de Alemania a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio o

gravar los rendimientos adquiridos por sus residentes en otro Estado miembro, y la segunda causa, porque la medida iba más allá de lo necesario, en cuanto, de una parte, la información adecuada podría obtenerse a través de los instrumentos jurídicos de intercambio de información, y de otra, en todo caso, debía concederse al contribuyente la oportunidad de probar la verdadera cuantía de la renta obtenida.

En consecuencia, el tribunal sentenció que:

El artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece que la inobservancia por un fondo de inversión no residente de las obligaciones de comunicación y de publicación de determinada información previstas por dicha normativa, aplicables indistintamente a los fondos residentes y no residentes, conlleva la tributación a tanto alzado de los rendimientos que el contribuyente obtiene de ese fondo de inversión, en la medida en que la citada normativa no permite a tal contribuyente aportar pruebas o información que puedan demostrar la cuantía efectiva de esos rendimientos.

En la STJUE de 21 de mayo de 2015 (asunto C-560/13 –NFJ058298–), caso Wagner, el tribunal reiteró que:

El artículo 64 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prevé una imposición a tanto alzado de los rendimientos de titulares de participaciones en un fondo de inversiones no residente, cuando este no ha cumplido determinadas obligaciones legales, constituye una medida que tiene por objeto movimientos de capitales que suponen la prestación de servicios financieros en el sentido de dicho artículo.

A la luz de las dos sentencias, cabe entender que la libertad de movimiento de capitales exige que los socios o partícipes residentes en territorio español tributen por igual respecto de las rentas procedentes de las IIC, cualquiera que sea el país de su residencia o, dicho de otra manera, que las rentas procedentes de IIC extranjeras no soporten una tributación más gravosa que aquella que versa sobre las rentas procedentes de IIC residentes en España, a condición, claro está, de que unas y otras estén sujetas a un régimen jurídico equivalente que las haga comparables.

Tratándose de socios o partícipes personas físicas, ya se ha comentado anteriormente que, en el caso de IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE, las rentas obtenidas por aquellos están sujetas al mismo régimen que las relativas a IIC reguladas por la LIIC, y también que, respecto de las rentas de las restantes IIC extranjeras, se aplica el régimen general concerniente a los rendimientos inherentes a la condición de socio o partícipe, el cual es, en cuanto efectos prácticos, muy similar al de los socios o partícipes de las IIC constituidas en España bajo la LIIC, a excepción del diferimiento por reinversión.

Es, precisamente, la ausencia de este régimen lo que puede suponer una infracción de la libertad de movimiento de capitales, bajo el cumplimiento del requisito de la comparabilidad.

Cuando la IIC está constituida o es residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, los socios o partícipes tributan en régimen de imputación, de manera tal que se presenta una diferencia de trato, determinante de una restricción a la libertad de movimiento de capitales que, no obstante, hallará justificación en la razón imperiosa de prevenir el fraude o la evasión fiscal. En este sentido, la construcción de las medidas antiparaíso, de acuerdo con las orientaciones de la Unión Europea y de la OCDE, en la línea propuesta por el anteproyecto de ley de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de octubre de 2018, parece ser un camino prometedor para encontrar cobijo en la referida causa de justificación.

Los socios o partícipes de las IIC extranjeras no amparadas por la Directiva 2009/65/CE, sean personas físicas o jurídicas, podrán estar afectados por la imputación de rentas propia del régimen de transparencia fiscal internacional, en tanto que aquellos que lo sean de las españolas no sufrirán imputaciones de rentas. En la medida en que la IIC extranjera concernida se halle sujeta a una regulación equivalente a la prevista en la LIIC, se podría estar ante un supuesto de restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Los socios o partícipes, personas jurídicas, no pueden deducir la retención que hubiera podido practicar una jurisdicción fiscal extranjera sobre las rentas distribuidas por una IIC residente en su territorio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la LIS, en tanto que la retención practicada sobre las rentas distribuidas por una IIC nacional sí será deducible y, en su caso, devuelta. Esta diferencia de trato podría desalentar a las entidades jurídicas de adquirir acciones o participaciones de IIC extranjeras y, por lo tanto, determinar una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Esta restricción no se presenta en el caso de los socios o partícipes que sean personas físicas, por cuanto estos sí podrán deducir la referida retención.

8. Esquemas alternativos de tributación

La descripción que, en los epígrafes precedentes, se ha efectuado del régimen fiscal de las IIC y de sus socios o partícipes permite abordar la cuestión de la idoneidad del mismo a la luz de los principios constitucionales de la imposición; señaladamente, del principio de capacidad económica.

8.1. El privilegio fiscal de la inversión colectiva

La composición del patrimonio de una IIC, en cuanto más de la mitad de su activo está constituido por valores, puede ser subsumido en el de la «entidad patrimonial» del artículo 5

de la LIS, respecto de la que pivota un conjunto de normas restrictivas de la más diversa finalidad y función. Se diría que el legislador contempla con desagrado la constitución de sociedades dedicadas a la tenencia y gestión de valores, y de ahí podría desgajarse un reproche respecto de la tributación a tipo simbólico de las IIC.

Nada tiene de extraño que, desde ciertas instancias sociales o políticas, muy concernidas por la igualdad, se postule la tributación de las IIC por el tipo general de gravamen; señaladamente, por lo que se refiere a las SICAV. Esta postura encierra un doble error, pues, de una parte, no toma en cuenta el exceso de imposición que de ello se derivaría, y de otra, menosprecia el efecto huida hacia IIC extranjeras.

La tributación a tipo simbólico de las IIC responde a la pura técnica tributaria. En efecto, si las mismas tributasen al tipo general de gravamen, se produciría un exceso de imposición, habida cuenta de que entre la entidad generadora de la renta y su perceptor final, esto es, el inversor colectivo, se introduciría un gravamen adicional irrecuperable, de manera tal que se haría de peor condición a dicho inversor respecto del individual. La respuesta de los inversores que desearan colocar sus capitales en la inversión colectiva probablemente sería confiar los mismos a las IIC extranjeras.

La tributación a tipo simbólico de las IIC no ha de buscarse en una supuesta finalidad de protección fiscal de la inversión colectiva, en cuanto medio idóneo para la participación de los pequeños inversores en los mercados de capitales financieros, ni en una hipotética política fiscal favorable al ahorro. Esa tributación, pura y simplemente, es la respuesta al exceso de imposición que, en otro caso, se produciría. Ciertamente, la respuesta también hubiera podido consistir en la exención de la IIC, pero, en tal caso, hubiera sido cuestionable la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición o, en fin, en la transparencia fiscal, aspecto este que conviene ser retenido porque, como se verá seguidamente, enlaza con la cuestión, crucial, de la compatibilidad del régimen fiscal de las IIC y de sus partícipes con la forma en cómo el IRPF ha concretado el principio constitucional de capacidad económica.

La tributación de los socios o partícipes, personas físicas, de las IIC, aparentemente, no encierra ninguna diferencia con la tributación de los socios o partícipes de otras sociedades. En efecto, tributan en concepto de renta del ahorro respecto de los beneficios distribuidos por las IIC y de las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión o del reembolso de las acciones o participaciones.

Sin embargo, los socios o partícipes de las IIC, en particular, de las que siguen la política de no distribuir beneficios, que son la práctica totalidad en España, tienen la facultad de elegir el momento en el que tributarán sobre las rentas obtenidas por la IIC mediante el ejercicio del derecho de reembolso. Esta facultad permite la acumulación de rentas en sede de la IIC libres de tributación.

De esta facultad no disponen los socios de las sociedades mercantiles. Estos deben tributar sobre los beneficios distribuidos por la sociedad, aun cuando en la junta general hubieren podido votar en contra de dicha distribución y, correlativamente, no pueden exigir la distribución del beneficio, debiendo atenerse a la voluntad de la junta general sobre el particular.

Véase, entonces, que la simetría de la tributación de los socios o partícipes de las IIC con la de los socios de cualquier otra entidad es pura apariencia, pero no porque la IIC tribute por el IS al 1 %, sino porque aquellos están asistidos de un derecho, el derecho de reembolso, que les permite disponer en cualquier momento y por su sola voluntad de las rentas obtenidas por la IIC. Así, mediante el reembolso, el inversor colectivo obtiene el producto de su inversión y la inversión misma, ejercitando un derecho frente a la IIC del que no dispone el inversor individual.

Ahora bien, quien puede disponer de una renta, ya la ha obtenido, por más que su designio sea conservar los activos correspondientes en sede de la IIC.

Como es sabido, existen dos modelos básicos de tributación sobre la renta; a saber: el modelo de renta obtenida y el modelo de renta consumida⁸⁴. Aun a riesgo de cierta simplificación, cabe recordar que el primero recae sobre la renta total o renta extensiva, en tanto que el segundo grava la renta total minorada en el importe de la renta ahorrada o renta consumida.

El vigente IRPF sigue el modelo de renta extensiva, aunque con ciertas excepciones cuantitativamente limitadas como son las reducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social o las aportaciones a planes de ahorro, entre otras. Pues bien, el régimen fiscal de las IIC y de sus socios o partícipes implica una excepción ilimitada al modelo de tributación sobre la renta extensiva, dando entrada, consecuentemente, al modelo sobre la renta consumida. Imagínese un contribuyente que basa su economía exclusivamente en un capital financiero aportado a una IIC. Pues bien, ese contribuyente solo tributará sobre aquellas rentas de las que disponga mediante el derecho de reembolso, pero no sobre aquellas otras que hayan quedado remansadas en sede de la IIC, de manera tal que la renta obtenida pero ahorrada en sede de la IIC no tributa.

Así, el contribuyente que decida acudir individualmente al mercado de capitales, dando la correspondiente orden de compra de valores, soportará dos impuestos; a saber: el IS que grava el beneficio de la entidad participada y el IRPF que grava el dividendo del que procede el beneficio aun cuando decida reinvertirlo, pero aquel que lo haga colectivamente solo soportará el IS que grava el beneficio de la entidad participada por la IIC en tanto no ejerce el derecho de reembolso. Más aún, el contribuyente que decida acudir individualmente al mercado de bonos y obligaciones soportará el IRPF al vencimiento del cupón o al de

⁸⁴ Vid. Albi (1980).

la obligación tratándose de rendimientos implícitos, aun cuando decida reinvertir, en tanto que aquel que lo haga colectivamente no soportará tributación alguna mientras no ejercite el derecho de reembolso.

He aquí, pues, como la combinación de una medida plenamente justificada, esto es, el tipo de gravamen del 1 % de la IIC en el IS, con una característica básica del régimen jurídico de la inversión colectiva, el derecho a rembolsar y su reverso el derecho a acumular, determina que una renta totalmente disponible pueda quedar sin tributación, indefinidamente, al albedrío del inversor colectivo.

Se dirá que los argumentos precedentes quedan desmentidos por la realidad de los numerosos actos de reembolso que se ejecutan todos los periodos impositivos. Ciertamente es así, pero lo importante no es el número de reembolsos, sino qué tipo de contribuyentes los ejecutan y en qué proporción sobre los capitales que invierten. No es difícil intuir que ese tipo será, básicamente, el de los pequeños ahorradores, y que esa proporción será también la más alta en ellos, y que la situación inversa se dará en los grandes ahorradores, seguramente mediante una SICAV o un compartimento específico de un fondo de inversión.

Se dirá que aliviar la tributación sobre la renta ahorrada es un incentivo para fomentar el ahorro, el cual es un soporte del desarrollo económico sostenible. Aun admitiendo la validez del sacrificio recaudatorio al servicio de tal objetivo, no se comprende bien por qué el papel incentivador ha de estar monopolizado por la fiscalidad de la inversión colectiva, en claro detrimento del tan alabado como preterido principio de neutralidad. Nótese que los incentivos al ahorro reconocidos en el IRPF están sujetos a límites, en tanto que el relativo a la inversión colectiva no lo está. Por otra parte, en un mundo dominado por el principio de libertad de movimiento de capitales, nada garantiza que el destino del ahorro así invertido sea la economía doméstica⁸⁵.

Establecer medidas desgravatorias del ahorro y la inversión e, incluso, reconducir el índice demostrativo de capacidad económica a la renta total minorada en la renta ahorrada, es una opción que no entra, necesariamente, en conflicto con el principio de capacidad económica⁸⁶, pero que si se reserva a la inversión colectiva, determina una discriminación inexplicable.

⁸⁵ Siguiendo a Solbes:

Es cierto que, en el actual contexto de globalización financiera, las consideraciones anteriores quedan en cierta medida matizadas: una parte importante del ahorro español fluye hacia el exterior, y paralelamente una parte sustancial de la inversión española es financiada con ahorro de otros países. Pero todavía subsiste un elemento importante de preferencia del inversor de cada país por los valores emitidos por empresas nacionales [...] (Solbes, 2007, p. 10).

⁸⁶ Siguiendo a Herrera:

[...] la desgravación del ahorro ha de establecerse de manera limitada [...] la ley española [...] realiza un tratamiento diferenciado entre los diversos instrumentos de ahorro e inversión. Esto

Ciertamente, el principio de capacidad económica no prohíbe el establecimiento de beneficios fiscales por razones de política económica⁸⁷, pero esas razones deben estar suficientemente ancladas en los principios y valores constitucionales⁸⁸ y, desde luego, no se atisban las razones por las cuales las rentas de la inversión colectiva puedan tributar según el modelo de la renta consumida y las restantes rentas deban hacerlo por el modelo de renta obtenida, por más que ciertas teorías de la imposición hayan podido resaltar las virtudes del modelo de renta consumida, pues lo relevante, en lo que aquí interesa, no es parangonar ambos modelos⁸⁹, sino destacar la carencia de justificación de su convivencia en beneficio de la inversión colectiva.

Con ser esa transmutación del modelo de IRPF el quicio sobre el que pivota el privilegio fiscal de la inversión colectiva, no es el único. Hay otros aspectos que también encierran ciertos privilegios, aunque de menor cuantía. Así, en sede de una IIC, las pérdidas patrimoniales se compensan inmediatamente y sin restricción con los dividendos o los intereses, lo que no ocurre en el caso del inversor individual⁹⁰, y los gastos de la gestión discrecional e individualizada de la cartera de inversión llevada a efecto por una SICAV son inmediatamente deducibles, lo que así no ocurre en el caso del inversor individual⁹¹.

En fin, la bonificación del ISD, establecida en determinadas comunidades autónomas, en unión a la consideración como valor de adquisición, a efectos del cálculo de las ganancias patrimoniales, del resultante de la aplicación de las normas de dicho impuesto, determina que el reembolso efectuado por los herederos del inversor colectivo no genere

quiere decir que no se ha diseñado un concepto coherente de renta (lo que supone un indicio de arbitrariedad), o bien que se restringe el derecho de contribuir con arreglo a la capacidad económica en aras de otros fines [...] (Herrera, 1998, p. 246).

⁸⁷ Siguiendo a Ribes:

El fundamento del régimen tributario especial del que tradicionalmente gozan las IIC, tanto en nuestro ordenamiento como en los Estados de nuestro entorno, pivota sobre tres ejes centrales: 1. La conveniencia de incentivar el ahorro privado, canalizándolo hacia estos mercados; 2. El respeto al principio de neutralidad fiscal, eliminando la doble imposición que de otro modo se produciría; y, 3. La necesidad de favorecer la libre circulación de capitales (Ribes, 2018, p. 226).

⁸⁸ Siguiendo a Falcón y Tella:

[...] el párrafo segundo del art 2.1 LGT se refiere a las finalidades extrafiscales o de ordenación del tributo, las cuales resultan perfectamente legítimas, siempre que respondan a los principios y valores recogidos en la Constitución (Falcón y Tella, 2019, p. 87).

⁸⁹ Vid. Díaz de Sarralde (2014).

⁹⁰ Vid. artículo 49 de la LIRPF.

⁹¹ Vid. artículo 26.1 a) de la LIRPF.

renta alguna, de manera tal que la renta acumulada en sede de la IIC quedará, definitivamente, libre de gravamen.

Véase en el ejemplo 2 un esbozo de explicación numérica⁹².

Ejemplo 2

Sea un capital de 1 millón de euros; sea un inversor individual y otro colectivo (1.000 participaciones/1.000 valor unitario); sea una inversión en letras con vencimiento anual; sea una rentabilidad del 2 %; sea que los dos deciden reinvertir las rentas obtenidas.

Fiscalidad anual inicial de la inversión individual: 20.000 euros, minorados en las comisiones de depósito y suscripción, que se integran anualmente en la renta del ahorro (6.000/19 %, resto 14.000/21 %).

Fiscalidad del inversor colectivo: 20.000 euros, minorados en las comisiones de gestión, depósito y suscripción, que solamente tributan por el IS al 1 % (20.000/1 %).

Prescindiendo en los dos casos de las comisiones, el inversor colectivo soportará una carga anual de 200 euros, y el individual, de 4.080 euros. El inversor colectivo puede reinvertir una cantidad superior (20.000 – 200 = 19.800) respecto del inversor individual (20.000 – 4.080 = 15.920), lo que le permite acrecentar más el capital invertido. Pero el inversor colectivo también podría decidir reinvertir la misma cantidad que el inversor individual, para lo cual, rembolsaría el número de participaciones suficiente ($1.000.000 + 19.800/1.000 = 1.019,8$; $1.019,8 \times n.^{\circ} = 1.015.920$; $n.^{\circ} = 996$); participaciones a rembolsar: $1.000 - 996 = 4$; base imponible derivada del reembolso ($4 \times 1.019,8 - 1.000 = 79,2$).

Se observa que el inversor colectivo, en relación con el individual, o bien aumenta su capital en mayor medida debido a que satisface una tributación simbólica, o bien aumenta su capital en igual medida disponiendo de una parte de sus rentas, con exigua tributación, si bien la misma es creciente en el tiempo.

Al cabo de 20 años, el inversor colectivo que ha acumulado la renta en la IIC, considerando comisiones por importe de 0,99 %, logrará acumular una renta neta de 220.190 euros ($1.000.000 (1 + i)^{20} - 1.000.000$; $i = 2 \% - (0,99 \% + 0,01 \%) = 1 \%$). La diferencia entre la renta acumulada bruta 485.947 ($1.000.000 (1 + i)^{20} - 1.000.000$) y la renta acumulada neta responde al pago por IS y a las comisiones. La distribución de esa diferencia entre impuesto y comisiones responde al peso de los componentes de i . Ahora bien, estas comisiones son el ingreso de las entidades gestora y depositaria, cuyo beneficio tributa por el IS al tipo general de gravamen, haciéndolo por el IRPF las rentas pagadas a los empleados de las mismas.

⁹² «Largo es el camino de la enseñanza por medio de teorías, breve y eficaz por medio de ejemplos» (Séneca, tomado del mural del colegio Amador de los Ríos).

En este sentido, una deslocalización provocada por una modificación del régimen fiscal, en cuanto pudiese afectar al volumen de negocio de entidades gestoras y depositarias residentes en España, podría tener un efecto recaudatorio contraproducente.

Si el análisis precedente es certero, es evidente que se está ante una quiebra notable de un principio rector del IRPF tal y como se estructura en España; a saber, la tributación sobre la renta obtenida, entendiendo por tal aquella que es disponible para los contribuyentes. Y esa quiebra, que se manifiesta de modo irrefutable cuando se compara la inversión individual con la colectiva, afecta al principio de capacidad económica, en su vertiente de carácter relativo, el cual, según la doctrina, exige que se grave una renta neta, real, actual y disponible⁹³. En efecto, para el socio o partícipe, la renta obtenida por la IIC es disponible, en cuanto puede hacerla suya por su sola decisión.

Sin necesidad de entrar en debates de enjundia constitucional, la sola comparación entre la fiscalidad del inversor individual y la del inversor colectivo es lo suficientemente ilustrativa.

8.2. Un apunte de derecho comparado

Tan llamativa conclusión ameritaría un estudio de derecho comparado, pero ello excede de las posibilidades del autor de estas líneas. Nótese que ese estudio solo cobraría verdadera significación si se tomara en consideración el régimen fiscal que, en los países analizados, se dispensa a la tributación del ahorro en su conjunto. Así, un régimen fiscal de la inversión colectiva paralelo al nuestro en un país que siguiere el modelo de tributación sobre la renta consumida no implicaría privilegio alguno. Por el contrario, sí lo implicaría si la tributación siguiere el modelo de la renta obtenida. Por otra parte, sería engañoso poner en pie de igualdad países que fomentan la generación de una industria de IIC con la vista puesta en su comercialización exterior con aquellos otros que no practican ese tipo de competencia fiscal. Dicho sea lo anterior en descargo del autor.

Por otra parte, ese estudio comparado ofrece un obstáculo inicial; a saber: el inherente a la definición de lo que ha de entenderse por IIC en el seno de las diferentes legislaciones, ya se tome la perspectiva regulatoria, la fiscal o ambas a la vez. En efecto, bajo esa denominación se cobija un conjunto heterogéneo de entidades. Así, siguiendo a la International Fiscal Association (IFA)⁹⁴, cabe distinguir cuatro grupos, de contornos

⁹³ Vid. Falcón y Tella (2019, p. 78).

⁹⁴ Vid. IFA (2019).

no siempre bien definidos; a saber: *mutual funds* (UCITS); *hedge funds* (AIF, *PE funds*); *private equity*; *real estate funds* (REITS).

De esos cuatro grupos, el que debe ser tomado en consideración a los efectos de la comparación ha de ser únicamente el primero, por cuanto es el que contiene aquellas entidades similares a las reguladas por la LIIC⁹⁵.

Bajo la premisa precedente, es posible inferir, a grandes rasgos, la existencia de cinco modelos básicos de tributación⁹⁶:

- La IIC tributa por el IS, y sus socios o partícipes lo hacen sobre las rentas derivadas de la distribución de beneficios o de la transmisión o reembolso de la participación, si bien disfrutando de mecanismos tendentes a eliminar la doble imposición; señaladamente, el consistente en que la tributación soportada por la IIC sea liberatoria. En este modelo puede encajar el régimen fiscal de Italia⁹⁷.
- La IIC no tributa efectivamente por el IS o lo hace simbólicamente, y sus socios o partícipes tributan sobre las rentas derivadas de la distribución de beneficios o de la transmisión o reembolso de la participación. En este modelo puede encajar

⁹⁵ Vid. IFA (2019, p. 12).

⁹⁶ Vid. resumen introductorio en Inverco (1995); epígrafes 1.1 (pp. 24-27) y 2.1 (pp. 40-46) en IFA (2019); y epígrafe 3 de Ramírez (2009). Las notas a pie de página 89 a 92 recogen textos entresacados de esta obra.

⁹⁷ Siguiendo a Inverco:

Las IIC están sujetas a un impuesto específico con un tipo del 12,5 % que se aplica a la totalidad de la renta obtenida por la IIC durante el año, ya sea por rendimientos del capital mobiliario o por incrementos del patrimonio.

Para evitar la doble imposición, la IIC percibe todas las rentas en forma bruta, es decir, sin que se haya aplicado ninguna retención [...]. Una excepción a este régimen general son los intereses de la renta fija con un vencimiento inferior a los dieciocho meses, sujetos a una retención del 27 % [...].

Por excepción, se aplica el tipo del 27 % a las IIC dirigidas a inversores extranjeros y a las IIC que invierten en «acciones cualificadas» (es decir, cuando ostentan más del 10 % del capital de una empresa cotizada o del 50 % de una no cotizada) sobre la parte de renta originada por dichos paquetes, salvo que la IIC tenga más de cien accionistas o partícipes o menos de este número si más del 50 % de los accionistas o partícipes son inversores cualificados (bancos, gestoras de carteras, fondos de pensiones).

[...] Los inversores personas físicas no tributan por la renta que perciben de la IIC (ya sea por dividendos, venta o reembolso), y de este modo la tributación se limita a la propia IIC [...] (Inverco, 1995, pp. 95-96).

el régimen fiscal establecido en Francia⁹⁸; también, el régimen fiscal de Luxemburgo⁹⁹, y, en fin, el establecido en España.

- La IIC no tributa efectivamente por el IS o lo hace simbólicamente, pero sus socios o partícipes tributan directamente sobre las rentas que afluyen a la IIC. Bien se comprende que se trata de un régimen de transparencia fiscal. En este modelo puede encajar el régimen fiscal establecido en Alemania¹⁰⁰ y Suiza¹⁰¹.
- La IIC no tributa efectivamente por el IS o lo hace simbólicamente, o bien disfruta de un conjunto de créditos fiscales que eliminan la doble imposición, pero está obligada a distribuir un porcentaje relativamente elevado de las rentas obtenidas, sobre las que tributan sus socios o partícipes o, sin estarlo, los beneficios no distribuidos se imputan a los socios o partícipes. En este modelo podría encajar el régimen fiscal vigente en el Reino Unido¹⁰². También el establecido en

⁹⁸ *Ibid.*:

Las IIC no tributan en el IS. La única excepción se encuentra en los fondos (*fonds commun de placement*) en los que una persona física tenga una participación superior al 10 %, en cuyo caso, se tributa por plusvalías. [...] Los incrementos de patrimonio derivados de la transmisión o reembolso de IIC tributan al tipo fijo del 16 % (más el 10 % de impuestos sociales), con un mínimo exento global de 15.000 euros (Inverco, 1995, p. 82).

⁹⁹ Siguiendo a Ramírez:

Las IIC luxemburguesas están exentas del IS [...] Respecto a los inversores en general, y sin perjuicio de la aplicación de la directiva del ahorro, no hay retención en las rentas procedentes de transmisiones de IIC realizadas por no residentes y los residentes tributan únicamente por la recepción de dividendos o en la transmisión o reembolso [...] (Ramírez, 2009, pp. 110-111).

¹⁰⁰ Siguiendo a Inverco:

Las IIC están exentas de tributación en Alemania, de modo que el gravamen se produce en los partícipes y accionistas como si ellos hubieran recibido directamente los rendimientos de las inversiones. [...] los socios o partícipes tributan de acuerdo con el origen de la renta (Inverco, 1995, p. 64).

¹⁰¹ Siguiendo a IFA:

[...] funds are not taxpayer under Swiss law for income and capital tax purposes and are considered as tax transparent, with taxation occurring at the level of the investors [...] (IFA, 2019, p. 24).

¹⁰² Siguiendo a Ramírez:

Tanto los «Authorized Unit Trusts» como los «Open-Ended Investment Companies», tributan por el IS, pero con una amplia exención en cuanto a los incrementos de patrimonio obtenidos, también aplicable a los dividendos percibidos de empresas británicas u otras IIC.

En cambio, los intereses o los dividendos no exentos tributan al tipo del 20 por ciento en la IIC perceptora, con deducción por doble imposición internacional.

En cuanto a los socios o partícipes, la distribución de resultados de las IIC tributa en función de los activos de la propia IIC [...].

En el caso en que la IIC no distribuyese sus beneficios, se imputan a los socios o partícipes los rendimientos obtenidos por la IIC [...] (Ramírez, 2009, p. 112-113).

los Países Bajos, en los años afectados por la sentencia Orange¹⁰³, o el danés tal y como se describe en la sentencia Fidelity Funds¹⁰⁴.

¹⁰³ Párrafos relativos al sustrato normativo (*vid.* marco jurídico de la STJCE de 20 de mayo de 2008 [asunto C-194/06 –NFJ028746–]):

3 De conformidad con el artículo 28 de la Ley de 1969 del impuesto de sociedades (*Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Stb. 1969, n.º 469*; en lo sucesivo, «Ley del impuesto de sociedades»), se define una institución de inversión colectiva como toda entidad que revista la forma de sociedad anónima («naamloze vennootschap»), de sociedad privada de responsabilidad limitada («besloten vennootschap») o de fondo común de inversión («fonds voor gemene rekening»), establecida en los Países Bajos, cuyos objeto y actividad efectiva consistan en la inversión, y que cumplan algunos otros requisitos.

4 Una institución de tal naturaleza está sujeta al impuesto de sociedades, pero sus beneficios se gravan al tipo cero. So pena de perder su condición, dicha institución está obligada a poner, en un plazo determinado, la totalidad de sus beneficios distribuibles a disposición de sus socios, tras deducir determinadas reservas legalmente admitidas.

5 Cuando tal institución percibe dividendos distribuidos por una sociedad establecida en los Países Bajos, se practica una retención fiscal en la fuente sobre tales dividendos, en virtud del artículo 1, apartado 1, de la Ley de 1965 relativa al impuesto sobre los dividendos (*Wet op de dividendbelasting 1965, Stb. 1965, n.º 621*; en lo sucesivo, «Ley del impuesto sobre los dividendos»).

6 No obstante, con arreglo al artículo 10, apartado 2, de dicha ley, mediante solicitud presentada dentro del plazo de seis meses a partir del cierre de un ejercicio contable, dicha institución puede recabar la devolución de la retención fiscal aplicada sobre tales dividendos.

7 En relación con los dividendos percibidos en otros Estados sobre los que estos han practicado una retención fiscal, como indica el órgano jurisdiccional remitente, la normativa neerlandesa limita la imputación de ese impuestos extranjero al impuesto de sociedades neerlandés al importe correspondiente a la parte de éste atribuible proporcionalmente a los dividendos de que se trate. Según dicho órgano jurisdiccional, en la medida en que una institución de inversión colectiva de carácter fiscal esté sujeta al impuesto al tipo cero, no puede atribuirse ningún impuesto de sociedades a los dividendos procedentes del extranjero, por lo que resulta imposible la imputación del impuesto extranjero que haya gravado tales dividendos.

8 El artículo 28 de la Ley del impuesto de sociedades así como el artículo 6 del Real Decreto relativo a las instituciones de inversión colectiva (*Besluit beleggingsinstellingen*), de 29 de abril de 1970 (*Stb. 1970, n.º 190*), en su versión aplicable en el momento de los hechos del asunto principal (en lo sucesivo, «real decreto»), establecen un régimen especial a favor de las instituciones de inversión colectiva de carácter fiscal. El objetivo de este régimen es aproximar la carga fiscal sobre la renta de inversión que transite por tales instituciones a la que grava las inversiones directas de los particulares, previendo un mecanismo de compensación para tener en cuenta la retención fiscal practicada en el extranjero sobre los dividendos abonados a dichas instituciones.

9 Por consiguiente, el artículo 28, apartado 1, letra b), de la Ley del impuesto de sociedades, en su versión aplicable en el momento de los hechos del asunto principal, facultaba al poder ejecutivo para, mediante decreto, adoptar «las normas en virtud de las cuales las instituciones de inversión colectiva recibirán una compensación por la retención fiscal practicada fuera de los Países Bajos sobre el producto de valores mobiliarios y de créditos correspondientes a esas instituciones, que no podrá superar la cuota del impuesto que, en caso de inversión directa, sería imputable al impuesto sobre la renta, en virtud de la Ley general tributaria del Reino [*Belastingregeling voor het Koninkrijk*] o de un convenio para evitar la doble imposición, por titulares de acciones o de participaciones residentes o establecidos en los Países Bajos».

¹⁰⁴ Párrafos relativos al sustrato normativo (*vid.* marco jurídico de la STJUE de 21 de junio de 2018 [asunto C-480/16 –NFJ070708–]):

- La IIC no tributa respecto de las rentas que distribuye a sus inversores, los cuales, obviamente, soportan la tributación correspondiente. En este modelo encaja el régimen fiscal estadounidense¹⁰⁵.

La IFA resume la variedad de tratamiento fiscal existente mediante las siguientes puntualizaciones:

- Algunos países tratan a las IIC como entidades fiscalmente transparentes, cualquiera que sea su forma jurídica, de manera tal que solamente gravan a los inversores.
- Otros países tratan a las IIC como entidades fiscalmente opacas, cualquiera que sea su forma jurídica, y las sujetan plenamente a la imposición sobre los beneficios.
- Ciertos países toman en consideración la forma jurídica adoptada por la IIC y aplican, a su tenor, un régimen de transparencia o de sujeción a la imposición sobre los beneficios.

11 Así, de conformidad con la normativa en vigor hasta el 1 de junio de 2005, para que un OCIVM pudiera tener la condición de «fondo del artículo 16 C» era necesario que efectuase un reparto mínimo de dividendos. Ese dividendo mínimo distribuido constituía la base imponible de los rendimientos derivados del fondo en la tributación personal de sus partícipes.

12 Las reglas de determinación del dividendo mínimo distribuido se precisan en el artículo 16 C, apartados 2 a 6, de la *ligningslov*. De conformidad con el apartado 2 de este artículo, el dividendo mínimo está constituido por la suma de los ingresos e importes netos percibidos en el ejercicio, una vez deducidas las pérdidas y los gastos. El artículo 16 C, apartado 3, de la *ligningslov* establece que, a efectos de esta determinación, se computarán toda una serie de ingresos enumerados en el mismo artículo, en particular, ingresos por intereses, dividendos de acciones, rendimientos de créditos y contratos financieros y plusvalías por la enajenación de acciones. De conformidad con el artículo 16 C, apartados 4 y 5, de la *ligningslov*, los fondos del artículo 16 C pueden restar de sus ingresos las pérdidas fiscalmente deducibles y deducir también los gastos de gestión.

13 A raíz de la aprobación de la Ley n.º 407 de 1 de junio de 2005, y con efectos de esta fecha, se suprimió el requisito del reparto mínimo de dividendos a los partícipes para poder ser reconocido como fondo del artículo 16 C; desde entonces, este reconocimiento está supeditado a que el OICVM de que se trate impute un dividendo mínimo que será gravado en la esfera personal de los partícipes mediante una retención en la fuente practicada por dicho organismo.

¹⁰⁵ Siguiendo a IFA:

[...] In the United States, which is the largest investment fund centre in the world, most mainstream CIVs are organised as companies or trusts under applicable state laws, and depending on their internal economic, are generally known as mutual funds [...] They can deduct the dividends that they pay to investors under US Law, which contains a dividend paid deduction that offsets taxable income [...] (IFA, 2019, p. 24).

- Algunos pocos países utilizan técnicas de semitransparencia, de manera tal que la tributación se distribuye entre la institución y el inversor.
- Los países que tratan a las IIC como entidades opacas tienden a gravarlas a tipo reducido, o incluso las declaran exentas, o conceden una deducción por el importe de los beneficios distribuidos, de manera tal que mediante la distribución de su renta pueden eliminar su tributación (IFA, 2019, pp. 26-27)¹⁰⁶.

La IFA pone en relación los distintos modelos de imposición con el objetivo de neutralidad distinguiendo entre la neutralidad vertical y la neutralidad horizontal. La vertical es aquella que establece medidas para evitar la doble imposición que se deriva de la interposición de la IIC entre el inversor y los demandantes de capitales. La horizontal es aquella que procura la igualdad de trato entre el inversor individual y el colectivo¹⁰⁷. En rigor, la neutralidad horizontal presupone el cumplimiento de la vertical.

Hay varias formas de alcanzar la neutralidad, en sentido pleno, entre ellas:

- La IIC tributa por el régimen general del IS; tal tributación constituye un crédito de impuesto a favor de los inversores en relación con las rentas distribuidas por aquella.
- La IIC no tributa por el IS, por lo que deben hacerlo sus inversores respecto de las rentas que afluyen a aquella en función de su participación; esto es, un régimen de transparencia fiscal.
- La IIC tributa por el IS, excepto respecto de las rentas que distribuya a sus inversores.

Con todas las limitaciones que se derivan de las peculiaridades de la tributación de las rentas del capital en los diferentes sistemas fiscales, puede llegarse a la conclusión de que Alemania y los Estados Unidos, entre otros, aplican un régimen fiscal que no discrimina ni a favor ni en contra del inversor colectivo respecto del inversor individual, y lo mismo podría decirse del Reino Unido, y de los Países Bajos al tiempo de la sentencia Orange, en tanto que, en el polo opuesto, se situarían Francia, España y Luxemburgo, que discriminan a favor del inversor colectivo.

Así, la legislación fiscal española cumple con la neutralidad vertical, en cuanto elimina la doble imposición, pero no con la neutralidad horizontal, ya que favorece al inversor colectivo respecto del inversor individual.

¹⁰⁶ Traducción libre del autor.

¹⁰⁷ *Vid.* IFA (2019, p. 6).

8.3. A la búsqueda de la causa que sustenta el privilegio fiscal de la inversión colectiva

Se trata de bucear en las manifestaciones, si algunas, del legislador, al hilo de las diferentes regulaciones que, desde 1952, ha tenido el régimen fiscal de las IIC y sus partícipes, así como en los documentos que han acompañado a esas reformas¹⁰⁸.

La primera regulación de la inversión colectiva se estableció en la Ley de 15 de julio de 1952, sobre régimen jurídico-fiscal de las sociedades de inversión mobiliaria, la cual tuvo en cuenta el factor fiscal no para incentivar, sino para remover el obstáculo del exceso de imposición¹⁰⁹. A tal fin se eximió a la IIC de la tarifa tercera, «contribución sobre las utilidades de la riqueza mobiliaria (IS), y a sus socios, de la tarifa segunda de tal contribución (impuesto sobre las rentas del capital); mas, como quiera que los intereses y dividendos percibidos por la IIC estaban sujetos a la referida tarifa segunda, y esa deuda tributaria, a diferencia de lo que acontece con las actuales retenciones a cuenta, no era susceptible de devolución, ahí se producía la carga tributaria. La Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre régimen jurídico-fiscal de las sociedades de inversión mobiliaria, no alteró el referido esquema fiscal. Las dos leyes, al igual que las posteriores, supeditaron el disfrute de los beneficios fiscales al cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación prudencial.

El Decreto-Ley 7/1964, de 30 de abril, sobre sociedades y fondos de inversión y bolsas de comercio, reconoció la figura de la sociedad de inversión de capital variable y la del fondo de inversión, otorgándoles el régimen fiscal previsto para las sociedades de inversión

¹⁰⁸ Vid. Inverco (2007).

¹⁰⁹ Exposición de motivos de la Ley de 15 de julio de 1952:

[...] las llamadas sociedades de inversión o de cartera, que, ajenas a todo cometido industrial directo, se limitan a ofrecer a sus accionistas un conjunto de participaciones simultáneas en valores mobiliarios de naturaleza diversa, dentro de una escrupulosa selección, compensando así riesgos y beneficios, se ofrecen como un dispositivo financiero apto para la colocación de ese ahorro disperso y desorientado.

Pero, por otra parte, la experiencia de otros países, que debe ser aprovechada, demuestra que tales sociedades no cumplirán plenamente su cometido si no se las sustrae a los efectos de la plurimposición, y de ahí la necesidad de concederles, como requisito vital, las exenciones fiscales que en la parte dispositiva se establecen, siempre que cumplan las condiciones que en la misma se señalan.

Mas debe advertirse que con este proyecto no se pretende crear una nueva figura jurídica, ni siquiera estimular la formación de esta clase de sociedades. Se acude tan solo a remover el obstáculo que les impide actualmente tener en nuestro mercado de capitales el desarrollo alcanzado en otros países.

mobiliaria de capital fijo¹¹⁰. Al tiempo, estableció una exención a favor de los partícipes de los fondos de inversión¹¹¹.

Tras la Ley 41/ 1964, de 11 de junio, de reforma del sistema tributario, se mantuvo, en lo esencial, el régimen fiscal de las IIC¹¹², esto es, exención por el IS, de manera tal que el gravamen soportado continuó siendo la cuota por el impuesto sobre las rentas del capital, que sustituyó a la antigua tarifa segunda de la contribución de utilidades sobre la riqueza mobiliaria. Por lo que se refiere a los socios o partícipes, quedaron amparados por la limitación general del gravamen de las plusvalías mobiliarias a las obtenidas dentro del plazo de un año de tenencia¹¹³. Posteriormente, el Decreto-Ley 12/1973, de 30 de noviembre, sobre medidas coyunturales de política económica, recortó este régimen privilegiado de las plusvalías¹¹⁴.

Se cierra así una primera etapa que viene definida, de una parte, por la exención de la IIC, la existencia de un gravamen por razón de la retención sobre dividendos e intereses percibidos no susceptible de devolución, y la tributación de los socios o partícipes con ocasión del reparto de beneficios o de la transmisión o reembolso de la participación, si bien amparada por una tributación de carácter general poco exigente respecto de las plusvalías.

La Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, aun respetando las líneas básicas de la fiscalidad de las IIC y sus partícipes, introdujo una importante modulación, ya que sujetó a tributación la parte de beneficio obtenido y no distribuido por las sociedades de inversión mobiliaria que no cotizasen efectivamente en bolsa¹¹⁵. De

¹¹⁰ Artículo catorce:

Las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable y los fondos de inversión que se constituyan al amparo de este decreto-ley y cumplan las condiciones que reglamentariamente se determinen podrán gozar de todas las ventajas fiscales y de otro orden establecidas para las sociedades de inversión mobiliaria de capital fijo por la Ley de veintiséis de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho y los artículos once y doce de este decreto-ley [...].

¹¹¹ Artículo 13:

Se autoriza al ministro de Hacienda para declarar exentos de la contribución general sobre la renta los ingresos que obtengan los partícipes en fondos de inversión mobiliaria y que procedan de la enajenación de los valores de estos, siempre que se cumplan los requisitos que por el propio ministro sean fijados.

¹¹² Vid. artículo uno del Decreto 2285/1964, de 27 de julio, sobre adaptación de exenciones fiscales a la Ley de reforma del sistema tributario.

¹¹³ Vid. artículo 16.2 del Decreto 3358/1967, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido del impuesto general sobre la renta de las personas físicas.

¹¹⁴ Vid. artículo dieciséis.

¹¹⁵ Artículo treinta y ocho:

A partir del primer ejercicio que se inicie con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley las sociedades de inversión mobiliaria cuyas acciones no coticen efectivamente en bolsa, y gocen

esta manera, se pretendía poner coto a la acumulación de rentas sin tributación en sede de las sociedades de inversión mobiliaria cuando estas estuvieran controladas por un número relativamente reducido de socios. Aun cuando esta norma tuvo escasa vigencia, fue de suma importancia, no solo porque alumbraba el camino de la auténtica neutralidad fiscal en el tratamiento de la inversión colectiva, esto es, igualdad de trato entre el inversor colectivo y el individual, alcanzada mediante la reconducción de la exención respecto del beneficio obtenido susceptible de distribución efectivamente distribuido, en línea similar a la legislación británica, sino porque aquella ley fue el primer peldaño fiscal de la transición política de la dictadura a la democracia.

La introducción de la transparencia fiscal por la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades, y la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, tuvo impacto en el régimen fiscal de las IIC y sus partícipes. Así, las sociedades de inversión mobiliaria controladas por un reducido número de socios habrían de tributar en régimen de transparencia fiscal¹¹⁶.

Las IIC no afectas al régimen de transparencia fiscal perdieron la exención, sin perjuicio de la aplicación temporal de la misma durante un periodo de cinco años en los términos establecidos hasta el momento¹¹⁷, pero ganaron una deducción del 100 % respecto de la parte de cuota correspondiente a los dividendos percibidos¹¹⁸, así como, en su caso, la devolución de las retenciones sufridas.

El inversor colectivo, tanto en el régimen transitorio como en el general, perdió la tributación a tipo fijo sobre rentas derivadas del reembolso o la transmisión de la participación y pasó a tributar por la escala general de gravamen con el tratamiento de renta irregular.

El régimen de transparencia fiscal, dentro del ámbito alcanzado por la misma, procuraba igualdad de trato a los inversores individuales y colectivos, al modo de la legislación alemana.

El régimen de tributación ordinaria asistido por una deducción del 100 % respecto de los dividendos, en unión a la devolución de las retenciones, implicaba una exención práctica

de exención en el impuesto sobre sociedades al amparo del apartado H del artículo diez del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades, tributarán por dicho impuesto por la parte de su beneficio que no sea objeto de distribución a sus socios [...].

¹¹⁶ Artículo doce.2 de la Ley 44/1978:

Se imputarán en todo caso a los socios [...] los beneficios de [...]:

A) Las sociedades de inversión mobiliaria cuyas acciones no sean de cotización calificada [en bolsa], [...] cuando se dé cualquiera de las circunstancias siguientes:

[...] b) Que más del cincuenta por ciento del capital social pertenezca a diez o menos socios [...].

¹¹⁷ *Vid.* disposición transitoria tercera de la Ley 61/1978.

¹¹⁸ Artículo veinticuatro.dos de la Ley 61/1978.

cuando las rentas de la IIC estaban integradas por dividendos, pero de ahí no se seguía la neutralidad, por cuanto el socio o partícipe podía demorar la tributación hasta el momento de la distribución de beneficios o del reembolso de la participación, lo que, obviamente, no acontecía en el inversor individual; mas, cuando los ingresos de la IIC fueren intereses o plusvalías, ese régimen fiscal discriminaba en contra del inversor colectivo, en cuanto introducía un gravamen que no padecía el inversor individual.

Lamentablemente, estas leyes no se publicaron asistidas por la correspondiente exposición de motivos, de manera tal que el legislador no explicitaba las razones que habían impulsado la modificación del régimen fiscal de las IIC y de sus partícipes. Sin embargo, es fácil colegir que se pretendía la igualdad de trato para los inversores colectivo e individual, aliviando la tributación de la IIC mediante la deducción plena para evitar la doble imposición de dividendos, y despojando a los socios de las sociedades de inversión mobiliaria fuertemente controladas de la posibilidad de diferir la tributación en su imposición personal hasta el momento del reembolso o transmisión de la participación. Se notará que, en aquel momento histórico, la progresividad impositiva era un valor al alza.

El título III de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las instituciones de inversión colectiva, abrió un nuevo capítulo en el régimen fiscal de las IIC y sus partícipes. Las instituciones no cotizadas en bolsa tributarían por el régimen general, en tanto que las cotizadas lo harían por el tipo de gravamen del 13 %, con derecho a la deducción del 100 % para eliminar la doble imposición de dividendos. Desaparecía así el régimen de transparencia fiscal, de manera tal que los socios o partícipes tributarían en su imposición personal con ocasión del reembolso o transmisión de la participación¹¹⁹. La desaparición del régimen de transparencia fiscal suponía una enmienda radical del régimen fiscal de la inversión colectiva instaurado por las Leyes 44/1978 y 61/1978, que la exposición de motivos de la Ley 46/1984 justificó afirmando que:

[...] desde el punto de vista fiscal, la nueva regulación de los impuestos sobre la renta de las personas físicas y de las sociedades ha modificado el tradicional régimen fiscal de que gozaban las sociedades y fondos de inversión mobiliaria, planteando la necesidad de su adaptación a los principios que inspiran la reforma fiscal.

El párrafo transcrito se está refiriendo a la reforma fiscal de 1978, cuyo soporte intelectual ha de buscarse en el documento elaborado por el Instituto de Estudios Fiscales titulado *Sistema tributario español: Criterios para su reforma* (IEF, 1976). Pues bien, en el mismo se postulaba, en relación con los fondos y sociedades de inversión mobiliaria, la exención:

[...] del gravamen sobre beneficios al objeto de configurar un régimen de absoluta transparencia fiscal comúnmente admitido respecto a esas entidades y a esos

¹¹⁹ Vid. artículos 34 y 35 de la Ley 46/1984.

conceptos. Sin embargo, carece de justificación que la proporción de sus beneficios imputables a intereses y plusvalías –intereses y plusvalías que en ningún momento han soportado ya previamente un gravamen sobre beneficios– resulte exonerada de gravamen [...] (IEF, 2002, p. 175).

El artículo 62 de la Ley 31/1990 situó el tipo de gravamen de las IIC en el actualmente vigente, esto es, el 1 %, al tiempo que conservaba los restantes aspectos del régimen fiscal de las IIC inaugurado por la Ley 46/1984¹²⁰. Las disposiciones adicionales vigésima segunda y vigésima tercera de la Ley 31/1990 precisaron las líneas maestras del régimen fiscal de la inversión colectiva que, en rigor, son, en esencia, las actualmente vigentes, si bien la Ley 18/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, suprimió la deducción del 10 % respecto de los dividendos¹²¹.

¹²⁰ Artículo 62 de la Ley 31/1990: «Las instituciones de inversión colectiva resultarán gravadas de acuerdo con lo establecido en la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, al tipo de gravamen del 1 por 100».

¹²¹ Ley 31/1990:

Disposición adicional vigésima segunda. Régimen fiscal de las sociedades de inversión mobiliaria.

A partir de la entrada en vigor de la presente ley, el artículo 34 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las instituciones de inversión colectiva, quedará redactado como sigue:

«Artículo 34. Sociedades de inversión mobiliaria.

1. Las sociedades de inversión mobiliaria cuyo capital social esté representado por valores no admitidos a negociación en bolsa de valores tributarán por el impuesto sobre sociedades en la forma prevista por la legislación vigente.

2. Las sociedades de inversión mobiliaria cuyos valores representativos del capital estén admitidos a negociación en bolsa de valores tendrán el siguiente régimen especial de tributación:

a) El tipo de gravamen será el 1 por 100.

b) Tendrán derecho a la deducción en cuota por doble imposición de dividendos aplicando, sobre el importe neto de los dividendos percibidos, el tipo del 10 por 100, siempre y cuando los dividendos procedan de entidades que hayan tributado sin bonificación ni reducción alguna por el impuesto sobre sociedades.

c) Cuando el importe de las retenciones realizadas sobre los ingresos del sujeto pasivo, sumado al importe de la deducción a que hace referencia la letra anterior, supere la cuantía de la cuota calculada aplicando el tipo recogido en la letra a) anterior, la Administración procederá a devolver de oficio el exceso.

d) Salvo lo dispuesto en las letras b) y c) del presente apartado, no tendrán derecho a deducción o reducción alguna de la cuota.

e) Los dividendos que distribuyan estarán sometidos a retención, salvo que sean percibidos por residentes en países comunitarios distintos de España, pero no darán derecho al perceptor, sea esta persona física o jurídica, a practicar deducción alguna por doble imposición.

3. La constitución, transformación en otro tipo de institución de inversión colectiva, aumento de capital y la fusión de sociedades de inversión mobiliaria de capital fijo cuyo capital esté representado por valores admitidos a negociación en bolsa de valores, gozarán de una reducción del 95 por 100 en la base imponible del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

En la exposición de motivos de la Ley 31/1990 nada se dice de esta modificación que, sin embargo, fue considerada crucial por los expertos en la fiscalidad de la inversión colectiva, quienes, al tiempo, la consideraron tanto neutral como de fomento¹²². Si es fácil estar de acuerdo con los expertos en que el régimen fiscal instaurado por la Ley 31/1990 ha procurado el fomento del marco institucional de la inversión colectiva, no lo es considerar que el referido régimen puede ser tildado de neutral.

En efecto, de cara al IS, lo es respecto de los dividendos y plusvalías de cartera, pero no respecto de los intereses, por cuanto propicia la total desfiscalización de los mismos.

4. La exclusión de la negociación en bolsa de valores de los valores representativos del capital de las sociedades a que se refiere el apartado anterior dará lugar a la pérdida del régimen fiscal especial que se entenderá referida a la fecha en que se produzca efectivamente dicha exclusión».

Disposición adicional vigésima tercera. Régimen fiscal de los fondos de inversión.

1. El régimen fiscal establecido en la disposición anterior será asimismo aplicable a los fondos de inversión, con las siguientes particularidades:

- a) Los resultados que distribuyan a los partícipes estarán sometidos a retención, salvo que sean percibidos por residentes en países comunitarios distintos de España, pero no darán derecho al perceptor, sea esta persona física o jurídica, a practicar deducción alguna por doble imposición.
- b) En los casos de reembolso de participaciones, la diferencia entre el precio de reembolso y el de adquisición tendrá para el partícipe la consideración de incremento o disminución patrimonial, no estando, por tanto, sometida a retención.
- c) En los supuestos de transmisión por los partícipes de participaciones distintos del señalado en la letra b) precedente se aplicará el régimen general de los incrementos o disminuciones patrimoniales.

2. La constitución, transformación en otro tipo de institución de inversión colectiva y modificación de las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable y de los fondos de inversión, gozarán de exención en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

¹²² Siguiendo a Inverco:

Este régimen fiscal [se refiere al establecido por la Ley 446/1984] no propició un incremento de las sociedades y fondos de inversión que se pudiese considerar relevante, y tal vez por ello surgió el germen del actual régimen fiscal de las IIC, que ha propiciado alcanzar el extraordinario volumen y relevancia presente. Nos referimos a la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1991, cuyas disposiciones adicionales vigésimo segunda y vigésimo tercera introdujeron cambios sustanciales en la tributación de las IIC [...].

La tributación al tipo reducido del 1 por 100 evidenciaba un objetivo de neutralidad tributaria para la inversión colectiva, que no penalizara la acumulación de beneficios en la institución [...].

La historia desde 1992 hasta nuestros días es ya reciente y bien conocida. Al abrigo de un régimen fiscal neutral, con el apoyo de las principales instituciones financieras y gracias a un régimen administrativo y regulatorio que decididamente fomenta este marco institucional, cada año crecen exponencialmente el número de entidades y el volumen de sus patrimonios, hasta convertir a las sociedades y fondos de inversión mobiliaria en uno de los principales vehículos de canalización del ahorro en España [...] (Inverco, 2007, pp. 248 y ss.).

Ahora bien, la neutralidad no puede analizarse, exclusivamente, considerando la tributación de la IIC, sino que ha de tenerse en cuenta también la de sus socios o partícipes. En este sentido, como ya se ha apuntado en líneas anteriores, la neutralidad implica igualdad de trato entre el inversor individual y el colectivo. Pues bien, la fiscalidad de la inversión colectiva salida de la Ley 31/1990 concede al inversor colectivo la facultad de diferir su tributación al momento que desee, por oposición al inversor individual, que debe soportarla con ocasión de la percepción del dividendo, la plusvalía o el interés. En suma, el inversor colectivo puede remansar esas rentas en la IIC pagando el simbólico 1 % hasta el momento en que decida transmitir o rembolsar su acción o participación, lo que no está al alcance del inversor individual. Añádase a lo anterior que la Ley 18/1991, mediante la técnica de los coeficientes reductores, posibilitaba la tributación reducida o incluso nula de las ganancias de capital derivadas del reembolso de la participación. El puente para el trasiego de la inversión individual a la colectiva se asentaba sobre sólidos pilares fiscales¹²³. Y así,

¹²³ *Ibid.*:

[...] El definitivo impulso a la inversión colectiva española vino de la mano de dos leyes que modificaron el tratamiento fiscal de las IIC, tanto en la tributación de la propia IIC por el impuesto sobre sociedades, como en la tributación de sus accionistas o partícipes por el impuesto sobre la renta de las personas físicas. La primera de ellas fue la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, por la que se aprobaron los presupuestos generales del Estado para el ejercicio 1991, y en cuyas disposiciones adicionales se estableció un régimen de tributación del uno por ciento por el impuesto sobre sociedades.

Este tipo de gravamen, todavía hoy vigente, responde al principio de neutralidad fiscal, y pretende evitar la penalización, en forma de doble imposición, que pudiera experimentar el inversor al invertir en IIC en lugar de hacerlo directamente en valores mobiliarios, desplazando la tributación al socio o partícipe.

La segunda ley señalada es la Ley 18/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas. De acuerdo con ella, los rendimientos obtenidos por la inversión en IIC tribuaban al tipo marginal del inversor, si bien se aplicaban coeficientes reductores a las plusvalías obtenidas (en función del periodo de permanencia de la inversión, pudiendo llegar a estar exentos a los quince años). Además, el valor de adquisición a efectos de cálculo del rendimiento se calculaba aplicando al valor liquidativo de compra un coeficiente corrector de la inflación.

Coincidiendo con este periodo de reforma del tratamiento fiscal de la inversión colectiva, las grandes entidades de crédito (bancos y cajas de ahorros) iniciaron una etapa de comercialización activa de estas instituciones, aplicando modernas técnicas de marketing financiero y canalizando hacia ellas una parte significativa de los recursos de sus clientes.

Por todo lo anterior, una parte del ahorro hasta entonces canalizado a través de depósitos bancarios se desplazó a estas fórmulas más sofisticadas de inversión, como ya había ocurrido en otros países. Así lo demuestra la evolución de la composición del ahorro financiero de las familias españolas, integrado en un 45,4 % en depósitos y en un 2,2 % en IIC al cierre del ejercicio 1990, porcentajes que, en el año 1999, ascendían a 31,1 % y 17,8 %, respectivamente.

El efecto inmediato de todas estas actuaciones fue indiscutible. En el ejercicio 1991, en relación a las cifras de 1990, el patrimonio total de las IIC aumentó un 181 % (el mayor incremento en la historia de la inversión colectiva española), y también lo hizo el número de IIC, aunque, como en etapas anteriores, de forma más moderada (un 24 %) (Inverco, 2007, p. 32).

cierta porción de los intereses, dividendos y plusvalías de cartera que hubieran recalado en la tarifa general progresiva del IRPF empezaron a quedar remansadas al abrigo de las IIC. Súmese a todo ello el declive del ISD, que permitirá la sucesión sin carga tributaria del patrimonio aportado a la IIC y de las rentas remansadas en la misma; masa patrimonial cuyo importe coincidirá con el valor liquidativo, el cual constituirá el valor de adquisición a efectos de futuros reembolsos¹²⁴.

Por aquel entonces, si la memoria no falla al autor de estas líneas, el régimen fiscal de la inversión colectiva se escenificó mediante un animal de rapiña (la Hacienda pública) que merodeaba a un capital financiero protegido tras unos barrotes (la IIC).

¿Por qué el legislador fiscal instaló esos barrotes?

El criterio autorizado de Eduardo Ramírez Medina, reproducido en *Medio siglo de inversión colectiva en España*, se desgana en dos razones:

- i) Fomentar las IIC como fórmula para canalizar el ahorro privado y la inversión.
- ii) Salir al paso de la efectiva instauración en España del espacio económico y financiero europeo, regido, entre otros principios, por el principio de la libre comercialización de organismos de inversión colectiva residentes en otros países de la Comunidad Económica Europea, circunstancia que generaba una situación de competencia entre las sociedades y fondos de inversión españoles y los residentes en otros países europeos (Inverco, 2007, p. 249).

Probablemente, la segunda fue más poderosa que la primera. En efecto, en 1990 todavía llameaba el rescoldo del espíritu de neutralidad, generalidad y progresividad que inspiró la reforma de la imposición directa en 1978, de manera tal que no había lugar a una acción política que, deliberadamente, protegiera una forma de inversión en demérito de las otras, y de la progresividad.

Hay otras razones a tomar en consideración.

En primer lugar, el Tesoro vio en los fondos de inversión un buen instrumento para la colocación de sus emisiones, de manera tal que, desde las instancias de la política financiera, se dio respaldo a la fiscalidad privilegiada de las IIC y sus partícipes¹²⁵.

¹²⁴ Vid. artículo 36 de la LIRPF.

¹²⁵ Siguiendo a Inverco:

[...] la financiación del déficit público jugó una baza clave en el impulso de la inversión colectiva. Debido a la ingente necesidad de financiar el déficit de las Administraciones públicas, tanto estatal como autonómicas, y de la presión de los tipos al alza, así como por la necesidad de

En segundo lugar, la Directiva 88/361/CEE, relativa a la libertad de movimiento de capitales, que había de surtir efectos a partir de julio de 1990, arrojaba incertidumbre respecto de sus efectos, de forma tal que estimular el alojamiento del ahorro nacional en los fondos de inversión patrios se juzgó una medida prudente¹²⁶, aun a riesgo de preterir principios básicos de la imposición.

8.4. Hacia la recuperación de los principios básicos de la imposición

La inversión colectiva está adornada de méritos indisputables. El conocimiento profesional de los mercados permite las mayores cotas de rentabilidad dentro del contexto del perfil de riesgo de cada inversor, quien, por otra parte, debido a la diversificación, podrá situarse en el escalón apropiado. La inversión colectiva puede subsistir, ciertamente, sin la ayuda ortopédica de la fiscalidad favorable. La fuerza de la inversión colectiva reside en su función económica y social¹²⁷, no en el privilegio fiscal.

El hecho de que esta fiscalidad favorable aproveche a gran número de pequeños inversores amaina, en cierto modo, sus aristas adversas a la correcta imposición. Pero como tal fiscalidad, también beneficia a los grandes inversores, y tal vez más porque ellos

mantener la cotización de la divisa española en los mercados internacionales, surgió un mecanismo o instrumento de inversión colectiva auspiciado y fomentado por las autoridades económicas como fueron los «Fondtesoros» (Inverco, 2007, p. 39).

¹²⁶ *Ibid.*:

Por último, debemos apuntar otra razón que sirve de fundamento y origen a la existencia de este régimen fiscal, íntimamente unido con la función social y económica de las instituciones, anteriormente considerada. Nos referimos a la protección del ahorro nacional y a la necesidad de evitar la deslocalización del ahorro financiero favorecida por la normalización del principio de libre circulación de capitales y moneda única (impulsado en materia de IIC por sus propias directivas) y alimentada por la falta de armonización fiscal en el ámbito de la Unión Europea o, incluso, por la competencia que existe entre los sistemas tributarios de nuestro entorno para atraer capitales internacionales.

Es evidente que nuestro legislador no ha sido ajeno a esta realidad en los últimos años, y que debe aludirse a la misma cuando se enjuicia la razón de ser del marco tributario de las IIC. De hecho, no es casualidad que la tributación al tipo reducido del 1 por 100 se inaugurase en 1991, y que en 1992 entrase en vigor en España la normativa liberalizadora de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, lo cual tuvo lugar anticipando incluso el calendario de Maastricht, en un año.

Nunca debe olvidarse que esta es una razón que subyace como sustrato a cualquier reflexión normativa sobre las IIC en España, en la cual la materia tributaria ocupa un papel preferente [...] (Inverco, 2007, pp. 271-272).

¹²⁷ *Vid.* Inverco (2007, epígrafe 2.1.3).

disponen de mayor libertad económica en orden a decidir el momento oportuno del reembolso o transmisión. No son pocas las voces que se han alzado reclamando una modificación sustancial del régimen fiscal de la inversión colectiva, básicamente de las SICAV¹²⁸, o, cuando menos, que se garantice que el privilegio fiscal únicamente aprovechará a la inversión auténticamente colectiva¹²⁹. En efecto, supuesto que se entendiese que la inversión colectiva deba estar primada fiscalmente en relación con la individual, lo pertinente sería garantizar que el régimen fiscal privilegiado recayera sobre la inversión colectiva¹³⁰.

Para garantizar el carácter colectivo de la inversión, caben varias alternativas.

La primera es abstenerse de toda modificación normativa, considerando que inversión colectiva es la que se realiza a través de las entidades reguladas por la LIIC o por la Directiva 2009/65/CE, inscritas en los registros de la CNMV. Así, el carácter colectivo de la inversión quedaría garantizado por la supervisión que del cumplimiento de la normativa referida ha de realizar la CNMV.

La segunda consiste en otorgar a la inspección tributaria, exclusivamente a efectos fiscales, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos impuestos por la LIIC o por la Directiva 2009/65/CE. Es la solución propuesta en el proyecto de ley de presupuestos para 2019,

¹²⁸ Vid. García (2018):

El apoyo de Unidos Podemos a los objetivos de estabilidad presupuestaria planteados por el Gobierno de Pedro Sánchez para 2019 pasa por una batería de polémicas medidas. Entre ellas está [...] eliminar las sociedades de inversión de carácter financiero (sicav).

Entonces, ¿habrá modificaciones en la estructura de las sicav? Podemos exige que se eliminen para apoyar al Gobierno y el Ejecutivo todavía no ha manifestado su opinión al respecto. A la espera de que el equipo de Pedro Sánchez se manifieste en este sentido, el sindicato de técnicos del Ministerio de Hacienda (Gestha) ha asegurado hoy que no ve necesario que desaparezcan, aunque sí cree que se debería regular su participación y el plazo en el que declaran los beneficios [...].

Para Cruzado, «sería suficiente con regular la participación mínima y establecer un plazo en el cual habría que declarar los beneficios y no demorar en el tiempo *sine die*». De esta forma, añade el presidente de Gestha, se establecerían límites para evitar que las sicav sean utilizadas como forma de elusión.

«Según la norma debe haber 100 participantes como mínimo, pero muchas veces vemos capitales que controlan familias o personas y el resto son lo que se conoce como mariachis, que tienen una participación testimonial», explicó en este sentido Cruzado.

¹²⁹ Proposición no de ley 161/003510, Ciudadanos (BOC de 18 de julio de 2018): «Devolver a la Agencia Tributaria el control fiscal de las SICAV, y reforzar su control para evitar el fraude en las mismas». Vid. nota a pie de página 35 de este estudio.

¹³⁰ «La clave debe buscarse en garantizar que la SICAV sea realmente un vehículo de inversión colectiva [...]» (Bel, 2011, p. 51).

que fue mal acogida por la industria de IIC¹³¹, y que fue recogida entre las propuestas del programa del partido político más votado en las elecciones generales de abril de 2019¹³².

La tercera consiste en configurar unos requisitos fiscales determinantes de la inversión colectiva y, claro está, confiar la vigilancia de su cumplimiento a la inspección tributaria. Es la solución propuesta en el punto 8 de los pactos PP-Ciudadanos¹³³.

La oposición de la industria de la inversión colectiva a que la inspección tributaria supervise el cumplimiento de la normativa sobre inversión colectiva, así como al establecimiento de requisitos adicionales de dilución de la participación, en orden a reforzar el carácter colectivo de la inversión, es palmaria. Las razones que esgrime no son desdeñables. En particular, la deslocalización de la inversión hacia IIC extranjeras es un riesgo que debe ser tomado en consideración frente a cualquier opción reformadora. Si, como sugieren ciertas

¹³¹ Vid. Inverco (2019).

¹³² «Ejerceremos un mayor control sobre las SICAV, de modo que la Agencia Tributaria pueda regularizar fiscalmente aquellos casos en los que no se cumplan los requisitos que establece la normativa financiera» (PSOE, 2019, punto 197, p. 41).

¹³³ Vid. Antón (2016):

En líneas generales, los banqueros privados no discuten el punto referente a la Agencia Tributaria. «En realidad, el organismo público siempre ha tenido acceso a la información de las sicav y está al tanto de que muchas de ellas están controladas por un único accionista, que cuenta con el 99 % del capital, mientras los restantes inversores (hasta llegar al número mínimo de 100 que exige la normativa) cuentan con participaciones mínimas», señalan desde una firma de asesoramiento.

Las mismas fuentes explican que la Agencia Tributaria siempre ha hecho la vista gorda porque imponer un mínimo de 100 accionistas carece de toda lógica, en el marco de la Unión Europea, donde ningún país lo exige, salvo Portugal –requiere 100– y Francia –dos inversores–.

Sí hay consenso en el sector en la crítica a la propuesta de fijar que cada accionista ostente, como mínimo, el 0,55 % del capital de la sociedad. «Denota una completa falta de entendimiento del vehículo. Es una medida absurda porque es contraria, precisamente, a la colectividad. Es posible que muchas sicav, en línea con los fondos, auténticas instituciones de inversión colectiva, no cumplan esta regla, ya que cuanto más patrimonio tenga un vehículo, más atomizado está el patrimonio y más difícil es satisfacer esta exigencia. Por ello, el límite debería establecerse por arriba –por ejemplo, que ningún accionista tenga más del 10 % o el 20 %–, pero nunca por abajo», explica un banquero privado.

Pero, sin duda, el punto más conflictivo es el del gravamen del impuesto de sociedades. Inverco, la asociación de instituciones de inversión colectiva, que representa a gestoras de fondos de inversión, pensiones y sicav, considera que «con una eventual modificación fiscal, lo único que se lograría es eliminar un producto de ahorro que mueve un patrimonio de más de 31.000 millones de euros en España, y trasladar inmediatamente ese patrimonio a otras zonas geográficas o a otros países de Europa, que tienen una fiscalidad similar o mejor que en España».

La asociación asegura que «una modificación de la fiscalidad implicaría una deslocalización hacia Irlanda y Luxemburgo, en los que, como en el resto de los países de la Unión Europea, el tipo del impuesto sobre sociedades aplicable a estos instrumentos es 0 %».

informaciones, es cierto que determinadas SICAV o determinados compartimentos de fondos de inversión están dominados por uno o varios inversores, ese riesgo existe.

El requisito de los 100 socios o partícipes, en el contexto de un entorno regulatorio comunitario que no los exige, es una invitación a la deslocalización, fácilmente practicable al amparo de la libertad de movimiento de capitales, de la libre comercialización de las acciones o participaciones de las IIC en el ámbito comunitario, así como de la libre prestación de servicios de gestión en el mismo¹³⁴.

La mayor intensidad en la vigilancia del requisito de 100 socios o partícipes, no previsto por la Directiva 2009/65/CE, al que se encadena el tipo de gravamen del 1 % en el IS, no es un camino prometedor, sencillamente, porque esa ligazón, además de no ser en sí misma convincente, puede traer consecuencias negativas para la recaudación fiscal en razón al efecto de deslocalización, tanto de capitales como de servicios de gestión. No convendría olvidar que las entidades gestoras residentes en otro Estado miembro no tributarán en España por razón de las rentas derivadas de los servicios que presten, a menos que lo hagan mediante un establecimiento permanente¹³⁵.

Llegados a este punto conviene preguntarse por qué la inversión colectiva ha de estar primada fiscalmente respecto de la individual.

Desde luego, es cierto que la inversión colectiva se adapta mejor a las necesidades y conveniencias de los inversores pequeños y medianos que la inversión individual, pero de ello no se deriva ni la pertinencia ni la oportunidad del privilegio fiscal. Tampoco el sector de la inversión colectiva necesita para subsistir el paraguas del privilegio fiscal. Sus propios méritos le bastan.

Por tanto, lo pertinente es una modificación que suprima ese privilegio fiscal. A lo largo de este escrito ha quedado patente cuál es el contenido del privilegio fiscal. Se trata de la posibilidad ofrecida al inversor colectivo de remansar las rentas derivadas de su inversión en sede de la IIC sin tributación, de manera tal que, en definitiva, tiene la facultad de

¹³⁴ Según el punto 1 de la nota de prensa de Inverco (2019b):

Las SICAV están reguladas por las Directivas europeas desde hace más de 30 años, y en ellas se establecen los requisitos que debe reunir este vehículo de inversión, existente en todos los países de Europa. Además de los requisitos establecidos a nivel europeo (transparencia, supervisión y diversificación, entre otros), las SICAV españolas ya tienen un régimen más exigente, pues adicionalmente deben contar con un número mínimo de cien accionistas, no previsto en la directiva ni en la práctica totalidad de países. Esta diferencia ya supone en la actualidad un peor tratamiento para las SICAV españolas.

¹³⁵ *Vid.* los listados completos de entidades gestoras del espacio económico europeo mediante sucursal y en libre prestación (CNMV, s. f.).

decidir el momento de la tributación e, incluso, trasladar esa facultad a sus herederos, de modo que pueden constituirse patrimonios cuyas rentas no tributen indefinidamente.

La solución más inmediata y sencilla de aplicar es hacer tributar a la IIC por el tipo de gravamen general del IS. Esta solución resolvería el problema, ciertamente, pero a costa de crear otro; a saber, el exceso de imposición sobre la inversión colectiva. El tipo de gravamen simbólico es un mecanismo para evitar el exceso de imposición y no envuelve privilegio fiscal alguno. En fin, esta solución pondría en desventaja la inversión colectiva respecto de la inversión individual. Las razones anteriores la desaconsejan totalmente.

La solución más radical es la transparencia fiscal. Está justificada por el hecho de que la renta obtenida por la IIC está a disposición inmediata del socio o partícipe. Al tiempo, pone en pie de igualdad a los inversores colectivo e individual. Sin embargo, gravar una renta que, aun cuando disponible, no ha recalado materialmente en la cuenta corriente de los inversores colectivos, levantaría la incompreensión de la acrecida población de socios o partícipes de las IIC. Por otra parte, este régimen debería extenderse respecto de las IIC extranjeras, pues, en otro caso, estas serían el refugio contra la nueva forma de tributación.

La solución más matizada y equilibrada consiste en supeditar la tributación a tipo de gravamen simbólico a la distribución del beneficio o, lo que es lo mismo, en reducir la base imponible en el importe de la renta distribuida. Este modelo de tributación se compondría de los siguientes elementos:

- Las IIC tendrían la consideración de contribuyentes por el IS, incluso si carecieren de personalidad jurídica; por tanto, sin variación alguna respecto de la regulación vigente.
- La base imponible se determinaría de acuerdo con las reglas generales, pero sin derecho a la exención a la exención del artículo 21; por tanto, también sin variación alguna respecto de la regulación vigente.
- La base imponible se reduciría en el importe de los beneficios distribuidos a los socios o partícipes.
- La base imponible resultante de la reducción precedente tributaría al tipo de gravamen del 19 %, coincidente con el más bajo de la escala de tipos de gravamen que recaen sobre la base del ahorro.
- De la cuota así determinada podrán deducirse las retenciones sufridas, tanto internas como internacionales, respecto de las rentas obtenidas, dando las de carácter interno, en su caso, derecho a la devolución, en los términos actualmente vigentes, pero no así las de carácter internacional, las cuales, en la actualidad, ni siquiera son deducibles. Con esto se pone en pie de igualdad a las retenciones internas e internacionales.

- La deuda tributaria así determinada generaría un crédito de impuesto a favor de la IIC que debería ser satisfecho mediante devolución o compensación con la propia deuda tributaria del ejercicio en el que se efectúa la distribución de los beneficios acumulados o se aplican a la compensación de pérdidas. De esta manera, la tributación de la IIC sobre la renta no distribuida no afectaría a su valor liquidativo, por cuanto, en definitiva, tal tributación sería puramente transitoria, en cuanto que se extinguiría en la forma expuesta.
- La renta distribuida continuaría siendo objeto de retención, de manera tal que, para la gran masa de pequeños y medianos inversores colectivos, no afloraría una tributación aparente adicional por el IRPF, en la medida en que el tipo de retención coincidiera con el tipo de gravamen más bajo de la escala del ahorro. Los afectados serían, únicamente, los grandes inversores colectivos.
- La estrategia de desplazar su inversión hacia IIC extranjeras no puede descartarse. Para obviarla, sería preciso establecer un régimen de transparencia fiscal en relación con dichas instituciones. Es probable que su sola existencia desanimara la estrategia a la que pretende hacer frente, de manera tal que jugaría un papel práctico puramente disuasorio. De esta forma, la decisión de colocar el capital en una IIC extranjera estaría despojada de toda connotación fiscal. La imputación en régimen de transparencia fiscal, concerniente a los socios o partícipes de las IIC extranjeras, se alojaría en la escala del ahorro, a diferencia de la transparencia fiscal internacional, que lo hace en la escala general, a los efectos de preservar la igualdad con la tributación del inversor individual. La imputación en régimen de transparencia fiscal no entraría en colisión con el derecho de la Unión Europea, por cuanto la tributación de las operaciones internas e intracomunitarias sería equivalente.

El sistema que se propone podría parangonarse con el establecido en Dinamarca, según se desprende de la relación que, de la normativa danesa, consta en la STJUE *Fidelity Funds*. También con el de los Estados Unidos, según se desprende de los trabajos de la IFA.

Y, frente a las soluciones que, como la expuesta, bucean a la búsqueda de un equilibrio que pivote sobre el principio de capacidad económica, tal y como lo concreta el vigente IRPF, está la más pragmática, consistente en mantener la regulación actual, pero despojada de la exigencia de los 100 socios o partícipes. De esta manera, se pondría en igualdad de condiciones a la inversión colectiva, regulada por la LIIC, con la extranjera amparada por la Directiva 2009/65/CE.

No es esta la solución que se propugna en el presente escrito, pero, desde luego, es superior, por sus efectos prácticos, a la actualmente vigente, y también a todas aquellas que, con cierta ingenuidad o huera grandilocuencia, tratan de afianzar el carácter colectivo de la inversión como peaje del privilegio fiscal, ya que, sobre ser inconsistentes desde el punto de vista del principio de capacidad económica, estimulan la deslocalización.

8.5. Recaudación, contexto y condicionantes

8.5.1. Recaudación

El régimen fiscal de las IIC y de sus partícipes, esto es, del inversor colectivo, puesto en relación con el régimen fiscal del inversor individual implica un sacrificio recaudatorio. Un cálculo de su importe, ni tan siquiera aproximado, excede del autor de estas líneas. Con todo, algunos datos pueden ser ilustrativos.

La cuenta de pérdidas y ganancias agregada de las IIC declarantes por el IS, correspondiente al ejercicio 2016 (último respecto de los que la Agencia Tributaria ha publicado datos en el momento de la finalización del presente trabajo [en miles de euros]), muestra un resultado de explotación negativo de 2.905.130, partida que parece responder, en su mayor parte, a las comisiones de gestión y depósito; unos ingresos financieros de 6.548.495, partida que debe recoger, básicamente, los intereses y dividendos percibidos por las IIC; una variación positiva por valor razonable de 2.481.083, y otra negativa por deterioros y minusvalías de 2.507.045, lo que, en unión a otras partidas menores, determina un resultado contable de 2.870.587. Si se eliminaran las IIC con resultado contable negativo, el resultado contable agregado asciende a 4.102.354. Nótese que esa cifra responde al rendimiento de la inversión colectiva canalizada a través de IIC residentes en territorio español; consecuentemente, no recoge la canalizada a través de IIC extranjeras, cuyo importe, sin embargo, puede intuirse a través del importe de los capitales captados en territorio español por las mismas.

Para apreciar la importancia relativa de los intereses y dividendos percibidos por las IIC, y por ende, del valor relativo del sacrificio recaudatorio, puede ser útil considerar que la cifra de los rendimientos del capital mobiliario que recalaron en el ejercicio 2016 en la base del ahorro ascendió a 15.174.109 (en miles), de los que 3.709.823 fueron intereses de depósitos y asimilados, 9.501.205 dividendos, 1.684.484 seguros, y el resto partidas menores.

Según datos de Inverco, en 2013, el patrimonio de las IIC ascendía a 250.746 (en millones) de los que 65.000 se estimaban pertenecer a IIC extranjeras, y en 2018, a pesar de ser un año difícil para los mercados financieros, ese patrimonio ascendía a 454.761 de los que 168.000 se estimaban pertenecer a IIC extranjeras. Estas cifras muestran que la inversión colectiva en el transcurso de 5 años casi se ha duplicado y que el componente exterior se ha triplicado. Los inversores confían en la inversión colectiva y todavía más en la extranjera. Inverco prevé una evolución positiva para 2019¹³⁶. Estas cifras son tanto más significativas

¹³⁶ Inverco:

El volumen de activos de las IIC se podría situar en 2019 en 472.800 millones de euros, lo que supondría un incremento del 3,7 % con respecto a 2018. Esta cifra se desglosaría de la siguiente manera:

si se considera que en ese lapso de tiempo los distintos componentes del ahorro financiero de las familias han estado prácticamente estancados¹³⁷. Congruentemente, el porcentaje de ahorro financiero mantenido por los inversores colectivos españoles duplica el referido a los Estados miembros EU-13¹³⁸. El escenario de tipos de interés bajos, incluso negativos, así como la volatilidad de los mercados de capitales, sugieren que en los próximos años la inversión colectiva seguirá creciendo.

Si el sacrificio recaudatorio de las primeras etapas de la inversión colectiva pudo ser relativamente moderado, el crecimiento de la inversión colectiva apunta en sentido contrario.

8.5.2. Contexto

Algunos de los motivos que alentaron la configuración del régimen fiscal vigente, por no decir todos, hoy tienen una significación diferente. Véase:

- El encauzamiento del ahorro hacia la inversión colectiva por medio del incentivo fiscal, si antaño pudo tener la justificación de apoyar a una industria financiera incipiente, hoy en día la ha perdido. La inversión colectiva es, por sí misma, y sin ningún aditamento fiscal, atractiva para el ahorrador.
- Si el incentivo fiscal pudo estar pensado, en el momento de su creación, para retener el ahorro en sede de las IIC constituidas en España, las posteriores modificaciones normativas, necesarias para dar satisfacción al principio de la libertad de movimiento de capitales, han echado por tierra este propósito, por cuanto el régimen fiscal privilegiado se extiende también en relación con las colocaciones en IIC extranjeras amparadas por la Directiva 2009/65/CE. El altísimo patrimonio, en términos relativos, de las IIC extranjeras así lo pone de relieve. En la misma línea apuntan los datos del espectacular volumen de los patrimonios

-
- Los fondos de inversión mobiliaria podrían incrementar su patrimonio en 2019 en torno a 13.500 millones de euros (un 5,2 % más), alcanzando a finales de este año los 271.000 millones de euros.
 - Las sociedades de inversión mobiliaria reducirían su volumen de activos hasta los 25.000 millones de euros, lo que supondría una caída patrimonial del 11,9 %.
 - Y las IIC extranjeras incrementarían su patrimonio hasta los 176.000 millones de euros (un 4,8 % más) (2019a, p. 36).

¹³⁷ Vid. anexo 1.1, «Ahorro financiero de las familias españolas», en Inverco (2019a).

¹³⁸ Vid. anexo 2.1, «Ahorro financiero de las familias europeas», en Inverco (2019a).

constituidos bajo las IIC constituidas en Luxemburgo e Irlanda¹³⁹, así como las noticias que llegan del mundo financiero¹⁴⁰ y de los estudios universitarios¹⁴¹.

- Si el incentivo fiscal pudo estar pensado, en el momento de su creación, para facilitar la colocación de las emisiones del Tesoro, repárese en que la composición de la cartera de las IIC ha variado sustancialmente respecto de la existente en los años noventa. En 1995, las IIC financiaban el 28,4 % de la deuda pública, en tanto que, en 2018, lo hicieron en el 6,9 %, y el porcentaje de cartera exterior creció desde un modesto 3,7 % del patrimonio hasta el 65,6 %.
- En fin, el temor a una deslocalización del ahorro por motivos fiscales no puede tener, hoy en día, la misma intensidad que pudo tener en el inicio de la década de los noventa. De una parte, las técnicas de transparencia fiscal internacional, en aquel entonces desconocidas en nuestra legislación fiscal, hoy están plenamente asentadas y, de otra, los entonces incipientes mecanismos de intercambio de información hoy han dado paso a otros realmente robustos¹⁴². Así, cuando entró en vigor la Directiva 88/361/CEE, concerniente a la libertad de movimiento de capitales, el intercambio de información fiscal había de realizarse previo requerimiento, en los términos previstos en la Directiva 77/779/CEE; por tanto, de manera totalmente insuficiente para detectar los movimientos de capitales financieros por motivos fiscales. Ya por entonces, las autoridades comunitarias eran conscientes del problema apuntado, el cual se intentó solucionar o, cuando

¹³⁹ Datos en miles de millones: Luxemburgo (4.050, 7525 %/PIB, 2017), Irlanda (2.400, 815,9 %/PIB, 2017), Alemania (1900, 2107), Francia (1880, 2017), Reino Unido (1550, 2017) (*vid.* anexo 4.2, «Instituciones de inversión colectiva a nivel mundial», Inverco, 2019a).

¹⁴⁰ *Vid. Cinco Días* (2017):

Las grandes gestoras de fondos españolas distribuyen en España fondos con pasaporte luxemburgués [...]. Afirman que los clientes les solicitan tener parte de su dinero invertido en jurisdicciones diferentes a la española. Cuando lanzan fondos, la mayor parte de las gestoras saca un formato español, y lo replica en una sicav luxemburguesa [...]. La CNMV ha autorizado en los últimos meses que cuatro sicavs españolas sean absorbidas por parte de sicavs luxemburguesas [...]. El miedo a inminentes cambios fiscales son un punto clave [...]. «Las fusiones transfronterizas son un procedimiento reglado, que permite que la sicav cambie de jurisdicción de una forma menos complicada» [...] «Las absorciones de sicavs por parte de sicavs luxemburguesas son una solución que implica la deslocalización del vehículo a una jurisdicción en la que no se esperan trabas políticas [...]». Eso sí, existe el riesgo de que Hacienda haga aflorar las plusvalías en el momento de ejecución de la operación y que estas tengan que pasar por la Agencia Tributaria en la declaración del IRPF correspondiente, como puede ocurrir con las fusiones de fondos con sicavs, como reveló una consulta de la DGT, publicada por *Cinco Días* el pasado 22 de septiembre.

¹⁴¹ *Vid.* Luque y Luque (2014).

¹⁴² Directiva 2011/16/UE, modificada por la Directiva 2014/107/UE, la Directiva (UE) 2015/2376, la Directiva (UE) 2016/881, la Directiva (UE) 2016/2258 y la Directiva (UE) 2018/882.

menos, paliar, mediante una propuesta de directiva conocida como Directiva del ahorro, que solo llegó al boletín de las Comunidades 13 años después (Directiva 2003/48/CE), rodeada de restricciones y limitaciones que, vistas desde la perspectiva actual, permiten calibrar la intensidad del avance realizado en materia de intercambio de información. Hoy en día, tras la Directiva 2014/107/UE, el Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA)¹⁴³, el Acuerdo multilateral entre autoridades competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014, y los ya numerosos acuerdos de intercambio de información tributaria firmados con diversas jurisdicciones fiscales, el panorama de la información fiscal internacional con trascendencia tributaria ha variado sustancialmente en relación con el existente en los albores de la última década del pasado siglo¹⁴⁴.

Por todo ello, un régimen fiscal de la inversión colectiva exterior basado en la técnica de la transparencia fiscal, en cuanto pieza indispensable de un régimen fiscal basado en la homologación fiscal de las inversiones colectiva e individual es, hoy en día, perfectamente administrable.

8.5.3. Condicionantes

Razones de justicia, pero también de recaudación y alteración del contexto en el que nació el vigente régimen fiscal de las IIC, ameritan que su reforma entre en la agenda política.

El objetivo de una eventual reforma del régimen fiscal de las IIC y sus partícipes debería ser su homologación con el régimen fiscal del inversor individual. Ahora bien, esa homologación debería respetar las condiciones que seguidamente se citan:

- No propiciar un trato distinto, en cuanto efecto fiscal equivalente, para las inversiones en IIC españolas y extranjeras, sustancialmente comparables.
- No imponer cargas administrativas al inversor colectivo.
- No provocar fugas de capitales hacia IIC extranjeras.
- No afectar al valor patrimonial de las IIC.
- No hacer de peor condición al inversor colectivo respecto del individual.

¹⁴³ Vid. Carreño (2014).

¹⁴⁴ Vid. Calderón (2019).

La igualdad de trato debe proyectarse tanto respecto de los inversores como de las IIC.

Los inversores deben soportar los mismos efectos fiscales, cualquiera que fuere la residencia de la IIC. De ahí el régimen de transparencia fiscal respecto de la inversión en IIC extranjeras. Este régimen, aunque construido sobre la imagen de la transparencia fiscal internacional, debería ser específico para la inversión colectiva.

Las rentas de las inversiones realizadas por la IIC deben soportar el mismo trato, cualquiera que fuere la fuente u origen de las mismas. Por tanto, si las retenciones interiores son deducibles de la cuota íntegra, las retenciones practicadas por una jurisdicción fiscal extranjera también deberán serlo. Cuestión distinta es que esa deducción se haga efectiva por la propia IIC o por los socios o partícipes. Aun cuando la lógica pueda apuntar hacia estos últimos, la continuidad aconseja que sea la propia IIC la que haga efectivas las deducciones. No obstante, las practicadas por jurisdicciones fiscales extranjeras podrían ser deducidas por los socios o partícipes. En este sentido, el sistema de información y la técnica de liquidación operarían de manera idéntica a como actualmente sucede respecto de las rentas derivadas de los activos financieros depositados en las entidades de crédito.

La obligación de retener no sufriría variaciones respecto de la situación actual, de manera tal que sobre la renta distribuida por la IIC se practicaría retención. En esta forma, el efecto de tesorería soportado por el socio o partícipe directamente sería prácticamente nulo tratándose de pequeños inversores.

El sistema de tributación que se propone no implica cargas adicionales para el socio o partícipe de las IIC residentes en territorio español. Su declaración-liquidación reflejaría la renta distribuida por la IIC y la retención practicada sobre la misma de idéntica forma a como se reflejarían las rentas derivadas de cualesquiera otros activos financieros.

Sin embargo, respecto del socio de las IIC extranjeras, sí introduciría una carga adicional, esto es, el sistema de transparencia fiscal. A tal efecto, sería conveniente establecer una obligación de información a cargo de las entidades comercializadoras. Este es un punto relevante.

Tal vez, podría sostenerse que el régimen de transparencia fiscal a cargo de los socios o partícipes de las IIC extranjeras implica una discriminación, en la medida en que tal régimen no opera respecto de las IIC nacionales. No obstante, en la medida en que tal sistema está diseñado para poner en pie de igualdad a todos los inversores colectivos, cualquiera que sea el lugar de residencia de la IIC, debería entenderse justificado. Nótese que ya hoy en día los socios o partícipes de las IIC extranjeras pueden estar obligados a practicar una retención. Recuérdese la sentencia Caster. La legislación alemana establecía unas obligaciones de información respecto de las IIC extranjeras, lo que no se cuestionó, pero sí que, en ausencia de su cumplimiento, se estableciera una base imponible estimada sin conceder oportunidad al socio o partícipe de probar el verdadero montante de la renta acumulada en

sede de la IIC que le correspondía. En Caster, pues, no se rechaza que el socio o participe de una IIC extranjera deba cumplir algunas obligaciones que no se imponen al de una IIC nacional, sino que se le niegue la posibilidad de probar cuál es su verdadera renta, debiendo realizar, eso sí, trámites probatorios que no se imponen al socio o participe de las IIC nacionales.

Es posible que –todas las demás cosas iguales– los inversores deseen huir de los engorros propios de la transparencia fiscal, prefiriendo así las IIC españolas, pero ello no podría fundamentar un reproche de discriminación a favor de la industria de inversión colectiva nacional, por cuanto el fundamento de la transparencia fiscal es poner el pie de igualdad a todos los inversores colectivos.

Precisamente esa igualdad es la que da cumplimiento a la tercera premisa, esto es, no provocar fugas de capital hacia IIC extranjeras. La neutralización de las fugas se alcanza a través de la igualdad, y esta, mediante la transparencia fiscal. Un régimen fiscal que se ancla en la igualdad de régimen fiscal de las inversiones, internas y transfronterizas, es idóneo frente al principio de libertad de movimiento de capitales.

El régimen fiscal que se sugiere no afecta al valor patrimonial de las IIC. En principio, un gravamen por el IS sí afecta al valor patrimonial. Sin embargo, el que se propone no lo hace. En efecto, como ya se ha indicado, el impuesto solamente recae sobre la renta no distribuida susceptible de distribución, y no sería un pago definitivo, sino que estaría llamado a su devolución con ocasión de la distribución de la renta, la obtención de pérdidas o la extinción de la IIC. Un impuesto así concebido no tiene la naturaleza de gasto, sino de crédito fiscal y, por tanto, no minora el valor patrimonial de la IIC.

El régimen fiscal que se sugiere no hace de peor condición al inversor colectivo respecto del individual. Ciertamente, podría provocar la tributación sobre las rentas distribuidas aun cuando el resultado final de la inversión fuere nulo o, incluso, negativo (capital recuperado + + rentas percibidas < capital aportado). Ahora bien, este efecto también lo padece el inversor individual, el cual tributa sobre los dividendos distribuidos sin que la pérdida derivada de la transmisión de la participación motive la devolución de los impuestos previamente pagados. Es más, todavía restaría al inversor colectivo la ventaja de la compensación que, entre rentas positivas y negativas, se produce en sede de la IIC.

8.6. Estabilidad normativa y confianza legítima

La reforma del régimen fiscal de la inversión colectiva que se sugiere supondría, ciertamente, una alteración sustancial del régimen vigente. Es natural que así sea, por cuanto el régimen vigente implica, como se ha explicado, una suerte de tributación sobre la renta dispuesta antes que sobre la renta disponible.

Cabe preguntarse si tal reforma podría suponer una infracción de algún principio constitucional; señaladamente, el de confianza legítima. Este principio, al que alude el artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, tiene vitela constitucional en cuanto puede ser entendido como un aspecto del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución.

Un relativamente nutrido conjunto de sentencias del Tribunal Constitucional permite concretar su configuración y alcance con base en los siguientes criterios:

- No existe un supuesto derecho de los contribuyentes o de un sector de los mismos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal ni las normas fiscales están afectas por el principio constitucional de irretroactividad¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 126/1987, de 16 de julio (NFJ000307):

En cuanto al principio de seguridad jurídica también aducido, ha venido ciertamente configurándose, a partir de la Sentencia núm. 26 del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 19 de diciembre de 1961, una línea argumental que, partiendo de la idea del Estado de derecho y de los principios que lo informan, considera que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio y a la confianza de los ciudadanos.

[...] el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 de la Norma fundamental, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (FJ 11).

STC 173/1996, de 31 de octubre (NFJ004656):

[...] no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal como está consagrado en el citado precepto. El límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el art. 9.3 de la Norma suprema garantiza no es general, sino que está referido exclusivamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales [...]. La irretroactividad absoluta de las leyes fiscales, por otra parte, podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal [...]. Al tema no fueron extraños los constituyentes toda vez que en el anteproyecto de la Constitución la irretroactividad se extendía también a las leyes tributarias y así se mantuvo en el informe de la ponencia, pero se suprimió, significativamente, en el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales para no impedir u obstaculizar futuras reformas del sistema [...].

Ahora bien, como también hemos declarado en otras ocasiones, afirmar que las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el art. 9.3 C.E., en tanto que no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución señaladamente, por lo que aquí interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional.

La seguridad jurídica, según constante doctrina de este tribunal, es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio» (SSTC 27/1981,

- La seguridad jurídica y la confianza legítima sí pueden proscribir las normas re-
troactivas en sentido propio y, más difícilmente, cuando la retroactividad es de

99/1987, 227/1988 y 150/1990). Y aun cuando resulta claro, como se advertía en el fundamento jurídico 8.º de la STC 150/1990, que no puede erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente (SSTC 6/1983, 99/1987 y 126/1987), consecuencia contraria a la concepción que fluye del propio art. 9.3 C.E., ni debe entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 27/1981 y 6/1983), «sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad» (FJ 3).

STC 182/1997, de 28 de octubre (NFJ005623):

Ahora bien, como se ha señalado con anterioridad, entre las exigencias de la seguridad jurídica no se incluye derecho alguno a la inalterabilidad del régimen fiscal, ni, en general, a la «congelación del ordenamiento jurídico existente». Las exigencias de seguridad jurídica que derivan del art. 9.3 C.E., en efecto, no pueden nunca llegar hasta el punto de impedir a las Cortes Generales, esto es, a la representación del pueblo español (art. 66.1 C.E.), tomar conciencia de situaciones de crisis financiera, o de cualquier otra especie, y hacerles frente adoptando las medidas que se estimen precisas u oportunas para ello [...] (FJ 13).

STC 237/2012, 13 de diciembre (NCJ059198):

Otra perspectiva desde la que se denuncia arbitrariedad del Real Decreto-Ley 2/2004 es la relativa a la quiebra de la confianza legítima pues, sostiene el letrado autonómico, la derogación del plan hidrológico nacional era imprevisible y ha afectado a las legítimas expectativas de los poderes públicos y de la ciudadanía [...] debemos reiterar ahora, que la observancia estricta de esta línea argumental abocaría a la petrificación del ordenamiento desde el momento en que una norma promulgada hubiese generado en un sector de la ciudadanía o entre algunos poderes públicos la confianza en su vigencia más o menos duradera. En efecto, la aceptación de la tesis de la actora no sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento [...] (FJ 9).

STC 183/2014, de 6 de noviembre (NCJ058888):

[...] La aplicación generalizada del impuesto en cuestión responde a una opción del legislador, que, respetando los principios constitucionales, cuenta con un amplio margen para el establecimiento y configuración del tributo. Margen que no puede verse constreñido por la exigencia de una diferenciación que no resulta constitucionalmente obligada, por más que al recurrente le parezca conveniente u oportuna, ni tampoco por las expectativas de mantenimiento del régimen fiscal preexistente –lo que, de por sí, impediría toda innovación legislativa–, de manera que «la observancia estricta de esta línea argumental abocaría a la petrificación del ordenamiento desde el momento en que una norma promulgada hubiese generado en un sector de la ciudadanía o entre algunos poderes públicos la confianza en su vigencia más o menos duradera... y no sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento [...]» (FJ 3).

carácter impropio, siendo necesario, en todo caso, efectuar una cuidada ponderación de los intereses y objetivos en juego¹⁴⁶.

¹⁴⁶ STC 126/1987, de 16 de julio (NFJ000307):

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que este, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este tribunal, entre otras, en sus SSTC 27/1981 y 6/1983. Por ello, el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.º 3 de la Norma fundamental, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal.

En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad. Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto –retroactividad auténtica–, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo –retroactividad impropia–, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso [...] (FJ 11).

STC 197/1992, de 19 de noviembre (NFJ002160):

Por lo que tiene que ver con la pretendida transgresión de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, consagrada en el art. 9.3 de la Constitución, a causa –se dice– de la aplicación del nuevo tipo impositivo a hechos imponibles realizados y consumados con anterioridad [...].

[...] no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva [...], pues ello «podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal». [...] ello no obstante, puede cuestionarse la legitimidad constitucional de la retroactividad de las normas fiscales cuando dicha eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios constitucionales (capacidad económica, seguridad jurídica, interdicción de arbitrariedad, etc.). En el contexto de la seguridad jurídica, resulta relevante distinguir entre una retroactividad «auténtica», donde la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo cualificadas excepciones podrían oponerse a tal principio, y otra retroactividad «impropia», donde la licitud o ilicitud de la medida retroactiva dependería de una ponderación de bienes que tuviese en cuenta ciertamente la seguridad jurídica, pero también las circunstancias del supuesto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, etc.; habría retroactividad auténtica cuando se pretendiesen anular efectos jurídicos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la ley y ya consumadas, mientras existiría una retroactividad impropia, cuando se afectasen situaciones jurídicas actuales y aún no concluidas.

[...] el principio de seguridad jurídica protege «la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede transgredir la interdicción de la arbitrariedad»; resaltando, otra vez, que serían las circunstancias

- La confianza legítima ha de considerarse cuando se realizan actividades o inversiones a la vista de una determinada legalidad que ha condicionado la conducta

específicas que concurriesen en cada caso y el grado de retroactividad de la norma cuestionada los elementos determinantes de la ponderación a realizar. (FJ 4).

STC 182/1997, de 28 de octubre (NFJ005623):

[...] resulta relevante, a tenor de la doctrina de este tribunal, distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado medio. En el primer supuesto, que se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas, solo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares [...] (FJ 11).

[...] si la afectación de la seguridad jurídica por una norma de retroactividad impropia como la enjuiciada vulnera o no la Constitución es un interrogante al que solo puede responderse después de analizar las circunstancias específicas que concurren en el caso, especialmente, la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y el alcance de la misma. Solo después de una ponderación de los diferentes elementos en presencia es posible concluir si el art. 9.3 C.E. ha resultado vulnerado o si, por el contrario, la seguridad jurídica, que, insistimos, no es un valor absoluto, debe ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos (FJ 13).

STC 234/2001, de 13 de diciembre (NFJ011438):

Determinar, pues, cuándo una norma tributaria vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurren en cada supuesto [...] en el presente supuesto y conforme a lo razonado, el hecho imponible y su dimensión temporal del devengo del tributo se había verificado por completo, y agotado sus efectos jurídicos, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma reguladora de aquel, es decir, de la Ley 45/1985, de impuestos especiales.

[...] tal grado de retroactividad, al que conviene la calificación de plena o auténtica, determina la vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de nuestra Constitución, que opera como límite de una tal retroactividad de las normas fiscales, dado que, por otra parte, no encuentra justificación constitucional, como después veremos, en la ponderación de otros bienes o valores constitucionales de prevalente consideración para el interés general.

[...] En consecuencia de todo lo expuesto, ha de concluirse que resulta menoscabado el principio de confianza legítima de los ciudadanos en cuanto contribuyentes, es decir, la razonable y fundada expectativa de estos en el ordenamiento jurídico aplicable. Ha de recordarse al respecto que «el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el art. 9.3 CE» [...] (FF. JJ. 10 y 11).

de los ciudadanos, pero sin que de ello se derive una proscripción radical de la modificación normativa¹⁴⁷.

Se desprende de los criterios anteriores que una eventual reforma de la tributación de las IIC como la sugerida en modo alguno violentaría un principio constitucional, señaladamente, el de seguridad jurídica en su vertiente de confianza legítima, con tal que no incurriera en una retroactividad en sentido propio o de grado máximo pues, en tal caso, se enfrentaría a un juicio de ponderación que podría no superar.

En suma, el principio de confianza legítima no puede frenar un cambio legislativo, por muy radical que el mismo fuere¹⁴⁸, ni justificar una responsabilidad patrimonial del Estado, excepto cuando afecte a situaciones jurídicas individualizadas creadas por actos jurídicos específicos al amparo de la legislación precedente que determinen una pérdida patrimonial imputable a la nueva norma¹⁴⁹.

¹⁴⁷ STC 181/2016, de 20 de octubre (NCJ061783):

Mas es fácil advertir que el principio de confianza legítima viene anudado a la realización de conductas, tal como inversiones, que no se habrían llevado a cabo, o se habrían realizado en cuantía o condiciones diferentes en caso de haberse conocido que el panorama normativo conforme al que se adoptaron iba a mudar; o bien al hecho de que el retorno económico de una inversión (entre otras posibles conductas) se reduzca a resultados de un cambio regulatorio imprevisible. Por esta razón, y según se refleja en nuestra doctrina, antes extractada, el principio de confianza legítima se ha conectado habitualmente con la aplicación retroactiva de un nuevo régimen jurídico, pues «el panorama de las normas jurídicas vigentes en cada momento incide en la forma como los ciudadanos programan sus conductas» [...] (FJ 5).

STC 270/2015, de 17 de diciembre (NCJ060741):

Los cambios legislativos producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima. Este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se promulgó el real decreto-ley que ahora se enjuicia, es decir, de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico. Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general.

¹⁴⁸ Siguiendo a García de Enterría:

La democracia, que es la que ha creado enteramente el concepto mismo de Legislación sobre el que hoy vivimos, no tolera la invocación de ninguna confianza, o comodidad, o interés de nadie en mantener la situación existente y que pueda justificar la imposibilidad de que el Legislador pueda cambiar la Ley a su arbitrio (García de Enterría, 2002, p. 195).

¹⁴⁹ *Ibid.*:

[...] La base de esta construcción está en la distinción entre situaciones jurídicas subjetivas o individuales y situaciones jurídicas objetivas, generales o impersonales. Las primeras son situaciones especiales, individuales y temporales, y su contenido y extensión están determinados

Cuestión distinta es que se considere oportuno establecer un régimen transitorio o una moratoria en la entrada en vigor de la nueva normativa para facilitar la adaptación de los contribuyentes. En efecto, en la medida en que el principio de confianza legítima fuere entendido como un medio para proteger los intereses de los particulares contra las modificaciones imprevistas de la normativa en la que pudieron haber apoyado sus determinaciones patrimoniales, las normas transitorias o de *vacatio legis* alivian la tensión así creada¹⁵⁰. La legislación fiscal no ha sido ajena a esa técnica. Precisamente, en el ámbito de la inversión colectiva, fue utilizada por la Ley 61/1978, como ha quedado expuesto anteriormente.

9. Conclusiones

El análisis precedente permite formular un conjunto de conclusiones, las cuales pueden ser divididas en dos grupos, según que tengan naturaleza técnica o de política tributaria.

9.1. Conclusiones de naturaleza técnica

Primera. El encadenamiento de la fiscalidad de las IIC al cumplimiento de los preceptos de la legislación prudencial genera incertidumbres y conflictos. Paradigmático es el de carácter competencial entre la CNMV y la Agencia Tributaria, legislativamente resuelto, aunque en vías de propuesta de revisión.

por un acto singular distinto de la ley, aunque de conformidad con esta. Estas situaciones no pueden ser afectadas por una ley nueva; cuando el título especial las creó eran conformes a la ley, y la ley ulterior no puede privarlas de la validez que de la anterior han derivado; solo una ley con retroactividad máxima, que Duguit considera contraria al «derecho superior», podría hacerlo, pero la validez de esta ley sería cuestionable. Ejemplo entre todos: un contrato válidamente celebrado. En cambio, las situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, que son las creadas por leyes o reglamentos igualmente generales, impersonales y objetivos, no tienen ninguna posibilidad de perseverar ante el cambio de la ley o reglamento que las ha creado y que puede, con la misma potestad, sustituirlas por una nueva situación general y objetiva, frente a la cual ninguno de los incluidos en la situación legal o reglamentaria anterior tiene absolutamente ningún derecho. Son situaciones legales o reglamentarias, definitorias de *status* legales a los que están acogidos un número indeterminado de sujetos, eventualmente todos (por ejemplo, el *status* de la nacionalidad). Son, pues, el resultado de la aplicación misma de la ley o del reglamento que las ha definido. Lo característico es, por tanto, que si la ley o el reglamento que han creado esa «situación objetiva» cambian, las situaciones anteriores dejan en el mismo momento de existir y los sujetos afectados pasarán a tener los derechos que resulten de la nueva ley, exclusivamente, sin que puedan oponerse a esa sustitución (García de Enterría, 2002, pp. 196-197).

¹⁵⁰ Vid. Sanz (2000).

Segunda. El régimen fiscal de las IIC y sus socios o partícipes presenta zonas de regulación insuficiente. En efecto, las normas relativas a la tributación de los socios o partícipes van dirigidas a aquellos que lo son de IIC reguladas por la LIIC o por la Directiva 2009/65/CE o que están constituidas en paraísos fiscales, de manera tal que queda sin regular la fiscalidad de los socios o partícipes del resto de las IIC, esto es, las residentes en Estados miembros no amparadas por la citada directiva y las constituidas en Estados terceros no considerados como paraíso fiscal. Ciertamente, el vacío puede ser colmado mediante las normas de carácter general, pero no sin ciertas dudas e inconsistencias.

Tercera. La sumisión de las inversiones realizadas a través de las IIC al principio de libertad de movimiento de capitales exige un tratamiento homogéneo de las instituciones y sus partícipes cualquiera que fuere el lugar de su residencia. Se observa que esto no es así, a tenor de la legislación vigente, en varios supuestos:

- Diferimiento por reinversión, en cuanto reservado a las operaciones sobre IIC amparadas por la LIIC o por la Directiva 2009/65/CE.
- Retenciones por el IRNR sobre intereses pagados a IIC residentes en el extranjero no comunitario, equivalentes a las reguladas en la LIIC, siendo así que las practicadas a las residentes en territorio español serán devueltas en el exceso sobre la cuota del IS.
- Retenciones por el IRNR sobre dividendos pagados a IIC residentes en el extranjero, otras que las amparadas por la Directiva 2009/65/CE, siendo así que las practicadas a las residentes en territorio español serán devueltas en el exceso sobre la cuota del IS.

Cuarta. Discriminación de la inversión colectiva en relación con la inversión individual respecto de la eliminación de la doble imposición económica, tratándose de inversiones realizadas a través de IIC reguladas por la LIIC y tipo de gravamen del 1 % o amparadas por la Directiva 2009/65/CE.

El mismo razonamiento cabe respecto de la eliminación de la doble imposición jurídica.

Quinta. La delimitación del régimen fiscal en función de la regulación prudencial provoca discriminaciones bajo la forma del típico error de salto. Así, con 100 socios queda franqueada la puerta del privilegio fiscal. Con uno menos se abre la puerta del exceso de imposición.

Sexta. La homologación del régimen fiscal de los socios de las IIC de la LIIC con el de los socios de las constituidas en un Estado miembro amparadas por la Directiva 2009/65/CE sufre la tensión derivada de que esta última no exige el requisito de los 100 socios o partícipes.

9.2. Conclusiones de política tributaria

Primera. La tributación privilegiada de la inversión colectiva no deriva del tipo de gravamen especial reducido de las IIC, sino de la posibilidad que concede a sus socios o partícipes de acumular indefinidamente sin tributación las rentas en sede las mismas. Esa posibilidad no está en buena sintonía con el criterio de tributación sobre la renta disponible.

Segunda. El régimen fiscal de las IIC y sus partícipes debiera diseñarse bajo la orientación del tratamiento igual de las inversiones colectiva e individual, interiores o extranjeras. A tal efecto, en el presente estudio se esbozan las líneas maestras de un régimen fiscal que asegura ese tratamiento igual, al tiempo que frustra los riesgos de deslocalización.

Tercera. Las causas que, en su día, pudieron justificar o, cuando menos, hicieron tolerable el régimen fiscal privilegiado de la inversión colectiva, actualmente han periclitado. En particular, el sistema de información fiscal internacional se ha robustecido notablemente en los casi 30 años transcurridos desde el punto de arranque del privilegio fiscal, de manera tal que los temores de una deslocalización de capitales por motivos fiscales no son fundados, a condición de que el régimen fiscal que se diseñe determine un tratamiento equivalente para la inversión colectiva interior y exterior.

Cuarta. Los méritos de la inversión colectiva son lo suficientemente sólidos como para pronosticar que una modificación de la fiscalidad en el sentido sugerido no perturbaría su desenvolvimiento. La inversión colectiva no precisa de la ortopedia fiscal.

Quinta. Una reforma en profundidad del régimen fiscal de las IIC y sus partícipes, inspirada en la igualdad de trato con el régimen fiscal de la inversión individual, además de servir al principio de capacidad económica, no entraría en conflicto con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Al tiempo, resolvería plenamente los problemas de fiscalidad internacional ligados al principio de libertad de movimiento de capitales, por cuanto la IIC estaría sujeta a tributación respecto de las rentas no distribuidas y las distribuidas tributarían en sede de sus socios o partícipes inmediatamente, de manera tal que, asegurada la tributación interior, podría sujetarse a tributación a las rentas transferidas al exterior sin riesgo de conflicto con el principio de libertad de movimiento de capitales.

Sexta. Una reforma tibia, inspirada en garantizar el privilegio fiscal exclusivamente para la inversión auténticamente colectiva, sobre carecer de verdadero fundamento, introduciría rigidez en el desenvolvimiento de las funciones de las IIC. En efecto, de una parte, el carácter colectivo de la inversión no amerita privilegio fiscal alguno, y de otra, la preservación del privilegio fiscal, condicionado al cumplimiento de la característica de colectividad, probablemente alentaría conductas artificiosas y controles fiscales incómodos, cuando no la huida hacia jurisdicciones fiscales amables.

Referencias bibliográficas

- Albi Ibáñez, E. (1980). Estudio introductorio. En Comisión Meade (Pres. J. E. Meade), *Estructura y reforma de la imposición directa*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Alonso Montes, P. y Ruiz Correas, P. (14 de enero de 2019). Reclasificación a clases limpias de forma masiva y sin peaje fiscal. *Funds People*. Recuperado de <<https://es.fundspeople.com/news/reclasificacion-a-clases-limpias-de-forma-masiva-y-sin-peaje-fiscal>>.
- Antón, A. (2 de noviembre de 2016). La banca privada se moviliza para adaptarse a las medidas «populistas» contra las sicav. *El Independiente*. Recuperado de <<https://www.elindependiente.com/economia/2016/11/02/la-banca-privada-se-moviliza-para-adaptarse-a-las-medidas-populistas-contra-las-sicav/>>.
- Ballesteros Pomar, B. (2017). Tratamiento fiscal de las instituciones de inversión colectiva no residentes en España. ¿Vulneración de las libertades comunitarias? *Cuadernos de Formación*, 21, 5-25. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Recuperado de <https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/21_01.pdf>.
- Bel Fenellós, L. (2011). Tributación derivada de la inversión en instituciones de inversión colectiva. *Cuadernos de Formación*, 12, 43-52. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Recuperado de <https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/12_03.pdf>.
- Calderón Carrero, J. M. (2019). La asistencia mutua e intercambio de información en materia tributaria. En J. M. Calderón Carrero y A. J. Martín Jiménez, *Derecho tributario de la Unión Europea*. Madrid: CISS.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. J. (2019). *Derecho tributario de la Unión Europea*. Madrid: CISS.
- Calvo Vérguez, J. (2008). *Las instituciones de inversión colectiva en la imposición directa*. Madrid: Civitas.
- Carmona Fernández, N. (2016). La fiscalidad de los no residentes en España (II): Hecho imponible y supuestos de exención. En I. Corral Guadaño (Dir.), *Manual de fiscalidad internacional* (4.ª ed.). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Carreño, F. (2014). Instituciones de inversión colectiva: cumplir con FATCA o sufrir las consecuencias. Cuatrecasas. Recuperado de <https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/instituciones_de_inversion_colectiva_cumplir_con_facta_o_sufrir_las_consecuencias_funds_people_febrero_2014_.html>.
- Cinco Días. (20 de octubre de 2016). Hacienda dificulta la fusión con los fondos como salvación fiscal para los socios de sicavs. Recuperado de <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/09/21/mercados/1474472619_296642.html>.
- Cinco Días. (18 de enero de 2017). Las sicavs comienzan su migración a Luxemburgo por el temor fiscal. Recuperado de <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/01/17/mercados/1484689263_887725.html>.
- CNMV, Comisión Nacional del Mercado de Valores. (s. f.). Listados completos de gestoras de IIC. Recuperado de <<https://www.cnmv.es/portal/Gpage.aspx?id=CONL3&IdPerfil=3>>.
- Delgado Pacheco, A. (2007). Las entidades en atribución de rentas y el régimen fiscal de partnerships y trust en España. En T. Cordon Ezquerro (Dir.), *Manual de fisca-*

- alidad internacional (3.ª ed., pp. 341-388). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Delgado Pacheco, A. (2018). *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*. Navarra: Aranzadi.
- Díaz de Sarralde Miguez, S. (2014). El impuesto sobre la renta personal en el Informe Mirrlees. En J. Viñuela Díaz (Coord.), *Opciones para una reforma del sistema tributario español* (pp. 85-141). Madrid: Fundación Areces. Recuperado de <<https://www.fundacionareces.es/recursos/doc/portal/2018/03/19/sistema-tributario-espanolpdf.pdf>>.
- Díaz Yanes, I. (2009). Valoración de la conveniencia o no de exigir la admisión a negociación en bolsa como requisito para que las instituciones de inversión colectiva y en concreto las SICAV gocen del régimen fiscal especial aplicable a estas instituciones. *Cuadernos de Formación*, 7, 57-65. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Recuperado de <https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/cf/07_05.pdf>.
- Domínguez Rodicio, J. R. (2018). El fraude fiscal en el IRPF. En E. Giménez-Reyna y S. Ruiz Gallud (Coords.), *El fraude fiscal en España* (pp. 595-632). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Durán-Sindreu Buxadé, A. (2016). Reflexiones y alternativas en torno a un modelo fiscal agotado (Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como académico de número, en el acto de su recepción el 23 de febrero de 2016). Madrid: Real Academia de Doctores. Recuperado de <https://raed.academy/wp-content/uploads/2016/03/RAEDDuranSindreu34_Web.pdf>.
- Falcón y Tella, R. (2005). Las SIMCAV y el abuso de las facultades de autotutela de la Hacienda pública. *Quincena Fiscal*, 15, 5-10.
- Falcón y Tella, R. (2019). *Derecho financiero y tributario* (8.ª ed.). Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Fuentes Quintana, E. (1974). Introducción. En F. Neumark, *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- García de Enterría, E. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. *Revista de Administración Pública*, (159), 173-206. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/293639.pdf>>.
- García, Y. (22 de agosto de 2018). ¿Hará el Gobierno cambios en las sicav? Podemos pide que se eliminen y Gestha cree que con regularlas sería suficiente. *El Economista*. Recuperado de <<https://www.eleconomista.es/economia/noticias/9343666/08/18/Hara-el-Gobierno-cambios-en-las-sicav-Podemos-pide-que-se-eliminen-y-Gestha-cree-que-con-regularlas-seria-suficiente.html>>.
- Herrera Molina, P. M. (1998). *Capacidad económica y sistema fiscal: Análisis del ordenamiento a la luz del derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons (Col. Monografías jurídicas).
- IEF, Instituto de Estudios Fiscales. (2002). *Sistema tributario español: Criterios para su reforma* [libro blanco] (2.ª ed.). Madrid: Ministerio de Hacienda (1.ª ed. de 1976).
- IFA, International Fiscal Association. (2019). *Cahiers de Droit Fiscal International*, 104(1/2).
- Inverco, Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones. (1995). *La fiscalidad del ahorro en Europa*. Fundación Inverco.

- Recuperado de <<http://www.inverco.es/archivosdb/la-fiscalidad-del-ahorro-en-europa.pdf>>.
- Inverco, Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones. (2007). *Medio siglo de inversión colectiva en España*. Fundación Inverco. Recuperado de <<http://www.inverco.es/archivosdb/medio-siglo-de-inversion-colectiva-en-espaa.pdf>>.
- Inverco, Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones. (2019a). *Las instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones: Informe 2018 y perspectivas 2019*. Recuperado de <<http://www.inverco.es/archivosdb/c86-ahorro-financiero-de-las-familias-iics-y-fp-2018.pdf>>.
- Inverco, Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones. (14 de enero de 2019b). Nota de prensa (LPGE 2019). Recuperado de <<http://www.inverco.es/archivosdb/2019-01-14-nota-de-prensa-inverco-def.pdf>>.
- Kostowska, M. y Gnutzmann, S. (2019). Collective Investment Schemes Claiming a Withholding Tax Refund in the European Union (in Particular, Poland). *European Taxation*, 59(11).
- Lawson, K. y Sunderland, K. (2019). Ensuring Appropriate Treaty Relief for Collective Investment Vehicles. *Bulletin for International Taxation*, 73(6/7), 371-378.
- Lucas Durán, M. (2019). Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad internacional* (7.ª ed., Vol. I., pp. 735-834). Madrid: CEF.
- Luque, V. A. y Luque, M. Á. (2014). A vueltas con la SICAV. Reflexiones críticas desde el punto de vista económico-tributario. *Papeles de Europa*, 27(2), 1-17. Recuperado de <<https://revistas.ucm.es/index.php/PADE/article/view/48671>>.
- Merten, M. (2019). Taxation of Investment Funds Following the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative. Part 1. *Bulletin for International Taxation*, 73(2), 76-88.
- Moral, J. M. (2015). Novedades para la gestión trasfronteriza de fondos de inversión y SICAV. *Know Tax & Legal*, (38), 2-3. KPMG. Recuperado de <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2015/07/know-tax-legal-n38.pdf>>.
- PSOE. (2019). *Propuesta abierta para un programa común progresista*. Recuperado de <<https://www.psoe.es/media-content/2019/09/PROPUESTA-ABIERTA-PARA-UN-PROGRAMA-COMUN-COMUN-PROGRESISTA-030919.pdf>>.
- Ramírez Medina, E. (2009). El tratamiento fiscal de la inversión colectiva. Fiscalidad española. Análisis comparado. En J. C. Ureta Domingo (Coord.), *Situación actual y perspectivas de las instituciones de inversión colectiva* (pp. 85-113). Madrid: Fundación de Estudios Financieros. (Col. Papeles de la Fundación). Recuperado de <https://www.fef.es/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/download/506_ea5ed087679a805b-470c19ba1235ba08.html>.
- Ramos Muñoz, D. y Ruiz Almendral, V. (2006). Los problemas tributarios de las sociedades de inversión de capital variable (SICAV). *Quincena Fiscal*, 18, 9-34. Recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10940/problemas_QF_2006.pdf>.
- Ribes Ribes, A. (2017). El tratamiento fiscal de las instituciones de inversión colectiva en el ámbito internacional. *Crónica Tributaria*, (164), 127-164. Recuperado de

- https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/73009/1/2017_Aurora-Ribes_CronicaTributaria.pdf.
- Ribes Ribes, A. (2018). Análisis del régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva y de sus socios o partícipes en el sistema español. *Cronica Tributaria*, (168), 215-253. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/83848/1/2018_Aurora-Ribes_Cronica-Tributaria.pdf.
- RTVE. (s. f.). 150 compromisos para mejorar España (Pacto PP-Ciudadanos). Recuperado de http://www.rtve.es/contenidos/documentos/documento_pp-cs.pdf.
- Sanz Gadea, E. (2019). El impuesto sobre sociedades en 2018. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 433, 5-40.
- Sanz Rubiales, I. (2000). El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 4(7), 91-122. Recuperado de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=4&IDN=290&IDA=9680>.
- Schaffner, J. y Duro, C. (2019). Recent Luxembourg Tax Trends in the Private Equity Environment. *European Taxation*, 59(8).
- Solbes Mira, P. (2007). La importancia económica de la inversión colectiva. En Inverco, Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones, *Medio siglo de inversión colectiva en España* (pp. 9-10). Fundación Inverco. Recuperado de <http://www.inverco.es/archivosdb/medio-siglo-de-inversion-colectiva-en-espaa.pdf>.
- Torralla, L. A. (15 de enero de 2019). Inverco alerta al Gobierno de que se juega más de 30.000 puestos de trabajo con las sicavs. *Valencia Plaza* [comentario a la nota de prensa de Inverco de 14 de enero de 2019]. Recuperado de <https://valenciaplaza.com/inverco-alerta-al-gobierno-de-que-se-juega-mas-de-30000-puestos-de-trabajo-con-las-sicavs>.
- Trost, A. y Arribas Plaza, D. (2019). El trust en la fiscalidad internacional. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad internacional* (7.ª ed., Vol. II., pp. 2.019-2.059). Madrid: CEF.

Estado actual de los trabajos de la OCDE en relación con los desafíos de la economía digital

David Vilches de Santos

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto

El proceso de digitalización de la economía ha empujado a los principales actores del panorama internacional a replantearse las reglas tradicionales de tributación.

Mediante la digitalización, las empresas multinacionales pueden acceder a la obtención de beneficios sin necesidad de contar con una presencia física. Se sigue ofreciendo el mismo bien o servicio, pero residenciando los beneficios en jurisdicciones que no tienen por qué participar en la cadena de valor.

Precisamente esta ausencia de recaudación en las jurisdicciones donde se desarrolla parte del negocio digital ha motivado la búsqueda de una solución que permita gravar sus beneficios de una manera justa. El deseo de que esta búsqueda termine en una solución global y consensuada justifica la participación de organismos supranacionales como la OCDE.

Mediante el presente estudio se persigue dar a conocer el estado actual de los trabajos llevados a cabo por la OCDE en materia de economía digital, toda vez que servirán de base para las futuras soluciones que deben alcanzar antes del término del 2020.

Palabras clave: economía digital; Pilar Uno (I); Pilar Dos (II); OCDE.

Fecha de entrada: 07-01-2020 / Fecha de aceptación: 14-01-2020 / Fecha de revisión: 14-01-2020

Cómo citar: Vilches de Santos, D. (2020). Estado actual de los trabajos de la OCDE en relación con los desafíos de la economía digital. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, E1-E24.



Current state of OECD work on the challenges of the digital economy

David Vilches de Santos

Abstract

The economy digitalization process has pushed the main players on the international board to rethink the traditional taxation rules.

Through digitalization, multinational enterprises can access to profits without a physical presence. Same goods or services continue being offered to customers but benefits are located in jurisdictions that do not have to participate in the value chain.

It is precisely this lack of taxation in those jurisdictions where part of the digital business is developed that has motivated the search for a solution that allows a fair taxation of digital. The desire of this search ends in a global and consensual solution justifies the participation of supranational organizations such as the OECD.

The aim of this document is share the current state of the works carried out by the OECD on the digital economy. These works will serve as a basis for the future solutions, which will be achieved before the end of 2020.

Keywords: digital economy; Pillar One (I); Pillar Two (II); OECD.

Citation: Vilches de Santos, D. (2020). Estado actual de los trabajos de la OCDE en relación con los desafíos de la economía digital. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, E1-E24.



Sumario

- 1. Introducción
- 2. Contexto histórico
 - 2.1. Estado actual
- 3. Pilar I
- 4. Pilar II
- 5. Siguiendo pasos
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El último lustro ha dado paso a un proceso de digitalización de la economía. El equilibrio clásico de organización económica ha mutado hacia una dependencia absoluta del campo tecnológico. Muchas de estas tecnologías empezaron siendo meras herramientas, dirigidas a impulsar ciertos aspectos de la economía tradicional, pero con el paso del tiempo se han convertido en la esencia de la economía. Las empresas de servicios tecnológicos o que se sirven de ellos para desarrollar su objeto social son actualmente las que ocupan la cúspide de la economía mundial.

Este cambio ha venido acompañado de otros tantos que afectan a aspectos complementarios de la economía. Las relaciones laborales son una buena muestra de ello: el desplazamiento de los trabajadores hacia aquellos países donde están situados los centros operativos de las empresas tecnológicas o la potenciación del teletrabajo son ejemplos válidos.

Dentro de las áreas que se han visto obligadas a cambiar por causa de la digitalización se encuentra la tributaria. Habitualmente las entidades soportaban impuestos en los Estados donde estaban situadas. La relación de la empresa con el Estado venía dada por el hecho de que esta necesitaba emplazarse en su territorio para poder llegar a los consumidores finales. Este nexo geográfico sustentaba la tributación internacional clásica, ya fuese vía precios de transferencia o vía establecimiento permanente.

Es precisamente esta relación la que ha roto la digitalización. Empresas multinacionales consiguen desarrollar su actividad económica en jurisdicciones donde su presencia física es nula o prácticamente nula gracias a la digitalización. Los consumidores siguen residiendo en el estado en cuestión, pero las empresas no necesitan estar junto a ellos, pueden mantener la relación comercial a distancia.

El resultado final de toda esta transición digital es imprevisible, pero los países se han dado cuenta de que los ingresos que antes se obtenían en su territorio y soportaban la correspondiente carga tributaria se están localizando en otros países, a pesar de que las mismas empresas siguen haciendo negocio en su territorio. Aunque las entidades siguen ofreciendo los mismos bienes y servicios que hacían de modo tradicional al no necesitar una presencia física no se ven obligadas, conforme a los parámetros de fiscalidad internacional existentes, a tributar en el Estado de actividad.

Es esta situación la que empuja a los países a buscar soluciones que permitan mantener el nivel de recaudación tributaria. Sin embargo, la toma de decisiones individuales en esta materia que por definición se configura como internacional no parece ni acertada ni suficiente. De ahí que aparezcan organismos internacionales que persigan trabajar en esta materia, pero desde un punto de vista coordinado y consensuado.

Dentro de esta labor destaca el papel adoptado por la OCDE¹ y que actualmente se materializa en dos documentos de trabajo llamados Pilar uno y Pilar dos.

A lo largo de este artículo se analizará el contenido de estos dos documentos, si bien partiendo de la premisa de que se está ante un proceso compuesto por varias fases, y cuya meta final es la consecución de una solución única de consenso que agrade a todos los protagonistas de la economía digital.

2. Contexto histórico

La singularidad del régimen de tributación de la economía digital ya había sido vislumbrado en la década de 1990 por la OCDE en relación con los debates sobre el tratamiento fiscal que debía recibir el *software* y el comercio electrónico.

No fue, sin embargo, hasta la publicación de los trabajos finales resultantes de BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) cuando se toma en consideración de manera directa la materia de la economía digital. Concretamente es el Informe –provisional en 2014 pasando a definitivo en 2015– de la acción 1: *Afrontar los desafíos fiscales de la Economía Digital*, donde se plasman los resultados del trabajo desarrollado por el Grupo de Trabajo sobre Economía Digital constituido al efecto.

Este informe se limitaba a exponer, desde un punto de vista teórico, los desafíos existentes en materia de economía digital acompañados de posibles medidas de impacto para su tratamiento. Algunas de estas medidas consistían sencillamente en apoyar abiertamente algunas de las ya adoptadas en otras de las acciones de BEPS, como es el caso de la modificación y potenciación del establecimiento permanente. Otras consistían en alternativas propias del mundo digital que se quedaron en un plano puramente teórico, pues no se tradujeron en soluciones específicas. En este sentido, el informe recoge un compromiso expreso de continuar avanzando en el estudio de esta materia, a efectos de lograr una solución real de consenso con una fecha límite del 2020.

A pesar de ello, la propia OCDE abrió la posibilidad de que los países afectados adoptasen cualquiera de las medidas incluidas en el informe de la acción 1, trasladándolas a

¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): <<https://www.oecd.org/acerca/>>.

sus legislaciones internas, siempre que se garantizase el respeto a los tratados en materia tributaria vigentes y a los convenios para evitar la doble imposición (CDI).

Esta invitación fue bien recibida por muchos Estados. En los siguientes años algunas jurisdicciones fueron implantando nuevas figuras tributarias que pretendían gravar parte del contenido de la economía digital. Estos nuevos gravámenes, de naturaleza unilateral, suponían desviarse del camino del consenso. A cambio, las Administraciones tributarias conseguían, en parte, saciar el deseo de gravamen sobre ciertos negocios digitales.

Como reacción a la falta de consenso en el plano internacional, la Unión Europea trató de coordinar una respuesta en su ámbito de acción. Así, el 21 de septiembre de 2017, la Comisión Europea presentó una comunicación denominada *A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*. Mediante este documento se presentan los desafíos tributarios que suponen las empresas que prestan servicios digitalmente a la vez que propone tanto una reforma del impuesto sobre sociedades como solución a largo plazo, como soluciones a corto plazo, cuyo principal estandarte es el conocido *equalization tax* o impuesto de compensación sobre el volumen de negocios.

En solo seis meses, el día 21 de marzo de 2018, la Comisión Europea publicó el conocido argcomo «Paquete Digitax» aunando sus propuestas de regulación de un modo escalonado: a) una propuesta de directiva con una solución a largo plazo basada en un nuevo concepto de establecimiento permanente con presencia digital significativa; b) una recomendación a los Estados miembros para que renegocien sus convenios para evitar la doble imposición con terceros países a fin de incluir las medidas previstas en la propuesta de directiva anterior, y c) una propuesta de directiva con un objetivo a corto plazo representado en un impuesto provisional sobre determinados ingresos procedentes de actividades digitales.

Acto seguido al informe de la Unión Europea, el mismo marzo de 2018, la OCDE publica un informe recopilatorio de los trabajos desarrollados en relación con la acción 1 (*Desafíos fiscales derivados de la digitalización – Informe provisional 2018*). Este informe supone un reconocimiento de la realidad internacional, pues, por un lado, recoge expresamente los avances realizados pero, por otro, reconoce la dificultad en alcanzar el consenso deseado permitiendo que las jurisdicciones adopten medidas unilaterales respetuosas con el *statu quo* de la tributación internacional.

El contenido de este informe actúa como catalizador para la OCDE. El año 2019 está repleto de hitos sobre economía digital de los que se aprecia una proliferación del trabajo.

El año empieza con la publicación del documento *Abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía – Declaración política*, aprobada por el Marco Inclusivo sobre BEPS el 23 de enero de 2019. Esta declaración de naturaleza política recoge, por primera vez, la necesidad de organizar las propuestas de regularización tributaria de la economía digital en dos pilares. Esta idea de organización se mantiene hasta el presente y se puede resumir del siguiente modo, en términos de la propia OCDE:

El Primer Pilar, sobre el que versa este documento, se centra en la atribución de derechos de imposición con el fin de acometer una revisión de forma simultánea y coherente de las normas sobre atribución de beneficios y de las normas del denominado «nexo» o criterio de sujeción.

El Segundo Pilar se centra en cuestiones pendientes relativas a la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios.

Es decir, mientras el primer pilar está dirigido a afrontar los desafíos de la economía digital, el segundo de los pilares trata de estudiar la oportunidad de una imposición global mínima que disuada a las jurisdicciones y a las empresas multinacionales de prácticas fiscales agresivas.

Publicada esta declaración, la OCDE opta por pasar el turno de réplica a los contribuyentes. Por ello se redacta el correspondiente documento para consulta pública el 13 de febrero de 2019 mediante el que se invita a las partes interesadas a presentar aportaciones, propuestas e ideas que permitan enriquecer la labor llevada a cabo.

En atención a las alternativas y documentación recibida y al gran interés mostrado en la consulta pública, se decide abordar la labor de búsqueda de una solución consensuada mediante la creación de un programa de trabajo *ad hoc*. Así, el 28 de mayo de 2019, el Marco Inclusivo de la OCDE adopta dicho programa de trabajo remarcando como horizonte la necesidad de contar con una solución definitiva en el año 2020.

De entre las propuestas e ideas aportadas en el plazo abierto por la consulta pública destacan tres propuestas sobre la articulación del Pilar I: la propuesta sobre la participación del usuario, la propuesta sobre intangibles de comercialización y la propuesta sobre presencia económica significativa. Estas potenciales soluciones pretenden ofrecer un nexo que permita a una Administración tributaria justificar su derecho a someter a tributación el beneficio obtenido en un negocio digital.

La propuesta primera, basada en la participación del usuario, toma como punto de conexión los usuarios activos; la propuesta de los intangibles de comercialización entiende que la existencia de este tipo de intangibles en una jurisdicción supone una especie de un vínculo intrínseco entre los citados intangibles y la jurisdicción, con independencia del lugar donde esté situada la entidad titular de los intangibles. El modelo basado en la presencia económica significativa considera que la obtención de beneficios de modo continuado en una jurisdicción evidencia una vinculación entre la entidad y la jurisdicción.

2.1. Estado actual

La presentación de tres posibilidades de regulación mediante su correspondiente propuesta actuó como detonante de un movimiento de una solución única.

A pesar de tratarse de propuestas presentadas por distintas jurisdicciones con distintos enfoques, todas proponían distintas soluciones a un problema común, por lo que se podía defender que compartían ciertos elementos. Fueron precisamente esos aspectos comunes los empleados por la OCDE a la hora de proponer un enfoque único, en sus términos «unificado», en el documento *Resumen de los desafíos fiscales derivados de la digitalización: informe provisional 2018*.

Por tanto, la construcción es, desde un punto de vista teórico, sencilla: se parte de la existencia de varias soluciones a un mismo planteamiento. Se reconoce abiertamente la existencia de considerables diferencias entre ellas. Ahora bien, en lugar de optar por una solución de apoyo a alguna de ellas, en detrimento del resto, la OCDE prefirió una solución de consenso estudiando los aspectos comunes a las mismas y tratando de construir una solución de amalgama.

Así, los elementos que a juicio de la OCDE tenían en común las tres propuestas iniciales eran:

- Pese a las diferencias en la forma en que las propuestas abordan la cuestión de la digitalización, todas las propuestas reasignarían los derechos de imposición en favor de la jurisdicción del usuario/mercado habida cuenta de la capacidad de los negocios altamente digitalizados de desarrollar su actividad de forma remota y/o son altamente rentables;
- todas las propuestas prevén una nueva norma sobre el nexo que no dependería de la presencia física en la jurisdicción del usuario/mercado;
- todas las propuestas trascienden del principio de plena competencia y se apartan del principio de la entidad legal separada; y
- todas las propuestas buscan la simplicidad, la estabilización del sistema tributario y una mayor seguridad jurídica en materia tributaria en su aplicación.

Se puede apreciar como los elementos comunes son formulados, como no puede ser de otra manera, de un modo amplio. La atención a los negocios digitalizados, la exploración de un nuevo nexo que atribuya soberanía tributaria sobre un negocio digital y la simplicidad de un sistema tributario como piedra angular de la seguridad jurídica son los aspectos que la OCDE entiende compartidos entre las propuestas.

3. Pilar I

Llegado este punto es recomendable incidir en el momento temporal. Estamos ante las primeras fases de un proceso que tiene como meta el último trimestre de 2020. La propuesta de enfoque «unificado» por ahora no es más que eso, una propuesta, que adolece de ser

completa y que pretende, principalmente, poner sobre la mesa una solución que invite al debate sobre sus distintos componentes.

Esta realidad es plenamente reconocida por el Secretariado de la OCDE toda vez que, desde un primer momento, admite la necesidad de concretar qué debe entenderse por ciertos componentes que conforman el enfoque «unificado»; de igual modo que desde la fase primigenia otorga una gran importancia a la consulta pública y a su papel de complemento.

Es por ello por lo que se tomará como documento de referencia para el presente trabajo el elaborado para consulta pública por la OCDE entre septiembre y octubre de 2019: *El enfoque unificado: la Propuesta del Secretariado relativa al Primer Pilar* (OCDE, 21 de noviembre de 2019) (en adelante, Documento para consulta pública de octubre de 2019).

Los pilares sobre los que se asienta el enfoque «autorizado» son:

1. Ámbito de aplicación

Sobre este eslabón, el documento para consulta pública *Resumen de los desafíos fiscales derivados de la digitalización: informe provisional 2018* indica:

Si bien se aplica a modelos de negocio con un fuerte componente digital, el enfoque tiene un ámbito de aplicación más amplio al comprender negocios orientados al consumidor, precisándose de una labor adicional para delimitar definitivamente este ámbito y sus exclusiones. Se asume que las industrias extractivas quedan excluidas de este ámbito de aplicación.

El perímetro de negocios afectados por el enfoque único no es claro. Es cierto que existen ciertos sectores de mercado que evidentemente quedan excluidos, pues están alejados del objetivo perseguido por el Pilar I. Sin embargo, la propia configuración de ese objetivo permite que se pueda extender hacia otros sectores que si bien pueden tener un componente digital no es su principal medio de interrelación con el consumidor.

Mientras la acción 1 de BEPS pasaba de puntillas sobre la delimitación de la economía digital, el paso del tiempo acompañado de un estudio más detallado de esta materia ha provocado un cambio de manera que el Pilar I centra parte de su atención en el espectro de negocios que deben verse incluidos dentro de su enfoque.

El *Informe de la acción I* se limitaba a definir qué debía entenderse por economía digital para acto seguido analizar las incidencias fiscales de una serie de modelos de negocio marcados por el componente digital.

La economía digital es el resultado de un proceso de transformación desencadenado por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), cuya revolu-

ción ha abaratado y potenciado las tecnologías, al tiempo que las ha estandarizado ampliamente, mejorando así los procesos comerciales e impulsando la innovación en todos los sectores de la economía.

Dado que la economía digital se está convirtiendo cada día más en la economía propiamente dicha, resultaría una tarea ardua, si no imposible, tener que delimitar y separar el radio de acción de la economía digital del resto de la economía a efectos fiscales. La economía digital y sus modelos de negocio presentan algunas características clave que resultan potencialmente relevantes desde una perspectiva fiscal. [...]

Entre los tipos de actividad analizados se incluyen diversas categorías: comercio electrónico, tiendas de aplicaciones, publicidad en línea, computación en la nube, plataformas participativas en red, negociación de alta frecuencia y servicios de pago en línea. Asimismo, la economía digital ha acelerado y alterado la propagación de cadenas de valor mundiales en las que las EMN integran sus operaciones en todo el globo.

Por el contrario, el Pilar I, en la línea apuntada por el *Resumen de los desafíos fiscales derivados de la digitalización: informe provisional 2018*, dedica un gran esfuerzo en tratar de perfilar su ámbito de aplicación, pues entiende que debe ir más allá de lo meramente digital, y aunque así fuera, el concepto de digital tampoco parece lo suficientemente claro como para sustentar en él un cambio en la tributación de tal magnitud. Requiere una concreción.

Aparentemente esta concreción va a llevar a una identificación entre economía digital y negocio con matices digitales, pero sin presencia física. En este sentido el Documento para consulta pública de octubre de 2019 establece (la cursiva es nuestra):

[...] en la economía globalizada y cada vez más digitalizada de la actualidad, hay una serie de negocios que pueden integrarse en la vida cotidiana de los consumidores (incluidos los usuarios), interactuar con su clientela y crear un valor relevante sin contar con una presencia física en el mercado. Si bien estos rasgos son relevantes para cualquier negocio, lo son más aún en el caso de negocios centrados en las tecnologías digitales, en los que se da una interacción a distancia con el usuario (que puede ser o no el principal cliente del negocio), así como en determinados negocios orientados al consumidor, para los cuales el contacto y la interacción con los clientes, la recopilación y explotación de datos y el marketing y la gestión de marca revisten una gran importancia y pueden llevarse a cabo de forma más sencilla desde una ubicación remota. A este grupo pertenecerían los negocios fuertemente digitalizados que interactúan remotamente con los usuarios, sean o no sus clientes primarios, así como otros negocios que venden sus productos a los consumidores y que emplean medios tecnológicos para desarrollar su base de clientes.

Se aprecia un cambio de paso, desde un sistema que mira hacia modelos de negocio digital hasta uno donde el factor relevante es el cauce empleado en la relación con el con-

sumidor. Motivado por este cambio, el enfoque unificado identifica su ámbito de aplicación con aquellos negocios orientados al consumidor final que emplean un cauce digital para vender sus productos o prestar sus servicios.

Esto respalda la idea de que el enfoque unificado que se propone debería centrarse, de forma general, en los grandes negocios orientados al consumidor, definidos de forma amplia, por ejemplo, como aquellos negocios que derivan sus ingresos de la venta de productos de consumo y la prestación de servicios digitales orientados al consumidor. También sugeriría que algunos sectores (p. ej., industrias extractivas y materias primas, servicios financieros) podrían quedar excluidos (OCDE, 21 de noviembre de 2019, párrafo 20).

2. Nexo

Quizá el aspecto más relevante de todo lo que conlleva la tributación de la economía digital sea la determinación del nexo.

Estrechamente relacionado con el ámbito de aplicación, la digitalización de la economía ha permitido que proliferen empresas que, sin necesidad de estar presentes en una jurisdicción, pueden desarrollar su actividad económica, obteniendo beneficios que quedan fuera de la tributación de la jurisdicción en cuestión. Esto es así porque las tradicionales herramientas que el acervo fiscal internacional daba a las Administraciones tributarias no era suficiente para poder afrontar este tipo de retos.

Asimismo, las modificaciones propuestas en las acciones BEPS que pueden ser dirigidas hacia el mundo digital, tales como la nueva definición de establecimiento permanente (acción 7) o la configuración de la materia de precios de transferencia (acciones 8, 9 y 10), permiten avanzar en la materia, pero no resultan suficientes para poder encarar la tributación de este nuevo mundo.

La proliferación de la digitalización ha llevado aparejada la aparición de nuevos negocios cuya tributación no puede estudiarse a partir de las herramientas por ahora existentes. De nuevo la economía ha avanzado más rápido que la normativa.

Con independencia del ámbito de aplicación que finalmente se escoja, los sujetos que vayan a quedar dentro está claro que van a tener algo en común: ejercerán su actividad económica sin necesidad de contar con presencia física en el país en cuestión. Mientras, todo el entramado normativo actual descansa precisamente en la estancia física: la presencia del sujeto no residente en la otra jurisdicción da pie a que su Administración tributaria se sienta con la razón para gravarlo. Esta presencia podrá ser más o menos intensa; del grado de intensidad dependerá el mecanismo de gravamen usado: régimen de precios de transferencia o régimen de establecimiento permanente.

En este sentido, el Resumen de la OCDE contenido en el Documento para consulta pública de 2019 indica:

Actualmente, una empresa no residente debe pagar impuestos sobre sus beneficios en una jurisdicción únicamente si posee un establecimiento permanente en ella. Ello requiere tener algún tipo de presencia física en dicha jurisdicción. La digitalización ha menoscabado la aplicación de esta norma [...]

En una economía cada vez más digitalizada, y tal vez más allá de los modelos de negocio actuales, parece probable que los grupos multinacionales desarrollarán cada vez más actividades dirigidas a los consumidores y usuarios en un territorio, sin presencia física o siendo esta mínima en el mercado. Una nueva norma sobre el nexo abordaría este asunto mediante su aplicación en todos los casos en los que una empresa participe de forma continuada y significativa en la economía de la jurisdicción de mercado, mediante la interacción e implicación del consumidor, independientemente de su nivel de presencia física en esa jurisdicción.

El planteamiento es certero. Existen ciertos negocios que permiten una relación con el cliente o consumidor aun sin presencia. En ocasiones, esa relación revestirá tal intensidad que la jurisdicción de residencia del consumidor se considera habilitada a gravar los beneficios obtenidos por el no residente fruto de esa relación. Ahora bien, cuál es el grado de continuidad y de intensidad de esa relación comercial como para que una Administración se entienda con derecho a recaudar.

La respuesta de la OCDE a esta pregunta supone materializar el asunto:

La forma más sencilla de implementar la nueva norma sería definir un umbral de ingresos en ese mercado (cuyo importe podría adaptarse según el tamaño del mercado) como el indicador principal de la participación continua y significativa en esa jurisdicción.

Todos aquellos negocios, incluidos dentro del ámbito de aplicación, que superen este umbral de mercado se entenderá que mantienen una participación estable y continuada en la jurisdicción del mercado.

La obtención de ingresos en una jurisdicción por importe superior al umbral se entiende que viene motivado por la existencia de una presencia comercial, que no física, estable y continuada. Será precisamente esta estabilidad el presupuesto que permita someter a gravamen parte del beneficio obtenido por el no residente en ese mercado. Se puede mantener que la presencia física se sustituye por una presencia comercial.

Por último, y como ya se ha indicado, esta nueva regularización se encontrará con el reto de compaginarse con la regulación actual. En este sentido, y por lo que se refiere al nexo, el documento provisional de la OCDE reza:

Este nuevo nexo se articularía como una norma independiente, que se sumaría a la norma sobre el establecimiento permanente, a fin de limitar cualquier efecto no deseado en el resto de normas actuales.

3. Atribución de beneficios

Fijado el tipo de negocios afectados por esta nueva regulación y fijado el punto de conexión por el que una jurisdicción se puede sentir empoderada para gravar el beneficio obtenido en su demarcación territorial, el siguiente paso es determinar qué importe de ese beneficio puede ser gravado.

En este sentido es especialmente ilustrativo el encabezado que el Resumen de la OCDE elaborado para consulta pública de 2019 contiene para este elemento:

Nuevas normas de atribución de beneficios que trasciende el principio de plena competencia. Para los contribuyentes comprendidos en el ámbito de aplicación, se crea una nueva norma de atribución de beneficios, con independencia de si estos desempeñan físicamente en el país funciones de comercialización o distribución (establecimiento permanente o filial) o de si venden a través de distribuidores no vinculados. Asimismo, el enfoque conserva en su mayor parte las normas actuales de precios de transferencia basadas en el principio de plena competencia, si bien las complementa con soluciones basadas en fórmulas para aquellos casos que más tensiones están creando en el sistema actual.

El dictado de este eslabón del enfoque unificado supone otra muestra de la incapacidad de la regulación actual frente a la realidad digital.

Es cierto que, como se indica literalmente, el enfoque respetará la regulación actual en materia de precios de transferencia, de nuevo vemos una preocupación por el juego con el sistema actual. Sin embargo, al mismo tiempo, reconoce la necesidad de crear unas nuevas normas que atribuyan una parte de los beneficios a jurisdicciones donde, conforme el sistema actual, no habría derecho a su percepción. Y para cumplir este deseo no parece que exista otra forma que el «trascender» el principio de libre competencia.

Mientras el eslabón previo del enfoque se centraba en identificar aquellas jurisdicciones que deben entenderse con derecho a recibir parte del beneficio generado en el negocio digital, entendido en los términos que hemos precisado anteriormente. El eslabón que ahora nos ocupa trata de cuantificar esa parte del beneficio.

En condiciones habituales para esta labor de cuantificación se acude a las normas reguladoras de los establecimientos permanentes y de los precios de transferencia, más concretamente al Informe de atribución de beneficios a establecimientos permanentes y a las Directrices de precios de transferencia, que encuentran su punto de apoyo convenido en los artículos 7 y 9

del Modelo OCDE y Modelo ONU. Sin embargo, como se ha indicado, la configuración actual de estas normas descansa principalmente en la existencia de presencia física. Ya sea la existencia de un establecimiento permanente o ya sea la existencia de una entidad que realiza operaciones vinculadas debiendo respetar el valor de mercado en las mismas, siempre será necesario una existencia o presencia de un sujeto en la jurisdicción que actúe como detonador. Sin presencia no es posible la puesta en funcionamiento de las normas tradicionales de fiscalidad internacional. En este sentido el Documento de consulta pública 2019 dice:

Como se ha señalado, dado que las nuevas normas crearían un nexo para un grupo multinacional aun cuando no exista presencia física, no sería posible utilizar las normas actuales para atribuir beneficios a este nuevo nexo en los casos en los que no se realicen funciones, no se empleen activos y no se asuman riesgos en las jurisdicciones de mercado. Por lo tanto, son necesarias nuevas normas de atribución de beneficios.

Es cierto que llegado a este punto parte de la doctrina se ha manifestado sobre la posibilidad de enarbolar la institución del establecimiento permanente como medida de acción en el mundo digital. Sin embargo, esta posibilidad se queda en más un deseo que en una realidad. Bajo cualquiera de las modalidades de establecimiento permanente, la presencia de la entidad no residente en la jurisdicción sobre la que planea el establecimiento permanente es constitutiva. Aun cuando la construcción del establecimiento permanente se realice a partir de la norma nacional o sus desarrollos jurisprudenciales, entiéndase asentamiento complejo operativo, es preciso que el sujeto no residente tenga, aunque sea testimonial, una comparación en el otro país.

Volviendo a la concreción del beneficio gravable, el Documento redactado por el Secretariado enfoca la determinación del beneficio mediante la implantación de tres niveles concatenados. Estos niveles no solo buscan diseccionar qué parte del beneficio obtenido por un negocio debe ser imputable a una jurisdicción, sino que, además, pretenden establecer un régimen de funcionamiento que aporte seguridad jurídica. Es decir, en su intento de atribuir beneficios, la OCDE ha ido más allá, ideando un sistema que aporte certeza tributaria a los partícipes y, al mismo tiempo, sea lo suficientemente sencillo como para garantizar su aplicación.

Esta conjugación es un deseo expreso del Secretariado:

Las nuevas normas, junto con las normas actuales en materia de precios de transferencia, deberán producir un resultado en cuanto a la cuantía de beneficios a asignar a las jurisdicciones de mercado que sea coherente con el enfoque adoptado y deberán hacerlo de una forma que sea sencilla, que evite la doble imposición y que incremente la seguridad jurídica en materia tributaria en comparación con la situación actual. Es importante que la reconciliación entre las nuevas normas y las normas existentes, así como que las nuevas normas no creen distorsiones y sean efectivamente aplicables tanto a los beneficios como a las pérdidas (OCDE, 21 de noviembre de 2019, párrafo 29).

Así, este sistema se articula del siguiente modo:

- Importe A – una parte del beneficio residual imputado atribuido a las jurisdicciones de mercado usando un enfoque basado en fórmulas,
- Importe B – una remuneración fija que compense funciones básicas de comercialización y distribución que tienen lugar en la jurisdicción de mercado; y
- Importe C – adopción de mecanismos efectivos de prevención y resolución de controversias con carácter vinculante para todos los elementos de la propuesta, incluyendo los beneficios adicionales cuando las funciones dentro de un país exceden la actividad de referencia remunerada con el Importe B (OCDE, 21 de noviembre de 2019, párrafos 30 y ss.).

Merece un breve detalle cada uno de esos importes.

El Importe A parte de la premisa por la que, dentro del beneficio total obtenido por un grupo multinacional, hay una parte que se corresponde con su actividad rutinaria o habitual y otra parte extraordinaria que sería el beneficio residual. Únicamente esta segunda parte es donde las jurisdicciones pueden materializar su potestad de gravamen.

El Documento para consulta pública de 2019 del Secretariado precisa (la cursiva es nuestra):

Las jurisdicciones de mercado tendrían un nuevo derecho a gravar una parte del beneficio residual imputado del grupo multinacional, posiblemente por línea de negocio. En términos generales, *este beneficio residual imputado sería el beneficio restante después de atribuir a los países donde se realizan las actividades lo que se consideraría la rentabilidad rutinaria imputada de esas actividades.*

A la espera de pronunciamientos definitivos, el cálculo del beneficio parece proponerse tomando como referencia líneas de negocio. Al margen de la referencia adoptada, lo que es evidente es que se está barajando partir de beneficios globales que van más allá de una jurisdicción.

Esto hace que, junto a la necesidad de fijar el criterio que permita diferenciar entre rutinario de aquello que no lo es, sea preciso establecer reglas que permitan repartir el importe no rutinario entre las diversas jurisdicciones que se entienden con capacidad de gravamen.

Si bien el Resumen invita a la reflexión y a un estudio, en este momento se proponen las ventas locales como la segunda de las reglas:

Lo anterior se determinaría mediante convenciones simplificadas y para ello sería necesario determinar el nivel de la rentabilidad rutinaria imputada y también decidir

qué proporción de esa rentabilidad residual imputada correspondería al mercado, la cual se atribuiría a su vez a mercados concretos mediante una fórmula basada en las ventas. Quedaría pendiente de determinar los porcentajes, que serían objeto de un acuerdo consensuado de los miembros del Marco Inclusivo (OCDE, 21 de noviembre de 2019, párrafos 30 y ss.).

Por lo que respecta al Importe B, busca remunerar la función básica de comercialización, en un sentido amplio. Cabe destacar que su planteamiento ha contado con un amplio respaldo internacional.

Hay jurisdicciones donde el grupo multinacional ejerce funciones de distribución y comercialización. El ejercicio de estas funciones debe ser remunerado, si bien esta retribución puede ser perfectamente fijada con el sistema de normas que actualmente regulan los precios de transferencia. Sin embargo, que esta operativa sea tratada por el Pilar I responde a la seguridad jurídica perseguida.

Sin duda, de todo el entramado del Pilar I, el Importe B es el paradigma de la seguridad y certeza jurídica que se pretende. Tal es así que el propio Documento de consulta pública de 2019 dispone:

Las actividades en las jurisdicciones de mercado y, concretamente, las funciones de distribución seguirían sujetas a imposición de acuerdo con las normas actuales. Sin embargo, a la vista del gran número de controversias fiscales que versan sobre las funciones de distribución, se estudiaría la posibilidad de emplear remuneraciones fijas en función de una actividad de referencia. El uso de rentabilidades fijas adecuadas y negociadas podrían ofrecer seguridad tanto a los contribuyentes como a las administraciones tributarias y mitigaría la insatisfacción con las normas actuales sobre precios de transferencia.

En la búsqueda de la seguridad jurídica parece acertado que los porcentajes representativos de rentabilidad estén vinculados a ciertos condicionantes que aportaran, ya no solo esta seguridad, sino también cierta coherencia. La actividad desarrollada y el sector de mercado donde se opera serían dos de estos condicionantes, pues en función de la actividad concreta, así como del segmento del que se trate, se esperará una retribución concreta.

No podemos obviar que en la aplicación de estos condicionantes existe una vuelta a los principios generales de fiscalidad internacional. En efecto, a la hora de perfilar la sociedad o negocio en cuestión se deberá acudir a los tradicionales análisis de comparabilidad a fin de esclarecer, entre otros términos, las funciones, activos y riesgos empleados y que marcarán la retribución final a obtener.

Finalmente nos encontramos el Importe C. Al igual que sucede con el importe anterior, no regula únicamente un elemento numérico, sino que aprovecha para entrar en otros aspectos.

Concretamente, el Importe C comienza emplazando a que los posibles enfrentamientos entre las jurisdicciones de mercado y los contribuyentes relacionados con la fijación de este importe sean atendidos por «mecanismos de prevención y resolución de controversias jurídicamente vinculantes y eficaces».

Fijada esta base, el Importe C se corresponde con la remuneración que le correspondería al sujeto o negocio que, tras ver como su función de comercialización básica ha sido remunerada mediante una rentabilidad fija –Importe B–, desarrolla otras funciones adicionales en el mismo territorio. Estas funciones extra deberán ser remuneradas mediante el Importe C.

La rentabilidad identificada con el Importe C será la que derive de la aplicación de las normas actuales de precios de transferencia, por lo que este importe encuentra su acomodo en la regulación actual.

En este caso el análisis de comparabilidad toma más fuerza, toda vez que las posibles funciones adicionales no se identifican por el Documento del Secretariado, por lo que podrá ser cualquiera con las distintas posibilidades de ejercicio.

4. Pilar II

Con la misma fecha oficial de partida, 23 de enero de 2019, el *Inclusive Framework* hace público, como parte de la nota *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, su deseo de enfrentarse a los retos de la economía digital mediante un segundo pilar, Pilar II, que actúe conjuntamente con el Pilar I.

De acuerdo con el Documento para consulta pública, publicado por el Secretariado de la OCDE en el último cuatrimestre del 2019 (OCDE, 9 de diciembre de 2019) (traducción libre):

El Pilar II (también denominado propuesta «GloBE») exige el desarrollo de un conjunto coordinado de normas para abordar los riesgos actuales de las estructuras que permiten a las empresas multinacionales trasladar sus beneficios a jurisdicciones en las que no están sujetas a ninguna imposición o a una imposición muy baja.

Llaman la atención dos aspectos de esta afirmación. El primero es la pretensión perseguida mientras que el segundo es el empleo de conceptos relacionados con baja o nula imposición.

Respecto del primero de los aspectos, el Pilar II parece centrar el foco de atención más allá de la economía digital. Es cierto que al analizar el Pilar I se ha podido apreciar como su ámbito de aplicación excede del negocio meramente digital. Sin embargo, el Pilar II está configurado de manera mucho más expansiva. El mencionado Documento señala al respecto (traducción libre):

Con ello, la propuesta de GloBE pretende abordar los restantes retos de BEPS relacionados con la digitalización de la economía, pero va más allá y aborda estos retos de forma más amplia. Se espera que la propuesta de GloBE afecte al comportamiento de los contribuyentes y las jurisdicciones. Plantea que es necesaria una acción global para detener una perjudicial carrera de fondo en los impuestos de sociedades, que corre el riesgo de desplazar la carga de los impuestos hacia bases menos móviles y puede suponer un riesgo especial para los países en desarrollo con pequeñas economías.

Este pilar pretende garantizar que los beneficios de las empresas multinacionales sean gravados a un tipo impositivo mínimo. El fin perseguido no es otro que el de alentar la homogeneización de los tipos impositivos efectivos entre las jurisdicciones al tiempo que reduce el interés que puedan tener los contribuyentes en localizar sus beneficios en jurisdicciones con bajos niveles de imposición.

En todo caso, se aprecia como el punto de mira de este Pilar se centra más en las jurisdicciones que en los negocios o contribuyentes como es el caso del Pilar I.

Es precisamente aquí donde se enlaza el segundo de los aspectos antes indicados: la nula o reducida imposición.

Mientras la mayoría de las jurisdicciones ven lógica la propuesta de una tributación mínima, pues es compartida por la mayoría de los países, la determinación y concreción del concepto tipo impositivo mínimo como umbral por debajo del cual se entiende que la tributación es mínima presenta más problemas.

Merece resaltar que en la determinación del tipo de gravamen mínimo influyen muchos más componentes que el mero tipo impositivo. En este sentido el propio Documento del Secretariado reconoce esta diversidad cuando enumera en sus primeros párrafos los restos técnicos a los que se debe enfrentar a la hora de estudiar el cálculo de la tributación mínima (traducción libre):

Algunos de los aspectos técnicos y de diseño de la propuesta de GloBE dependen de las opciones de política que se acuerden en el contexto del Marco Inclusivo. Por ejemplo, la mecánica y el funcionamiento de la norma de pago no gravado y la naturaleza y el alcance de la norma tributaria sujeta a impuestos deben ser desarrollados en mayor medida por el Marco Incluyente para que surja un esquema más claro de estas normas, que podría beneficiarse de una mayor consulta pública en un futuro. A efectos de esta consulta, se agradecerán comentarios sobre todos los aspectos del Programa de Trabajo sobre el Segundo Pilar (véase el Anexo B), pero se solicitarán específicamente tres aspectos de diseño técnico de la propuesta de GloBE:

a) la utilización de cuentas financieras como punto de partida para la determinación de la base imponible, así como diferentes mecanismos para abordar las diferencias temporales;

- b) el nivel de mezcla en el marco de la propuesta GloBE, es decir, la medida en que una empresa multinacional puede combinar ingresos de alta y baja tributación procedentes de diferentes fuentes, teniendo en cuenta los impuestos pertinentes sobre esos ingresos para determinar el tipo impositivo efectivo (combinado) sobre dichos ingresos; y
- c) la experiencia y los puntos de vista sobre los recortes y los umbrales considerados como parte de la propuesta de GloBE (OCDE, 2019, párrafos 11 y ss.).

Al igual que la progresividad de un sistema tributario no puede alcanzarse únicamente con tipos impositivos progresivos, el establecimiento de un grado de tributación mínima no puede hacerse atendiendo únicamente a los tipos impositivos. Existen otras facetas que, directa o indirectamente afectan a la tributación de un contribuyente. La cuestión es, y lo sabe la OCDE, que esas facetas son especialmente volátiles pues dependen de aspectos tales como las normas de contabilidad empleadas o las diferencias entre sistemas tributarios nacionales.

El intento de crear una solución única de tributación mínima no solo se enfrenta a problemas de política fiscal, sino que surgen otros de índole puramente técnica que dificultan su juego, más si se tiene presente que se pretende llegar al mayor número de jurisdicciones posibles cuando estas tienen sus propios sistemas tributarios nacionales y pueden seguir distintas normas de contabilidad. La labor de armonización es enorme. El Secretariado lo sabe y por ello el Documento de consulta pública está plagado de referencias a la necesidad de coordinación y consenso. Este deseo se completa con el temor recurrente en materia de tributación digital: solo una solución universal y consensuada puede evitar que cada país adopte su propia solución con las implicaciones que ello tiene para la simplicidad y seguridad jurídica (traducción libre):

La propuesta del GloBE se basa en la premisa de que, en ausencia de una solución coordinada y multilateral, existe el riesgo de una acción unilateral no coordinada, tanto para atraer más base fiscal como para proteger la base fiscal existente, con consecuencias adversas para todas las jurisdicciones.

1. Breve referencia técnica a la solución propuesta

Para la consecución de sus fines, el Pilar II propone cuatro herramientas articuladas en forma de reglas.

Estas reglas, dirigidas a regular los distintos componentes que inciden en el grado de tributación, requerirán no solo un consenso previo para su configuración y redacción definitiva, sino que, una vez aprobadas, requerirán que los países interesados en su implantación deban acometer cambios en su legislación nacional y en los convenios fiscales.

Los cuatro componentes de la propuesta de GloBE son (traducción libre):

- a) una regla de inclusión de ingresos que gravaría los ingresos de una sucursal extranjera o de una entidad controlada si dichos ingresos estuvieran sujetos a impuestos a una tasa efectiva inferior a una tasa mínima;
- b) una regla de pagos no gravados que funcionaría mediante la denegación de una deducción o imposición de impuestos basados en la fuente (incluida la retención de impuestos) para un pago a una parte relacionada si ese pago no estuviera sujeto a impuestos a una tasa mínima o por encima de ella;
- c) una regla de cambio que se introduciría en los tratados fiscales y que permitiría a una jurisdicción de residencia pasar de un método de exención a un método de crédito cuando los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente (EP) o derivados de bienes inmuebles (que no forman parte de un EP) estén sujetos a un tipo efectivo inferior al tipo mínimo; y
- d) una regla tributaria sujeta a impuestos que complementaría la regla del pago subordinado al someter un pago a retención u otros impuestos en la fuente y al ajustar el derecho a los beneficios del tratado en ciertas partidas de ingresos cuando el pago no esté sujeto a impuestos a una tasa mínima.

Sentados estos elementos, el resto del Documento elaborado para consulta pública se centra en cuestiones técnicas que afectan transversalmente a las cuatro reglas anteriores. Parece sensato que antes de articular estas reglas se solucionen aquellos aspectos que son la base a partir de la cual construir cualquier propuesta. Así, las tres dificultades técnicas recogidas en el Documento y sobre las que la OCDE solicita el punto de vista de los contribuyentes son la determinación de la base imponible, delimitación del nivel de agrupación dentro del grupo multinacional y la posibilidad de establecer límites y umbrales. Pasemos a un breve detalle.

La cuestión relativa a la determinación de la base imponible o, en general, de la magnitud sobre la que se aplicará el tipo de gravamen es a la que más literatura dedica el Documento. Es en este elemento donde mejor se aprecian las discrepancias, antes mencionadas, sobre diversidad de sistemas tributarios y normas de contabilidad. En este sentido, leemos (traducción libre):

Por ejemplo, las diferencias entre jurisdicciones en el cálculo de la base imponible, incluidas las diferencias temporales [...], podrían afectar al cálculo de la tasa impositiva efectiva en diferentes jurisdicciones. Estas diferencias en la determinación de las bases imponibles de las distintas jurisdicciones darían lugar a la aplicación de la norma en casos que quizá no daría lugar a los problemas de política que se pretende abordar con la propuesta de GloBE [...]. Por ejemplo, dos jurisdicciones pueden aplicar el mismo tipo impositivo mínimo a los ingresos de una filial en virtud de la norma de inclusión de ingresos. Sin embargo, si una jurisdicción tiene una base imponible muy diferente de la otra, esto podría dar lugar a resultados muy distintos en el marco del Pilar II, lo que socavaría la intención política de crear

unas condiciones de igualdad que ya se refleja, por ejemplo, en el acuerdo de aplicar un tipo porcentual fijo común a todas las jurisdicciones.

Algunas de las trabas expuesta por el Secretariado en el Documento en relación con esta cuestión son:

- Uso de cuentas financieras para el cálculo de la base imponible. Este sistema que no nos es extraño, toda vez que es similar al empleado por el legislador nacional para determinar la base imponible del impuesto sobre sociedades.

Consistiría en partir de un resultado contable al que se le practicarían ciertos ajustes fiscales en aras de hallar la magnitud gravable.

El empleo del resultado contable financiero en una solución multinacional presenta una serie de inconvenientes derivados de la falta de consenso. Los estándares de contabilidad no son homogéneos, de tal manera que cada jurisdicción puede permitir el uso de uno distinto, lo que implica tener que afrontar dos decisiones sucesivas. Primeramente, se deberá elegir entre la norma contable aplicada por la entidad dominante del grupo o la utilizada por la subsidiaria.

Después, la siguiente determinación es seleccionar qué normas o estándares de contabilidad financiera son aceptables a efectos de la propuesta de GloBE.

En este sentido el Pilar II parece proponer que sea la entidad matriz la que formule unas cuentas consolidadas a partir de los estándares de contabilidad generalmente aceptados. No obstante, no deja de ser una oferta que invita al debate público.

- Ajustes fiscales. Son el segundo de los componentes de la base imponible.

El Secretariado reconoce la importancia de tener en cuenta los ajustes fiscales pues ayudan a perfilar la base imponible y la verdadera capacidad tributaria del contribuyente (traducción libre):

El enfoque más sencillo para determinar el importe neto de las ganancias con baja tributación sería tomar las cifras de ingresos y gastos directamente de los estados financieros de una entidad sin realizar ajustes. [...] Sin embargo, confiar en las cifras no ajustadas de las cuentas podría significar que las ganancias netas de una entidad para fines contables pueden estar sobreestimadas o subestimadas cuando se comparan con el importe declarado para fines tributarios.

El beneficio contable reflejado en los estados financieros de una entidad podría ajustarse para tener en cuenta ciertas diferencias permanentes y temporales entre los ingresos computados con arreglo a las normas de contabilidad financiera y las normas del impuesto sobre la renta.

Ahora bien, si en la determinación del resultado contable nos enfrentábamos con la pluralidad de normas contables, con los ajustes fiscales es la singularidad de

las normas tributarias nacionales la que supone un obstáculo. El Documento de consulta pública agrupa estos ajustes en permanentes y temporales, dedicando a los segundos un apartado donde propone cómo afrontarlos (traducción libre):

A continuación, se describen tres enfoques básicos para abordar el problema de las diferencias temporales: (i) arrastre (compensación) del exceso de impuestos, (ii) contabilidad de impuestos diferidos y (iii) un promedio de tasa impositiva efectiva de varios años. Estos enfoques básicos podrían adaptarse y los elementos de los diferentes enfoques podrían combinarse para abordar mejor o más eficientemente problemas específicos.

La segunda de las dificultades técnicas analizadas por el Secretariado es la relativa a la delimitación del número de entidades a incluir en el cálculo del tipo impositivo efectivo. Al tratarse de un porcentaje, la decisión sobre el número de entidades a incorporar con sus respectivas cuotas íntegras y beneficios resulta decisiva. Una acumulación excesiva podría permitir esconder ausencias de tributación, pues países donde la carga impositiva es muy reducida serían compensados al ser mezclados con jurisdicciones donde el gravamen es elevado.

El Documento de trabajo advierte al respecto (traducción libre):

La posibilidad de combinar ingresos que han soportado bajos y altos impuestos en una amplia gama de entidades y jurisdicciones permitirá a la empresa multinacional evitar el cargo por impuestos (refiriéndose al impuesto que resultaría del GloBE), aunque una cierta porción de esos ingresos totales pueda estar sujeta a impuestos a una tasa baja. Sin embargo, un enfoque de combinación global puede a veces crear también efectos adversos desde la perspectiva del contribuyente cuando dicho enfoque conduce a la inclusión de todos los ingresos, independientemente de que estén sujetos a impuestos altos o bajos en el extranjero [...]

Los niveles de consolidación propuesto por el Secretariado son los siguientes:

- **Combinación mundial.** El grupo multinacional agregará los ingresos e impuestos totales en el extranjero. Será el resultado de esa amalgama el que se comparará con el tipo impositivo mínimo resultante del Pilar II.
- **Combinación por jurisdicción.** Este enfoque requiere pormenorizar por país, de modo que el grupo multinacional deberá analizar el cumplimiento del estándar de tributación mínima por jurisdicción.

Este modelo exigiría una agregación jurisdiccional de los ingresos e impuestos de todos los miembros del grupo residentes fiscales en la misma jurisdicción.

- **Combinación por entidad.** Es el enfoque más individualizado. La empresa multinacional analizará los ingresos y los impuestos de cada entidad del grupo. Una empresa multinacional estaría sujeta al impuesto resultante del GloBE cuando la tasa impositiva efectiva de una entidad fuera inferior a la tasa mínima.

Evidentemente cada uno de estos enfoques tiene sus ventajas e inconvenientes, así como ciertas dificultades para su cálculo. Por ello, el propio Documento dedica una parte a diseccionar las potenciales trabas con las que se podría encontrar el cálculo del tipo impositivo efectivo en función del perímetro de combinación elegido.

Finalmente, la última dificultad técnica abordada por el Secretariado consiste en la hipotética fijación de excepciones, límites o umbrales que moldeen la aplicación del Pilar II.

La extensión de la solución del Pilar II a todas las empresas multinacionales podría resultar especialmente gravosa tanto para los contribuyentes como para las administraciones. Por este motivo se propone que se tome en consideración la existencia de excepciones y límites que permitan excluir de la aplicación del Pilar II, a modo de exenciones o supuestos de no sujeción.

La OCDE únicamente ofrece algunas ideas como invitación al debate, de entre las cuales pueden destacarse las siguientes:

- Excluir operaciones intragrupo por debajo de un umbral determinado, ya sea por el importe o por la materia de la operación.
- Fijar umbrales de ingresos o de tamaño del grupo como presupuestos de hecho para caer en el ámbito del Pilar II.
- Excluir ciertos sectores o industrias.

Advierte el Documento que la creación de cualquier umbral o límite afectará a la neutralidad del sistema tributario, así como repercutirá en los costes de cumplimiento de las empresas y de las administraciones.

5. Sigüientes pasos

Como se ha ido indicando a lo largo de la exposición, el planteamiento de ambos pilares con sus correspondientes consultas públicas supone una fase más de un complejo proceso que pretende abordar los desafíos de la economía digital.

La creación de los dos pilares tiene un doble fin, por un lado, organizar las diversas alternativas propuestas, tratando de aunar sus similitudes, y facilitando el debate. Por otro, la

estructuración de la materia en dos pilares permite contar con dos bases que funcionarán a modo de esqueleto sobre el que ir construyendo y definiendo.

A la fecha de elaboración de este artículo ambos pilares habían sido objeto de consulta pública. La consulta pública sobre la propuesta de enfoque unificado propuesto en el Pilar I se celebró los días 21 y 22 de noviembre de 2019, mientras que por lo que respecta al Pilar II, la consulta tuvo lugar el día 9 de diciembre de 2019.

A partir de los comentarios que las partes interesadas hayan vertido en la consulta pública, el programa de trabajo del Pilar I se ocupa en consensuar todos los intereses de las partes y avanzar en un documento realmente unificado. Esta labor se antoja fundamental toda vez que sin ella sería muy difícil poder alcanzar la solución definitiva que se pretende a finales del 2020.

Así, las siguientes etapas en este proceso serían: en enero de 2020 se acordaría la arquitectura del enfoque unificado, en atención a las propuestas presentadas en la consulta pública; a partir de este documento se deberá trabajar e impulsar el consenso para en julio de 2020 alcanzar un acuerdo político sobre la solución. Finalmente, a finales de 2020 se debería contar con la solución definitiva.

A diferencia del Pilar I, el Pilar II no cuenta con un calendario de trabajo. El hecho de que arrancase más tarde que el Pilar I junto a su dependencia de la adopción de decisiones que afectan a cuestiones puramente técnicas ha dado lugar a que, si bien se plantee un panorama temporal entorno al 2020, no se disponga de una distribución de fases tan clara como en el Pilar I.

Referencias bibliográficas

OCDE (2019). *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*.

OCDE (21 de noviembre de 2019). *Public consultation meeting on the Secretariat Proposal for a «Unified Approach» under Pillar One*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-meeting-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one-21-22-november-2019.htm>>.

OCDE (9 de diciembre de 2019): *Public consultation meeting on the Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal under Pillar Two*. Recuperado de <<http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-meeting-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two-9-december-2019.htm>>.

La exigencia de sanciones a los responsables tributarios en los supuestos en los que el deudor principal prestó conformidad en los términos del artículo 41.4 de la LGT: inexigibilidad al responsable de la reducción por conformidad

Análisis de la [RTEAC de 30 de octubre de 2018, RG 5214/2016](#), que reitera otra [RTEAC de 27 de septiembre de 2018, RG 1443/2016](#)

Manuel Mejías Mondelo

*Inspector de Hacienda del Estado
Tribunal Económico-Administrativo Central*

Extracto

El Tribunal Económico-Administrativo Central considera que en aquellos supuestos en los que el deudor principal haya prestado conformidad a la sanción que se deriva, en los términos del artículo 41.4 de la Ley general tributaria, la exigencia al responsable de tal sanción quedará limitada al importe de la sanción reducida, sin que tal circunstancia quede condicionada ni a la conformidad del responsable respecto tanto a la sanción derivada como al propio acuerdo de derivación, ni tampoco a la posible impugnación por este del acuerdo derivativo.

1. Supuesto de hecho

El interesado y declarado responsable solidario, en virtud de lo establecido en el artículo 42.1 a) de la Ley general tributaria (LGT), formaba parte de un despacho de varios profesionales, que desde el punto de vista fiscal y en lo relativo al impuesto sobre el valor añadido operaban en el tráfico a través de una comunidad de bienes, siendo esta última, en virtud de lo dispuesto en los artículos 35.4 de la LGT y 84.3 de la Ley del impuesto sobre el valor añadido, el sujeto pasivo de dicho impuesto, circunstancia que no concurría en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, ya que en este caso los sujetos pasivos eran cada uno de los profesionales individualmente considerados.

Iniciado un procedimiento de comprobación e investigación frente a la comunidad de bienes (también «la deudora principal») por parte de la Inspección de los Tributos, dichas actuaciones concluyeron mediante la formalización y notificación de la correspondiente acta de inspección en conformidad.

La deudora principal manifestó su conformidad tanto con la regularización como con la propuesta sancionadora.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 156.3 de la LGT, una vez transcurrido el plazo de un mes desde la firma del acta en conformidad y la propuesta sancionadora, se entendieron notificadas tanto la liquidación como la sanción, de acuerdo con las respectivas propuestas. No consta que la deudora principal interpusiera recurso o reclamación contra los citados acuerdos de la Administración.

Por otra parte, el órgano de recaudación competente inició respecto de uno de los profesionales actuaciones administrativas a fin de determinar su posible condición de responsable solidario de la sanción de la deudora principal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42.1 a) de la LGT. Una vez notificada la propuesta de derivación y concluido el trámite de audiencia al interesado, por el órgano de recaudación se dictó acuerdo por el que le declaraba responsable solidario de la sanción, incluyéndose en el alcance de la derivación el importe de la sanción sin aplicar la reducción por conformidad prevista en el artículo 188.1 b) de la LGT.

Frente al citado acuerdo, que le fue notificado el 20 de mayo de 2016, el interesado formuló el 14 de junio de 2016 reclamación económico-administrativa directamente ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), en virtud de la facultad prevista en el artículo 229.1 b) y 6 de la LGT.

El interesado en sus alegaciones consideraba que la Administración había determinado incorrectamente el alcance derivable de la sanción, puesto que la deudora principal prestó conformidad a la misma, y se benefició de la reducción del 30 % de su importe, resultando por ello improcedente derivar al responsable un débito por importe superior al que debe responder la deudora principal.

2. Doctrina del tribunal

El TEAC en su fundamento de derecho séptimo concluía que en los supuestos en los que el deudor principal hubiese prestado la conformidad a las liquidaciones que originan la derivación de responsabilidad, el alcance de la declaración debe incluir las sanciones reducidas por conformidad, y en este caso no se hace necesario otorgar el trámite de conformidad, sino que únicamente, junto con el acuerdo de derivación, la Administración debe informar al responsable de la posibilidad de reducción adicional del 25 % del importe restante de la sanción, siempre y cuando cumpla las condiciones establecidas en el artículo 188.3 de la LGT.

Puesto que «en el presente caso, el deudor principal prestó conformidad a la sanción, necesariamente el alcance de la misma debe incluir la sanción reducida».

El TEAC estimó en parte la reclamación, siendo la parte estimada únicamente la referente al alcance del importe de la sanción derivada en los términos que se han señalado y confirmando el acuerdo derivativo en todo lo demás.

3. Comentario crítico

El artículo 41.4 de la LGT dispone:

4. La responsabilidad no alcanzará a las sanciones, salvo las excepciones que en esta u otra ley se establezcan.

En los supuestos en que la responsabilidad alcance a las sanciones, cuando el deudor principal hubiera tenido derecho a la reducción prevista en el artículo 188.1 b) de esta ley, la deuda derivada será el importe que proceda sin aplicar la reducción correspondiente, en su caso, al deudor principal y se dará trámite de conformidad al responsable en la propuesta de declaración de responsabilidad.

La Administración, aplicando el tenor literal de la norma, interpretaba que, tanto en los casos en los que el deudor principal había prestado conformidad a la regularización administrativa, como en aquellos en los que no existía tal conformidad, podía incluir en el alcance derivado el total de la sanción sin aplicar reducción alguna y, solo en aquellos casos en los que el responsable otorgase la conformidad en los términos del artículo 41.4 de la LGT, el acuerdo de derivación se notificaría al responsable limitándose la exigencia de la sanción al importe de esta una vez aplicada la correspondiente reducción por conformidad del artículo 188.1 b) de la LGT.

Sin embargo, el tenor literal del artículo 41.4 de la LGT hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el párrafo anterior del mismo artículo, es decir, en el 41.3 de la LGT, que establece: «Salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 42 de esta ley, la responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria exigida en periodo voluntario».

Es decir, en los supuestos en los que el deudor principal haya otorgado conformidad, el importe exigido al deudor principal será la sanción con la reducción por conformidad. Por lo que la expresión «la responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria exigida en periodo voluntario» hace inexigible al responsable la reducción que se practicó en sede del deudor principal.

Por otra parte, dicho criterio anterior es coherente con lo dispuesto en el apartado sexto del mismo artículo, que preceptúa: «Los responsables tienen derecho de reembolso frente al deudor principal en los términos previstos en la legislación civil».

Puesto que el texto legal habla del «derecho de reembolso [...] en los términos previstos en la legislación civil», debemos entender que la norma está remitiendo a las previsiones contenidas en el libro IV del Código Civil (CC), «De las obligaciones y contratos», y en concreto a la sección 1.^a, «Del pago», dentro del capítulo IV, «De la extinción de las obligaciones». En consecuencia, el pago hecho por el responsable es una forma de extinción de la obligación del deudor principal frente al acreedor –en este caso, la Hacienda pública–, donde el responsable (*solvens*) tendrá derecho de reembolso frente al deudor en los términos del artículo 1.158 del CC, que establece:

Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.

El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.

En este caso solo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago.

Es evidente que, de acuerdo con la citada normativa, el responsable que pague al acreedor más de lo que el deudor principal estaba obligado a pagar no podría reclamar su repetición a este, ya que ese exceso en el pago no le habría sido de utilidad.

El TS prohíbe el dictado de providencias de apremio en defensa del crédito tributario contra la masa

Análisis de la [STS de 20 de marzo de 2019, rec. núm. 2020/2017](#), y la consecuente [RTEAC de 24 de septiembre de 2019, RG 303/2017](#)

Rosa Fraile Fernández

*Profesora acreditada a contratada doctora de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos*

Extracto

El objeto del presente trabajo es el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de marzo de 2019, en la que el tribunal, apreciando motivo de interés casacional, sienta doctrina en relación con la interpretación conjunta de los artículos 8, 55 y 84 de la Ley Concursal (LC) y 164 de la Ley General Tributaria (LGT). El TS, en un análisis global de los citados artículos, así como de los principios concursales, asume la prohibición de ejecución separada del crédito tributario contra la masa una vez resulta abierta la fase de liquidación. Esta interpretación, que puede parecer contraria a lo dispuesto específicamente en la ley, se mantiene en la línea de lo interpretado en anteriores ocasiones por el TS y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en atención a la legislación vigente con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2011. El aspecto, verdaderamente innovador de esta sentencia, se sitúa en la interpretación de los artículos 164.2 de la LGT y 84.4 de la LC como insuficientes para permitir que la Administración tributaria emita y notifique la providencia de apremio por el crédito tributario contra la masa impagado a vencimiento. Esta providencia la consideramos necesaria para el devengo de los recargos en todo su potencial y la compatibilidad de estos con el interés de demora. Este último es el aspecto que nos parece más discutible del pronunciamiento jurisprudencial, pues se vulnera la interpretación literal de la norma por obtener lo que consideramos es un pobre beneficio para el interés del concurso.

1. Supuesto de hecho

El recurso de casación tiene por objeto la Sentencia 154/2017, de 6 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (rec. núm. 678/2015 –NFJ067034–), que estimó el recurso interpuesto por la empresa concursada contra la previa resolución desestimatoria de sus pretensiones emitida previamente por el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR). Plantea el recurso de casación, por tanto, la Abogacía del Estado. Los hechos que motivan el conflicto son los que a continuación se detallan:

Declarado el concurso el 27 de abril de 2009 y abierta la fase de liquidación el 30 de marzo de 2010, la Administración dictó el 19 de abril de 2013 la totalidad de 19 providencias de apremio para la ejecución de, al menos, 16 créditos contra la masa. No fue objeto de la controversia la clasificación de los otros 3 créditos cuyo origen podría ser concursal, sino la determinación de la existencia o no de facultades por parte de la Administración que le permitan apremiar créditos contra la masa.

Se admite el recurso por Auto del Tribunal Supremo (TS) de 21 de julio de 2017 (rec. núm. 2020/2017 –NFJ068214–), apreciándose interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en atención a «determinar si, una vez en vigor la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en los artículos 84.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y 164.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la Administración puede dictar providencias de apremio para hacer efectivos sus créditos contra la masa»; quedando señalados como objeto de interpretación los artículos 55.1 y 84.4 de la Ley Concursal (LC) y 164.2 de la Ley General Tributaria (LGT).

2. Doctrina del tribunal

El tribunal identifica la controversia como el choque entre la autotutela de la Administración y la universalidad del concurso. Apunta el riesgo de desmembración de la masa activa que implican las ejecuciones separadas y la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de toda ejecución del patrimonio del concursado (FJ primero).

Admite que:

[...] la posible existencia de ejecuciones separadas, al margen del procedimiento concursal, se constata a pesar de lo que expresan los artículos 8.1.3.º LC y 55.1 párrafo primero LC, desde el momento que el art. 55.1 LC en su párrafo segundo, antes y después de la redacción dada por la Ley 38/2011, mantiene la posibilidad de continuar esas ejecuciones extraconcursales. (FJ tercero).

Recuerda que la Ley 38/2011 añadió en el artículo 164.2 de la LGT la posibilidad de lo siguiente:

[...] de que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del periodo ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso o bien se trate de créditos contra la masa. (FJ tercero).

Tras realizar un análisis jurisprudencial del objeto controvertido, cual es si puede ejecutarse el crédito tributario contra la masa por la vía del apremio administrativo, podemos resumir transcribiendo los siguientes pasajes del fundamento jurídico cuarto:

Las sentencias de la Sala Primera de 12 de diciembre de 2014 (rec. 2500/2013) y de 6 de abril de 2017 (rec. 2798/2014) interpretan el art. 84.4 LC respecto de la ejecución de los créditos contra la masa y, sin perder de vista el escenario introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, expresan lo siguiente:

[...]

La regla jurídica contenida en el precepto, ya sea en su redacción originaria (art. 154.4 LC), ya lo sea en la actual (art. 84.4 LC), precisa una interpretación sistemática con el resto de los preceptos de la Ley Concursal. [...] Conforme a una interpretación literal del precepto, parecería que cualquier crédito contra la masa podría ejecutarse, una vez transcurrido la paralización temporal que supone la espera a la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o el mero transcurso de un año. Pero esta interpretación choca frontalmente, como advierte el recurrente y entendió correctamente el juez de primera instancia, con el sentir que se desprende del resto de las normas concursales.

Lo que resulta claro es que una vez abierta la fase de liquidación no cabe abrir apremios administrativos o ejecuciones separadas. La prohibición de ejecuciones separadas prevista en el art. 55 LC opera tanto sobre los créditos concursales, como sobre los créditos contra la masa, y cesa con la aprobación del convenio, conforme a lo regulado en el art. 133.2 LC.

Tomando como base la jurisprudencia anteriormente citada, el TS mantiene la misma argumentación en su fundamento jurídico quinto, añadiendo que el artículo 164.2 de la LGT

no puede examinarse de forma aislada, máxime cuando en el mismo precepto se establece el sometimiento a lo dispuesto en la LC. Sobre la pretensión de dictar providencia de apremio para poder liquidar los recargos, tal y como permite la LGT y, en cierto punto, el artículo 84 de la LC, defiende el tribunal que no es posible dictar providencia de apremio sin pretender la efectiva ejecución del patrimonio del concursado, pues «la propia LGT aboca a la continuación del procedimiento de ejecución mediante la diligencia de embargo, en caso de impago de la deuda apremiada» una vez que se ha iniciado el procedimiento con la correspondiente providencia. Mantiene, asimismo, que los recargos e intereses no precisan de la previa intimación de la Administración para su devengo, siendo la única utilidad de la providencia de apremio, a este respecto, la liquidación de tales deudas accesorias que considera devengadas por el mero transcurso del tiempo.

Así, el contenido interpretativo de la sentencia es el siguiente:

La interpretación conjunta del artículo 164.2 LGT con relación a los artículos 55 y 84.4 de la LC, determina que, una vez abierta la liquidación, la Administración tributaria no puede dictar providencias de apremio para hacer efectivos sus créditos contra la masa hasta que no se levanten los efectos de la declaración del concurso, debiendo instar el pago de los créditos contra la masa ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal.

De este modo, queda desestimado el recurso de casación y se fija la doctrina expuesta como criterio interpretativo.

Controversia similar se ha planteado ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), que se ha visto abocado a cambiar su tradicional doctrina para adaptarla al criterio jurisprudencial expuesto en su Resolución de 24 de septiembre de 2019 (RG 303/2017 -NFJ075088-).

3. Comentario crítico

La controversia que se plantea en los textos aquí analizados, aplicada a la normativa actual, no es novedosa. Bien es cierto que los primeros pronunciamientos jurisprudenciales al respecto tenían por base la redacción original de la LC y no la otorgada por la Ley 38/2011, que lejos de mejorar el entendimiento, ha generado, a nuestro juicio, mayores contradicciones. La cuestión fundamental, como se ha expuesto, es determinar si se puede dictar providencia de apremio por créditos tributarios contra la masa, aunque ella deviene de otra discrepancia de mayores consecuencias, cual es si se pueden ejecutar los créditos tributarios contra la masa.

Como es sabido, los créditos contra la masa, en el caso de los tributarios serán aquellos cuyo devengo se produzca tras la fecha de la declaración del concurso, deben ser pagados a vencimiento. Solo en determinadas circunstancias puede legalmente posponerse el pago

del crédito contra la masa, no permitiéndose la postergación en el caso de los créditos tributarios ni de la Seguridad Social (art. 84.3 LC). Pese a lo expuesto, lo cierto es que son numerosas las ocasiones en que la prohibición del retraso en el pago del crédito tributario contra la masa es perfectamente ignorada por el administrador concursal, normalmente a causa de la falta de liquidez durante la tramitación del concurso o a esta misma circunstancia una vez se abre la fase de liquidación.

De cumplirse la previsión legal de pago a vencimiento del crédito tributario contra la masa, la confusa redacción de la LC y la LGT en materia de ejecución de estos créditos apenas habría tenido efectos. No siendo esta la realidad, todas las disertaciones doctrinales sobre el asunto se han visto abocadas a revisión jurisprudencial.

Observemos que la LC en su artículo 154, conforme a su redacción primera, indicaba:

Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos [créditos contra la masa] se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos.

Ya en relación con este precepto, Ablanedo (2007) se planteaba la duda de si «dichas deudas podrán ser objeto de la vía de apremio de la Administración o solamente podrán ser objeto de ejecución por el juez del concurso».

La idea, defendida en los comienzos de la andadura de la LC por alguna parte de la doctrina, venía a plantear que los créditos tributarios contra la masa, aprobado el convenio, abierta la fase de liquidación o transcurrido un año sin ninguno de estos actos podrían ser ejecutados de manera independiente, pero ante el juez concursal. Esto es, el acreedor contra la masa que sufriese el impago debería plantear incidente concursal ante el juez del concurso para que este procediera a ejecutar a conveniencia el patrimonio del concursado a fin de satisfacer al demandante incidental. Se trataría de una ejecución para hacer efectivo el crédito tributario, en su caso, pero respetando la competencia exclusiva del juez del concurso. Rodríguez (2006, p. 49) plantea esta opción como la única posible mientras se mantenga el cierre registral previsto en el artículo 25 de la LC.

Naturalmente, y como suele ser forma común de actuar de la Administración, esta ha venido dictando providencias de apremio y tratando de hacer valer su autotutela ejecutiva contra el patrimonio del concursado en aras de cobrar sus créditos contra la masa.

Ya había sentado jurisprudencia el TS a este respecto, entre otras, en sentencias que referiremos más adelante, indicando que la interpretación sistemática de la norma concursal impide las ejecuciones singulares en fase de liquidación, cuando el legislador tuvo a bien complicar aún más la interpretación de la ley. Así la Ley 38/2011 modifica el artículo 84 de

la LC, en él se incluye la transcripción cuasi literal de lo dispuesto previamente en el artículo 154 de la LC, del que desaparece, y añadiendo en este nuevo artículo 84 de la LC mención novedosa a los apremios administrativos. La nueva versión del artículo 84.4 de la LC actualmente dispone:

Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento.

Pues bien, la ley, como puede apreciar el lector, parece señalar que una vez se abra la fase de liquidación podrán iniciarse ejecuciones administrativas para hacer efectivos los créditos contra la masa. Esa interpretación nos parece la más acorde con la literalidad de la norma, si bien otra interpretación también es posible, y es aquella que parece ser la elegida por el TS: No podrán iniciarse ejecuciones administrativas hasta que se abra la liquidación y después tampoco.

Así, en un pronunciamiento que no podemos reprochar, indica el TS lo siguiente:

Conforme a una interpretación literal del precepto, parecería que cualquier crédito contra la masa podría ejecutarse, una vez transcurrido la paralización temporal que supone la espera a la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o el mero transcurso de un año. Pero esta interpretación choca frontalmente, como advierte el recurrente y entendió correctamente el juez de primera instancia, con el sentir que se desprende del resto de las normas concursales. (Sigue en este punto el Alto Tribunal las SSTs de la Sala Primera de 12 de diciembre de 2014 [rec. núm. 2500/2013 –NCJ059017–] y de 6 de abril de 2017 [rec. núm. 2798/2014 –NCJ062318–] que interpretan el art. 84.4 LC respecto de la ejecución de los créditos contra la masa y aunque lo hacen en aplicación de la LC previa a la modificación introducida por la Ley 38/2011, sí tienen en cuenta los aspectos reformados).

De este modo, una pobre y confusa redacción legal sobre la ejecutividad del crédito tributario contra la masa ha venido quedando corregida por la jurisprudencia a través de fundamentaciones igualmente aplicables a la redacción primigenia que a la actual. Lo cierto, como bien señala el TS en su actual sentencia y en las anteriores, es que el artículo 84.4 de la LC interpretado de modo literal entra en contradicción con los artículos 8.3.º y 55.1 de la LC, así como con la lógica de una única liquidación ordenada y los principios concursales en sí mismos. Si bien, no es menos cierto que, como señala Simón (2016) «donde el texto gramatical es claro, los tribunales no deben corregir al legislador», añadiendo su preferencia por modificar la ley en la dirección de lo interpretado por el TS. Para Sánchez (2019) «esta

doctrina supone una auténtica limitación de las facultades de autotutela» al corregir el contenido de la ley en «una interpretación creativa más que sistemática».

Señalado lo anterior, hemos de tener en cuenta que la Ley 38/2011 también introdujo novedades en la LGT. Así, el artículo 164.2 de la LGT pasó a indicar que:

En caso de concurso de acreedores se aplicará lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, en su caso, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del periodo ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso o bien se trate de créditos contra la masa.

Se añade con ello la exigencia de dictar providencias de apremio cuando se trate de créditos contra la masa. Y decimos exigencia, puesto que la Administración no puede dejar de exigir los recargos y demás obligaciones accesorias de modo arbitrario mientras la ley otorgue la facultad de su liquidación.

De aquí surge la otra controversia y esta es si puede dictarse providencia de apremio, a fin de que se devenguen los correspondientes recargos. Esto es, partiendo de la imposibilidad de atacar el patrimonio del concursado a través de la ejecución administrativa, en virtud de la interpretación legal realizada tradicionalmente por el TS, se plantea si es adecuado el dictado de la providencia de apremio sin más intención ejecutiva, esto es, suspendiendo el procedimiento de apremio tras el dictado y notificación del acto ejecutivo.

Quizá, no fue adecuada la nueva redacción dada al artículo 164 de la LGT, pues es palmario que autoriza al dictado de la providencia de apremio cuando se trate de créditos contra la masa. Esto es coherente con la consecuencia que la LC atribuye al retraso en el pago de los créditos contra la masa, cual es el devengo de intereses y recargos.

Consideramos que el precepto concursal no está redactado atendiendo al crédito tributario, sino que presenta una vocación de generalidad. Como es sabido, el retraso en el pago de la deuda tributaria no trae consigo, *per se*, la imposición de intereses de demora debido a las incompatibilidades entre intereses y recargos que se desprenden de la norma tributaria. Es por ello que la LGT sí establece expresamente qué obligaciones accesorias concretas podrían devengarse tras la providencia de apremio: los recargos del periodo ejecutivo.

Es preciso hacer un inciso para recordar los momentos del devengo de cada uno de los recargos del periodo ejecutivo que establece la LGT en su artículo 28, pues el elemento procesal detrás de ello podría ser el punto de inflexión entre una consideración u otra. El recargo ejecutivo, del 5 %, se devenga con el propio retraso en el pago, con independencia del tiempo que transcurra desde el vencimiento del plazo voluntario, pero siempre para aquellos supuestos en que el pago se efectúe antes de la notificación de la providencia

de apremio al deudor. Este recargo, por tanto, no requiere de intimación previa por parte de la Administración y se devengará desde el momento en que el concursado no efectúe el pago de un crédito tributario contra la masa. Sin embargo, los otros dos recargos legalmente previstos exigen, a nuestro juicio, la existencia de una providencia de apremio que provoque su devengo. El recargo de apremio reducido, del 10 %, no se devenga hasta que la providencia de apremio es notificada al obligado tributario, siendo preciso que transcurra el plazo de pago otorgado en dicha providencia para que se produzca el devengo del recargo de apremio ordinario, del 20 %, el cual sí es compatible con los intereses de demora.

En este sentido, Villar (2012) avisaba de la nueva discrepancia que podía generar esta actual redacción de las normas en pugna, atendiendo precisamente a la necesidad de anudar los recargos de apremio ordinario y reducido al dictado de la providencia. Sánchez (2019) reconoce que la nueva redacción «añade expresamente la posibilidad de que se dicte la correspondiente providencia de apremio frente a créditos contra la masa» al no impedir el devengo de los intereses y recargos. En este sentido, el TEAC ha venido manteniendo que la Administración puede y debe dictar providencia de apremio por los créditos tributarios contra la masa, vencidos y no satisfechos, con el fin de liquidar los correspondientes recargos.

A nuestro juicio, es posible una interpretación de la ley restrictiva en materia de ejecuciones, pues los principios concursales lo exigen, pero resulta extremo la reinterpretación de la norma en materia de recargos, pues, conforme a nuestra opinión, el daño que su devengo puede causar es muy inferior al que pueda generar la ejecución separada. Consideramos que, por virtud de lo dispuesto en los artículos 164.2 de la LGT y 84.4 de la LC y su conjunta interpretación, la Administración está facultada por ley para dictar providencia de apremio por los créditos impagados contra la masa. Esta es, creemos, la única interpretación realista de la ley, pero no es la defendida por el TS en su moderna sentencia de 2019.

Así, el TS da la razón al abogado de Estado considerando cierto que existe diferencia entre la providencia de apremio y el embargo, pero señala que la providencia de apremio es título suficiente para iniciar el procedimiento de ejecución, que tiene la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial y que, en caso de impago en los plazos en ella contenidos, se procederá al embargo de los bienes del obligado al pago. Añade que «dictada la providencia de apremio, como título de ejecución, la propia LGT aboca a la continuación del procedimiento de ejecución mediante la diligencia de embargo, en caso de impago de la deuda apremiada».

No podemos coincidir con el TS en este punto, pues el procedimiento de apremio que podrá iniciarse con el dictado y notificación de la providencia de apremio habría de quedar automáticamente suspendido por virtud del artículo 164.1 de la LGT al concurrir con un procedimiento concursal cuyo auto de declaración del concurso fue previo. En este punto, creemos que el TS se ha esforzado por aportar una interpretación legal en busca de limitar unos efectos dañosos para el concurso que entendemos son de poca importancia, esto es, no solo limita la ejecución, sino que limita el devengo de los recargos. En este asunto, el TS considera que:

[...] la exigencia del interés de demora tributario no requiere de la previa intimación de la Administración ni de la concurrencia de un retraso culpable en el obligado (artículo 26 LGT) de la misma forma que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 161 LGT, los recargos del periodo ejecutivo (recargo ejecutivo, recargo de apremio reducido y recargo de apremio ordinario) se devengan con el inicio de dicho periodo aunque se liquiden con la providencia de apremio (apartado primero del artículo 167 LGT).

Pues bien, en este punto no creemos que haya sido del todo correcta la interpretación del TS. Bien es cierto que el interés de demora no requiere de la previa intimación para su devengo, pero este no es compatible con el recargo ejecutivo. En efecto, el recargo ejecutivo se va a devengar de manera automática por el incumplimiento del deber de pago en periodo voluntario, pero será esta la única obligación accesoria que pueda surgir del retraso en el pago del crédito contra la masa. Como indica el artículo 28.3 de la LGT, el recargo de apremio reducido:

[...] se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario y el propio recargo antes de la finalización del plazo previsto en el apartado 5 del artículo 62 de esta ley para las deudas apremiadas.

Así pues, no habiendo apremio, no puede siquiera plantearse el pago en la fecha señalada en la providencia, pues esta no habrá existido y todo pago concurrirá con las circunstancias de lo dispuesto en el artículo 28.2 de la LGT: que la deuda se satisfaga «antes de la notificación de la providencia». A nuestro juicio, coincidiendo en este punto, entre otros con Villar (2012) y Sánchez (2019) y la doctrina mantenida hasta la fecha por el TEAR, el único modo de poder exigir el interés de demora y cualquier recargo más allá del recargo ejecutivo del 5 % es permitir el dictado de la providencia de apremio. Señalaba Galapero (2005) que:

[...] los presupuestos para la imposición del recargo los podemos agrupar, en un presupuesto material que se puede concretar en una deuda no ingresada en periodo voluntario y un presupuesto temporal que atiende a la notificación de la providencia de apremio.

La misma consideración nos parece apreciarse en la Sentencia del TS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, número 416/2019, de 27 de marzo (rec. núm. 1418/2017 –NFJ072958–), fallada tan solo siete días después que la sentencia objeto de nuestro comentario. En ella, para un supuesto de solicitud de aplazamiento o fraccionamiento tras el comienzo del periodo ejecutivo, se afirma que la Administración podrá requerir el recargo del 20 % puesto que la solicitud de aplazamiento no suspende el procedimiento y no se ha obtenido el cobro total de la deuda. Siendo esta una cuestión a su vez discutida, como demuestra la existencia de voto particular, entendemos válidos los pronunciamientos sobre los recargos y su operatividad en lo referente a nuestro objeto de análisis. Indica el TS que:

[...] aunque se haya iniciado el periodo ejecutivo, el obligado tiene la posibilidad de realizar un pago voluntario, pero ello es así únicamente cuando no se ha notificado la providencia de apremio, puesto que una vez que esto último ha tenido lugar el pago ya no es voluntario, de ahí que las consecuencias sean distintas. En el primer caso, se devenga el recargo ejecutivo (5 %) y en el segundo, el recargo de apremio reducido (10 %). [...] Por consiguiente, tres son los recargos del periodo ejecutivo; son incompatibles entre sí; y su aplicación es sucesiva en el tiempo, de manera que el último de ellos, el recargo de apremio ordinario, únicamente se aplica cuando no sea aplicable el recargo de apremio reducido y, a su vez, este solo se aplica cuando no se aplica el recargo ejecutivo.

Entendemos que de todo lo expuesto se deduce que, sin previa providencia de apremio, cualquier pago es voluntario, y por ende no corresponde más recargo que el ejecutivo.

Dadas las circunstancias y asumiendo el carácter vinculante de la doctrina del TS, el TEAC se ha visto abocado a cambiar de criterio. Así en su Resolución de 24 de septiembre de 2019 (RG 303/2017 –NFJ075088–), tras la transcripción de los fundamentos de la Sentencia del TS de 20 de marzo de 2019 (rec. núm. 2020/2017 –NFJ072925–), reconoce que ha venido manteniendo que el artículo 55 de la LC no impide que la Administración pueda dictar providencias de apremio por virtud de lo dispuesto en los artículos 84.4 de la LC y 164.2 de la LGT en relación con los créditos tributarios contra la masa, no obstante, y a consecuencia de la sentencia del TS aquí analizada, debe cambiar de criterio, asumiendo el de la sentencia expuesta.

Debemos concluir señalando que, siempre que tenemos ocasión, criticamos las prerrogativas que al crédito tributario atribuye la legislación concursal pese a su famosa «poda de privilegios». Del mismo modo, hemos de considerar inadecuadas las interpretaciones legales que chocan frontalmente con la dicción de la norma. Respetábamos profundamente aquellas interpretaciones favorables al interés del concurso que suponían prevalecer la LC como ley especial frente a la tributaria pese a ser coetáneas en el tiempo. No obstante, en todo aquello que fue objeto de reforma a través de la Ley 38/2011, afectando a la norma tributaria y a la concursal, entendemos que no se pueden primar los principios concursales sobre la potestad del legislador. En cualquier caso, tras la comentada sentencia y la asunción de sus fundamentos por el TEAC, la Administración tributaria no solo no puede ejecutar los créditos contra la masa que resultan impagados a vencimiento en vulneración del artículo 84.3 de la LC que obliga a su pago puntual, sino que tampoco podrá dictar providencia de apremio que permita el devengo de mayores recargos. Solo se devengará, entendemos, el recargo del periodo ejecutivo, salvo que en futuras ocasiones los tribunales reinterpreten el artículo 28 de la LGT para adaptarlo a la situación concursal.

Referencias bibliográficas

- Ablanedo Reyes, E. (2007). Supuestos en los que las administraciones públicas pueden iniciar o continuar un procedimiento ejecutivo tras la declaración del concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 7, 197-208.
- Galapero Flores, R. (2005). Obligaciones tributarias accesorias: interés de demora; recargos por declaración extemporánea y recargos del periodo ejecutivo. *Revista de Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 4.
- Rodríguez Márquez, J. (2006). *La Hacienda Pública y los procesos concursales*. Navarra: Aranzadi.
- Sánchez Pino, A. J. (2019). Algunas cuestiones pendientes en la defensa del crédito tributario en el concurso de acreedores. *Quincena fiscal*, 20, 15-48.
- Simón Acosta, E. (2016). La excepción de los procedimientos administrativos de ejecución en el concurso de acreedores. *Anuario de Derecho Concursal*, 39, 11-58.
- Villar Ezcurra, M. (2012). La reforma concursal y los créditos tributarios. *Quincena Fiscal*, 4, 127-146.

Efecto interruptor de la prescripción del acuerdo de ampliación de actuaciones adoptado una vez superado el plazo máximo de duración del procedimiento de inspección

Análisis de la [STS de 10 de julio de 2019, rec. núm. 2220/2017](#)

Ángel Puerta Arrúe

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto

El Tribunal Supremo viene a reiterar en esta sentencia su jurisprudencia sobre el efecto interruptor de la prescripción de las actuaciones realizadas con posterioridad al vencimiento del plazo máximo de duración del procedimiento de inspección, aplicándola igualmente al caso en que dicha actuación posterior está constituida por un acuerdo de ampliación de las actuaciones inspectoras que devino ineficaz para el fin que perseguía por haber sido adoptado o notificado una vez expirado el plazo inicial de las mismas.

Introduce, sin embargo, una exigencia más, respecto de la jurisprudencia anterior, para que las actuaciones posteriores interrumpan la prescripción, y es que la Administración declare expresamente la caducidad del procedimiento de inspección, exigencia obviamente errónea al no estar el procedimiento de inspección sujeto a caducidad.

El Tribunal Supremo debe, a nuestro juicio, no solo corregir en el futuro el error cometido, sino fijar de una vez por todas, conforme a su propia jurisprudencia, que, una vez superado el plazo máximo de duración del procedimiento inspector, la interrupción de la prescripción por actuaciones posteriores solo puede producirse cuando sea la propia Inspección de los Tributos la que reconozca la superación de dicho plazo.

1. Supuesto de hecho

En los últimos años, el Tribunal Supremo (TS), interpretando el artículo 150.2 a) de la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT), ha ido fijando su doctrina sobre la capacidad interruptora de la prescripción de las actuaciones realizadas con posterioridad al vencimiento del plazo máximo de duración del procedimiento de inspección. Pueden destacarse las Sentencias de 23 de mayo y 21 de junio de 2016, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 789/2014 (NFJ063017) y 1591/2015 (NFJ063066). La doctrina que emanaba de dichas sentencias, a la que le dedicamos un trabajo anterior (Puerta Arrúe, 2017), era, en síntesis, que no cualquier diligencia o actuación posterior al vencimiento del plazo máximo de duración del procedimiento inspector tenía capacidad para interrumpir de nuevo la prescripción, sino solo una actuación formal de la Inspección de los Tributos poniendo en conocimiento del obligado tributario la reanudación de las actuaciones y los conceptos y periodos a que alcanzarían las que en lo sucesivo fueran a realizarse. En las sentencias citadas, las actuaciones inspectoras posteriores al vencimiento del plazo máximo del procedimiento estaban constituidas por diligencias levantadas por la Inspección, concluyendo el TS que tal reanudación formal no se había producido por no haberse comunicado al obligado tributario los conceptos y periodos a los que alcanzarían las actuaciones sucesivas que habían de desarrollarse.

En la misma línea de las citadas sentencias, cabe mencionar también la de 23 de marzo de 2018 (rec. núm. 176/2017 –NFJ069946–), que se plantea igualmente el efecto interruptor de la prescripción de una diligencia posterior al fin del plazo del procedimiento inspector y que, transcribiendo parcialmente la de 21 de junio de 2016, concluye que:

[...] debemos responder a la cuestión que nos suscita el auto de admisión en el sentido que se desprende de nuestra jurisprudencia, de suerte que, una vez excedido el plazo del procedimiento inspector, no «cualquier actuación enderezada a la regularización tributaria del contribuyente» interrumpe la prescripción, sino solo aquellas que pongan de manifiesto una clara voluntad de reanudar el proce-

dimiento y que informen al contribuyente, de manera clara, precisa y completa de los conceptos y periodos a los que van a alcanzar las actuaciones que van a realizarse después de tal actuación.

Concluye el TS en esta Sentencia de 23 de marzo de 2018, al igual que en las anteriores, que la diligencia levantada por la Inspección no manifestó expresamente la reanudación de actuaciones ni informó al contribuyente sobre los conceptos y periodos a los que se extenderían las actuaciones subsiguientes.

Debemos mencionar también la Sentencia del TS de 12 de julio de 2017 (rec. núm. 1564/2016 –NFJ075573–). En este supuesto, la actuación posterior a la superación del plazo máximo del procedimiento inspector estaba constituida por un acta de disconformidad. Señala la sentencia que para que una actuación realizada tras el incumplimiento del plazo de duración de las actuaciones inspectoras tenga efecto interruptor de la prescripción deben cumplirse los siguientes requisitos: dictar un acuerdo formal de reanudación, poner de manifiesto que el procedimiento inicial ha dejado de producir efecto interruptor de la prescripción e indicar los objetos y periodos a los que irán referidas las actuaciones siguientes. Concluye la sentencia que, a pesar de que en el acta se ponen de manifiesto el concepto y periodo comprobados, la misma no constituye un acuerdo formal de reanudación y en ella no se indicaba ni que se hubiera extinguido el efecto interruptor de la prescripción de las actuaciones realizadas con anterioridad ni que hubiera prescrito el derecho de la Administración a comprobar determinados ejercicios del concepto impositivo, por lo que el acta no cumplía ninguno de los requisitos exigidos para desplegar el efecto interruptor previsto en el artículo 150.2 a) de la LGT.

Pues bien, con estos antecedentes y algún otro en el mismo sentido, el Alto Tribunal ha dictado la Sentencia de 10 de julio de 2019 (rec. núm. 2220/2017 –NFJ074136–), objeto del presente comentario, en la que se plantea la eficacia interruptora de la prescripción de un acuerdo de ampliación de actuaciones que ha devenido ineficaz para dicho fin por haberse adoptado una vez expirado el plazo inicial de las mismas. Concretamente, la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia es, según la sentencia:

Determinar, en interpretación del artículo 150.2 a), segundo párrafo, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en su redacción originaria, si puede atribuirse al acto de ampliación de las actuaciones inspectoras, que devino ineficaz para el fin que perseguía por haber sido adoptado o notificado una vez expirado el plazo inicial de las mismas, capacidad para interrumpir la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.

Debemos señalar como punto de partida que todas las sentencias mencionadas, incluida la que será objeto del presente análisis, conciernen a procedimientos de inspección ini-

ciados bajo la vigencia de la LGT, antes de su modificación por la Ley 34/2015. Y en todas ellas fue un órgano revisor, no la propia Inspección de los Tributos, quien determinó que se había superado el plazo máximo de duración del procedimiento de inspección.

2. Doctrina del tribunal

La doctrina legal que fija la Sentencia de 10 de julio de 2019 (rec. núm. 2220/2017 –NFJ074136–) se contiene en su fundamento de derecho tercero, y es la siguiente:

[...] debemos responder a la cuestión que nos suscita el auto de admisión en el sentido que se desprende de nuestra jurisprudencia, de suerte que el acto de ampliación de las actuaciones inspectoras, que devino ineficaz para el fin que perseguía por haber sido adoptado o notificado una vez expirado el plazo inicial de las mismas, no tiene capacidad para interrumpir la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, pero sí la tiene cuando, tras declararse expresamente la caducidad del procedimiento, dicho acuerdo ponga de manifiesto una clara voluntad de reanudar el procedimiento y que informe al obligado tributario, de manera clara, precisa y completa de los conceptos y periodos a los que van a alcanzar las actuaciones que van a realizarse después de tal actuación.

El TS se apoya, pues, en parte, en su jurisprudencia anterior para responder a la cuestión con interés casacional planteada; concretamente, transcribe parcialmente las citadas Sentencias de 21 de junio de 2016 (rec. núm. 1591/2015 –NFJ063066–) y de 23 de marzo de 2018 (rec. núm. 176/2017 –NFJ069946–).

3. Comentario crítico

No compartimos la doctrina que se extrae de la sentencia que ahora examinamos por las mismas razones que nos condujeron a rechazar en nuestro comentario anterior (Puerta Arrúe, 2017) los criterios de las sentencias allí analizadas y en los que se apoya la de 10 de julio de 2019. A dicho trabajo nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

Pero el motivo de la presente colaboración no es tanto reiterar nuestras críticas a la jurisprudencia previamente establecida por el TS en su interpretación del artículo 150.2 a) de la LGT, sino poner de manifiesto los errores en que, a nuestro juicio, incurre la sentencia ahora examinada y llamar la atención sobre la conveniencia de que el TS se deje de circunloquios y fije de una vez por todas la conclusión que se deriva necesariamente de su doctrina sobre esta cuestión.

La sentencia reconoce la capacidad del acuerdo de ampliación de actuaciones adoptado fuera de plazo para interrumpir la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación cuando, tras declararse expresamente la caducidad del procedimiento, dicho acuerdo ponga de manifiesto una clara voluntad de reanudar el procedimiento e informe al obligado tributario, de manera clara, precisa y completa, de los conceptos y periodos a los que van a alcanzar las actuaciones que van a realizarse posteriormente.

Llama la atención, en primer lugar, que la sentencia hable de declarar la caducidad del procedimiento cuando es bien sabido que el procedimiento de inspección no está sujeto a caducidad. En efecto, tal como señala el artículo 150.2 de la LGT en su redacción anterior a la Ley 34/2015:

La interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna durante más de 6 meses por causas no imputables al obligado tributario o el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento al que se refiere el apartado 1 de este artículo no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación [...].

No cabe atribuir dicha referencia a la caducidad del procedimiento de inspección a un simple lapsus, como si la sentencia al exigir la declaración expresa de caducidad quisiera en realidad referirse a la simple declaración de que se ha superado el plazo máximo de duración del procedimiento de inspección. Y es que la propia resolución jurisdiccional en su fundamento de derecho cuarto, una vez establecida la doctrina legal y al entrar a resolver las pretensiones del proceso, afirma literalmente: «A todo ello, esta Sala manifiesta que en el supuesto enjuiciado el procedimiento de inspección había caducado y, sin embargo, no se produjo una declaración expresa de caducidad por parte de la Administración».

Por si quedara alguna duda, la sentencia alude a lo dispuesto en el artículo 104.5 de la LGT, en cuya virtud, «producida la caducidad, esta será declarada, de oficio o a instancia del interesado, ordenándose el archivo de las actuaciones», haciendo notar que la declaración expresa de caducidad no es facultativa, sino obligatoria. Y concluye diciendo que:

Habiéndose producido la caducidad del procedimiento de inspección, como es el caso, es preciso que la misma sea declarada de manera expresa antes de volver a iniciar el mismo procedimiento u otro distinto, con el mismo alcance o con otro diferente, siempre que no haya mediado prescripción.

Consideramos preocupante, dicho sea con todos los respetos, que a estas alturas el TS cometa un error de semejante calado. Si ya en su momento, como apuntamos en nuestro trabajo anterior (Puerta Arrúe, 2017), nos pareció desafortunada la interpretación que hacía del artículo 150.2 a) de la LGT, pues entendíamos que dicho precepto identificaba dos de-

fectos procedimentales (interrupción injustificada por más de seis meses de las actuaciones inspectoras y superación del plazo máximo de duración del procedimiento de inspección), anudando a ellos idénticas consecuencias, esto es, la inexistencia de caducidad del procedimiento y la ausencia de interrupción de la prescripción de las actuaciones desarrolladas, pero contemplando dos soluciones distintas para cada uno de los defectos en cuanto a las condiciones para que se volviera a interrumpir la prescripción (reanudación de las actuaciones con conocimiento formal del interesado si lo que existió fue una interrupción injustificada por más de seis meses y realización de nuevas actuaciones con posterioridad si lo que ocurrió fue una superación del plazo máximo de duración del procedimiento), la afirmación en la sentencia que ahora comentamos de que el procedimiento de inspección caduca y de que, por ende, la Administración debe declarar expresamente tal caducidad nos deja ciertamente perplejos.

Al margen del error señalado, que esperemos sea corregido lo antes posible, consideramos que el TS ha perdido en esta sentencia una excelente oportunidad para perfilar una jurisprudencia que resulta, a nuestro juicio, manifiestamente timorata. Y es que el recurrente ofreció todos los argumentos –compartidos por el tribunal como reconoce la sentencia– para que esa tarea se hubiera realizado.

En efecto, la jurisprudencia sobre el artículo 150.2 a) de la LGT viene a señalar que, una vez superado el plazo máximo de duración del procedimiento inspector, no cualquier actuación posterior enderezada a la regularización tributaria del contribuyente interrumpe la prescripción, sino solo aquella que ponga de manifiesto una clara voluntad de reanudar el procedimiento e informe al contribuyente, de manera clara, precisa y completa, de los conceptos y periodos a los que van a alcanzar las actuaciones que en lo sucesivo van a realizarse.

¿Qué actuación puede ser esa capaz de interrumpir la prescripción cuando, como ocurre en todas las sentencias citadas anteriormente y en la que ahora nos ocupa, la superación del plazo máximo de duración del procedimiento inspector no es declarada por la propia Inspección, sino por un órgano revisor, ya sea económico-administrativo o jurisdiccional? A nuestro juicio, ninguna, pues es imposible para la Administración mostrar una clara voluntad de reanudar un procedimiento que para ella no ha rebasado su plazo máximo de duración. Esa voluntad solo podría manifestarse cuando ella misma hubiese reconocido haberlo superado. Del mismo modo, resulta imposible que pueda informar al contribuyente de los nuevos conceptos y periodos a que se referirán las sucesivas actuaciones si, precisamente por entender que el plazo máximo no se ha superado, esos conceptos y periodos son los mismos que le fueron comunicados al inicio del procedimiento.

En nuestra opinión, la conclusión que debiera derivarse de la interpretación que hace el TS del artículo 150.2 a) de la LGT –interpretación que, insistimos, no compartimos– es que, una vez superado el plazo máximo de duración del procedimiento inspector, la interrupción de la prescripción por actuaciones posteriores solo puede producirse cuando sea la propia Inspección de los Tributos la que reconozca la superación de dicho plazo. En lugar de fijar

con claridad tal doctrina, el TS ha optado por imponer a la Administración unas exigencias imposibles de cumplir, que, ciertamente, conducen al mismo resultado.

El recurrente argumentó en estos mismos términos afirmando que:

[...] el presupuesto de la reanudación formal de las actuaciones en el sentido a que viene refiriéndose la jurisprudencia ha de ser, sin duda alguna, la admisión por la propia Inspección de la superación o incumplimiento del plazo de duración [...]. En la medida en que por la Inspección no se considere haber incumplido el plazo de duración de las actuaciones no cabe hablar de «reanudación formal de las actuaciones». Y esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que, se mire como se mire, no puede hablarse de «reanudación formal» de las actuaciones o actuación formal de «reanudación», puesto que la Inspección no consideró en ningún momento haber incumplido el plazo de duración.

Estos razonamientos del recurrente, que parecen plenamente aceptados por el TS a juzgar por la expresión «a todo ello» con la que, tras la transcripción de aquellos, la sentencia inicia la frase: «A todo ello, esta sala manifiesta que en el supuesto enjuiciado el procedimiento de inspección había caducado y, sin embargo, no se produjo una declaración expresa de caducidad por parte de la Administración», no condujeron, sin embargo, a que el tribunal perfilara con claridad su jurisprudencia en los términos que más arriba postulábamos, aunque, al exigir equivocadamente la declaración obligatoria y expresa de la caducidad, estuviera concluyendo lo mismo, pues, ciertamente, esa declaración solo podría hacerla la Administración cuando considerase que el plazo había sido superado, de manera que, si la constatación de tal circunstancia la hace un órgano revisor, es imposible que ninguna actuación posterior pueda interrumpir la prescripción, puesto que no existirá esa declaración expresa de caducidad a la que la Administración, según la sentencia, estaba obligada.

En definitiva, pues, en la sentencia que comentamos, el TS, lejos de perfilar y aclarar su jurisprudencia en la interpretación del artículo 150.2 a) de la LGT, afirmando de una vez por todas que, una vez rebasado el plazo máximo de duración del procedimiento inspector, la interrupción de la prescripción por actuaciones posteriores solo puede producirse cuando sea la propia Inspección de los Tributos la que reconozca la superación de dicho plazo, ha introducido de manera manifiestamente errónea un elemento perturbador más, como es la obligatoriedad de la Administración de declarar expresamente la caducidad del procedimiento de inspección para que las actuaciones posteriores a la superación del plazo puedan interrumpir la prescripción. Esta exigencia conduce al mismo resultado, pero por una puerta falsa, pues es indiscutible que el procedimiento de inspección no caduca.

Referencia bibliográfica

Puerta Arrúe, Á. (2017). El Tribunal Supremo establece como doctrina que una vez superado el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras la mera continuación de estas no interrumpe la pres-

cripción. Análisis de las SSTs de 23 de mayo y 21 de junio de 2016 (recs. núms. 789/2014 y 1591/2015). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 406, 147-152.

Los sujetos obligados al pago de un tributo local por contrato se hallan legitimados para proceder a su impugnación

Análisis de la [STS de 30 de octubre de 2019, rec. núm. 3738/2018](#)

Neus Teixidor Martínez

Abogada en FI Group

Doctoranda en la Universidad Autónoma de Madrid

Extracto

La sentencia objeto del presente análisis trata de determinar si se debe reconocer o no la legitimación para recurrir los tributos locales en vía contencioso-administrativa a los sujetos que ostentan un interés legítimo por asumir, en virtud de pacto o contrato, la obligación tributaria principal de su pago, sin tener la condición de sujeto pasivo. En el caso concreto, el Ayuntamiento de Leganés, como recurrente en casación, considera que, en virtud de la Ley general tributaria, la asunción de obligaciones tributarias mediante actos o contratos privados solo tiene eficacia entre las partes, por lo que no puede ser oponible a la Administración tributaria. En contraposición, la sociedad recurrida se opone a dicho recurso con base en la posición mantenida por la Dirección General de Tributos. En consecuencia, el Tribunal Supremo estudia la legitimación activa de los citados sujetos tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa. La sentencia, por lo tanto, examina las previsiones de los recursos de reposición contenidas en el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, en relación con la Ley general tributaria. Además, también se ocupa de la legitimación en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional.

1. Supuesto de hecho

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) de 30 de octubre de 2019 (rec. núm. 3738/2018 –NFJ075380–), de la que es ponente el magistrado don Rafael Toledano Cantero, tiene por objeto analizar si se debe reconocer o no la legitimación para recurrir en vía contencioso-administrativa a los sujetos que ostentan un interés legítimo por asumir en virtud de pacto o contrato la obligación tributaria principal de pago de un tributo local, pero que no tienen la condición de sujeto pasivo. Por lo tanto, la sentencia que nos ocupa analiza la interpretación del artículo 19.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), en conexión con las previsiones del artículo 17.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), y los apartados a) y d) del artículo 14.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL).

En el supuesto enjuiciado, el Consorcio Urbanístico Leganés Tecnológico transmitió a la sociedad Inverplan Inmobiliarios, SL, mediante escritura pública de fecha 11 de febrero de 2015, un bien inmueble situado en Leganés. Como consecuencia de dicha transmisión, el Consorcio Urbanístico Leganés Tecnológico presentó la correspondiente autoliquidación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU), si bien el pago de dicho impuesto lo asumió, mediante el contrato de compraventa, la parte adquirente, esto es, Inverplan Inmobiliarios, SL.

Posteriormente, con fecha 10 de abril de 2015, el Consorcio Urbanístico Leganés Tecnológico y la sociedad Inverplan Inmobiliarios, SL presentaron una solicitud de rectificación de la autoliquidación del IIVTNU, alegando que la transmisión realizada había puesto de manifiesto un decremento del valor de los terrenos y, por lo tanto, no se había realizado el hecho imponible del IIVTNU. Dicha solicitud fue desestimada mediante Decreto del concejal delegado de Hacienda, Patrimonio y Contratación del Ayuntamiento de Leganés de 5 de abril de 2016, dictado por delegación de la Junta de Gobierno Local. En dicho decreto se hacía

constar que ponía fin a la vía administrativa y que, contra el mismo, cabía recurso contencioso-administrativo, sin hacer mención alguna a la procedencia del recurso de reposición.

En consecuencia, siguiendo las previsiones contenidas en el pie de recurso, Inverplan Inmobiliarios, SL interpuso recurso contencioso-administrativo contra el mencionado decreto. No obstante, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 30 de Madrid, mediante Auto de 13 de febrero de 2017, inadmitió a trámite por falta de legitimación activa el recurso interpuesto. En concreto, dicho auto argumenta que:

[...] la recurrente no ostenta la condición de sujeto pasivo del interpuesto, no fue parte en el previo expediente administrativo ni interpuesto recurso de reposición preceptivo a la vía jurisdiccional, por lo que ninguna legitimación activa le alcanza al corresponder, en su caso, a la transmitente Consorcio Urbanístico Leganés Tecnológico.

A lo que añade que:

[...] la estimación o desestimación del recurso no alcanzará a la esfera de la entidad recurrente, pues en la resolución administrativa impugnada no figura esta en ninguna condición [...] todo ello sin perjuicio de las consecuencias privadas derivadas del pacto suscrito [...] a ventilar en la sede distinta a la presente.

Estando disconforme con dicho auto, la sociedad Inverplan Inmobiliarios, SL interpuso recurso de apelación. Este recurso fue resuelto mediante Sentencia de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 7 de marzo de 2018 (rec. núm. 287/2017 –NFJ071607–), que, con cita de la Sentencia de la misma sección de 5 de octubre de 2017 (rec. núm. 165/2017 –NFJ069343–), estima el recurso interpuesto. Por lo tanto, esta sentencia revoca el auto de inadmisión y ordena la continuidad del procedimiento hasta la emisión de la sentencia correspondiente.

2. Doctrina del tribunal

Contra la sentencia anteriormente mencionada, el Ayuntamiento de Leganés interpuso recurso de casación (rec. núm. 3738/2018). En dicho recurso, el TS, como ya se ha apuntado con anterioridad, trata de dilucidar si los sujetos que asumen, en virtud de pacto o contrato, la obligación de abonar un tributo local, pese a no ser sujetos pasivos del mismo, ostentan legitimación o no para recurrir en vía contencioso-administrativa.

Como figura en el Auto de admisión de 3 de octubre de 2018 (rec. núm. 3738/2018 –NFJ071606–), este análisis debe tener en cuenta dos aspectos. Por un lado, hay que poner de manifiesto que la posibilidad de legitimación para interponer recurso de reposición tri-

butario local no se encuentra expresamente proscrita. A este respecto, el TS matiza que, salvo en los supuestos en los que pueda interponerse reclamación económico-administrativa, el recurso de reposición agota la vía administrativa local. Por otro lado, hay que tener presente que el derecho a la tutela judicial efectiva dispone que los juzgados y tribunales tienen la obligación de interpretar, con amplitud, las previsiones relativas a la atribución de legitimación activa previstas en las leyes procesales (en virtud del principio *pro actione*).

En el recurso de casación que nos ocupa, el Ayuntamiento de Leganés, como la parte recurrente, sostiene que la sentencia impugnada vulnera el artículo 19.1 a) de la LJCA en relación con los artículos 14.2 a) del TRLHL y 17.5 de la LGT. En concreto, considera que de dichos preceptos no puede entenderse que se halla legitimado para interponer recurso contencioso-administrativo quien, pese a no tener la condición de sujeto pasivo del IIVTNU, asume su pago mediante un pacto privado. Añade que el artículo 17.5 de la LGT dispone que los pactos entre particulares en relación con la asunción de pago de los tributos únicamente tienen efectos entre las partes (es decir, en la esfera privada) y, por lo tanto, no tienen eficacia ante la Administración. Por lo tanto, en el supuesto de hecho concreto, los acuerdos de pago del IIVTNU solo tienen eficacia entre el Consorcio Urbanístico Leganés Tecnológico y la sociedad Inverplan Inmobiliarios, SL.

En contraposición, Inverplan Inmobiliarios, SL se opone al recurso de casación con base en la Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos (DGT) V0549/2017, de 2 de marzo (NFC064066), relativa a la legitimación activa para interponer recurso de reposición en relación con tributos locales y, en su caso, en vía contencioso-administrativa.

El TS inicia su argumentación citando el artículo 14.1 a) de la LJCA. Dicho precepto recoge los supuestos en los que las personas físicas o jurídicas tienen legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al ostentar un derecho o interés legítimo.

Por otro lado, según dispone el artículo 17.5 de la LGT, como regla general, la obligación tributaria no puede ser alterada por actos o convenios particulares. En otras palabras, dichos acuerdos no producen efectos ante la Administración, pero sí son válidos en las relaciones jurídico-privadas.

En el ámbito de la tributación local, el artículo 12 del TRLHL prevé que la gestión, la liquidación, la inspección y la tributación de los tributos locales deben realizarse siguiendo las previsiones de la LGT y otras leyes, así como las disposiciones de su desarrollo. No obstante, el artículo 14.2 del TRLHL pone de manifiesto que, con carácter general, el recurso de reposición se interpone contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos. Así, en su apartado d) dispone que:

d) Legitimación. Podrán interponer el recurso de reposición: 1.º Los sujetos pasivos y, en su caso, los responsables de los tributos, así como los obligados de efectuar el ingreso de derecho público de que se trate. 2.º Cualquier otra persona

cuyos intereses legítimos y directos resulten afectados por el acto administrativo de gestión.

A juicio del TS, «[...] el último de los preceptos mencionados no proscrib[e] expresamente la legitimación para interponer el recurso de reposición tributario local de quienes asuman las obligaciones tributarias en virtud de su pacto o convenio [...]».

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo 232.2 d) de la LGT determina que, para la interposición de reclamaciones económico-administrativas, no están legitimados aquellos sujetos que asuman obligaciones tributarias en virtud de un pacto o contrato. Estas previsiones son aplicables, en virtud del artículo 233.3 de la LGT, al recurso de reposición.

En todo caso, el TS considera que el artículo 24.1 de la Constitución española reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. Dicho derecho incluye el derecho al acceso a la jurisdicción, «[...] que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas». En este sentido, la Sala cita las Sentencias del Tribunal Constitucional 182/2008, de 22 de diciembre (NCJ047649), y 227/2007, de 22 de octubre (NCJ042546), que analizan este último aspecto. Con base en las mismas, la sentencia concluye que:

En definitiva, la legitimación procesal se configura legalmente, de suerte que la determinación del legitimado es una cuestión de estricta legalidad, sin más limitaciones que las prevenidas por el Tribunal Constitucional, limitación que se impone al legislador y al intérprete, de evitar restricciones que provoquen una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva.

Por todo lo expuesto, el TS manifiesta que, únicamente respecto de los actos de gestión tributaria local en los que es preceptivo el recurso de reposición, debe reconocerse la legitimación de quienes, sin ser sujetos pasivos del impuesto, se hallan obligados a su pago mediante pacto o contrato. Así, argumenta que:

[...] las diferencias que informan la Ley de Haciendas Locales, en el particular ámbito de la legitimación para impugnar en vía de recurso de reposición preceptivo los actos de gestión de tributos locales dictados por órganos administrativos de los entes locales, son determinantes de la ampliación del ámbito de legitimación a quienes, estando legitimados para la interposición del recurso de reposición preceptivo en el ámbito tributario no pueden verse despojados de la condición de interesados legítimos que la propia Ley de Haciendas Locales les reconoce para acceder a un medio de impugnación administrativa que resulta preceptivo y obligado para el posterior acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En esta línea, expone que el tenor literal del artículo 14.2 d).2.º del TRLHL es muy claro y que, además:

[...] desde esta perspectiva, del tercero que se compromete y paga una carga tributaria que no le corresponde legalmente, difícilmente se le puede negar que posea un interés directo, propio, cuantificado y específico, en definitiva, un interés legítimo, como exige el art. 14.2 d).2.º TRLHL.

Por consiguiente, la sentencia que nos ocupa desestima el recurso de casación interpuesto. Asimismo, fija como doctrina que:

[...] se debe reconocer la legitimación para recurrir en la vía contencioso-administrativa por ostentar un interés legítimo a quienes, sin ser los sujetos pasivos, asuman en virtud de pacto o contrato la obligación tributaria principal de pago de un tributo –como el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana– al estar legitimados para interponer el recurso de reposición tributario local en aquellos casos, como el presente, en que dicho recurso agota la vía administrativa local.

3. Comentario crítico

Hace tiempo que la problemática planteada en la sentencia que ahora nos ocupa es un tema de actualidad. En esta revista lo abordamos en un número anterior (Teixidor, 2017, pp. 123-128).

En esa ocasión pusimos de manifiesto la existencia de jurisprudencia contradictoria al respecto. Así, la sentencia objeto de análisis fue la Sentencia del TSJ de Andalucía de 21 de noviembre de 2016 (rec. núm. 673/2016 –NFJ065553–), que, contrariamente a lo expuesto por el TS en la sentencia que ahora nos ocupa, consideró que no se podía reconocer a los sujetos obligados contractualmente al pago de tributos su legitimación para proceder a su impugnación. Debemos destacar que el caso analizado es parecido al que nos ocupa, pues en ambos casos se trata de supuestos relativos al IIVTNU.

Esta argumentación se basa en la Sentencia del TS de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de mayo de 2010 (rec. núm. 296/2005 –NFJ038990–), también citada en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 30 de octubre de 2019 (rec. núm. 3738/2018 –NFJ075380–), cuyo estudio estamos realizando. Debemos tener en cuenta que el supuesto analizado en esa sentencia no es el mismo que nos ocupa, pues se trata de una sentencia relativa al impuesto sobre donaciones. En consecuencia, la argumentación contenida en la sentencia analizada y que se basa en la regulación contenida en el TRLHL no resulta aplicable.

Esta sentencia pone de manifiesto que las relaciones tributarias se basan en el principio de indisponibilidad de las posiciones tributarias, en virtud del ya mencionado artículo 17.5 de

la LGT. En consecuencia y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil (CC), los pactos contractuales solo pueden tener eficacia respecto de las partes contratantes, sin que puedan afectar a la Administración tributaria. En concreto, la mencionada sentencia argumenta que:

[...] la relación jurídica tributaria definida y cerrada legalmente, como se desprende de lo dispuesto en el art. 36 de la LGT, 17.4 de la actual, que responde al principio de indisponibilidad de las posiciones tributarias; que debe relacionarse con el art. 1.255 del CC, que recoge el principio de autonomía de la voluntad, la libertad civil de pactos, de suerte que los pactos y convenios que los particulares hayan tenido a bien estipular, dentro de los límites fijados en el citado artículo, incluidos, claro está, las consecuencias fiscales de los contratos o negocios que hayan realizado, serán válidos y producirán los efectos que le son propios, pero solo entre las partes contratantes, no respecto de terceros, en este caso la Administración tributaria, sin que la relación jurídica tributaria sufra lo más mínimo por dichos pactos, la posición jurídica del obligado tributario resulta ajena al pacto, solo el obligado tributario es el obligado a cumplir las obligaciones materiales y formales definidas legalmente y, evidentemente, el tercero, sean cuales sean los términos de lo pactado, en ningún caso puede sustituir al obligado tributario en la relación jurídica tributaria ni en ninguno de sus aspectos –ello sin perjuicio de su interés presente, desde luego, en la relación civil subyacente–.

Sin embargo, con ocasión de dicho comentario de sentencia y en contraposición a la argumentación contenida en la misma, también citamos y analizamos la Sentencia del TSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2015 (rec. núm. 155/2015 –NFJ062670–). Esta sentencia, en línea con la que ahora nos ocupa, avala la legitimación activa para la interposición de un recurso de la persona que asume contractualmente la obligación de pagar el IIVTNU.

Por lo tanto, la Sentencia del TS de 30 de octubre de 2019 (rec. núm. 3738/2018 –NFJ075380–), objeto del presente estudio, fija doctrina y pone así fin a las diferencias interpretativas existentes entre los diferentes juzgados y tribunales. En consecuencia, en virtud de esta, deben entenderse legitimados los sujetos obligados contractualmente al pago de tributos locales para la interposición de recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, debemos hacer varias apreciaciones al respecto.

En primer lugar, la legitimación se reconoce respecto de los tributos locales, pues deriva de la normativa de haciendas locales. Eso significa que no solo tiene implicaciones para el IIVTNU, sino que entendemos que esta interpretación también es aplicable al resto de tributos locales, como puede ser el impuesto sobre bienes inmuebles, el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras o, entre otros, las tasas locales. No obstante, al derivar esta doctrina, como deja muy claro el TS, de las previsiones del TRLHL, ello supone que no es aplicable a otros tributos que se hallen fuera de ese ámbito, como podría ser, por ejemplo, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, lo que, sin duda, limita su ámbito de aplicación.

En segundo lugar, es indudable que la doctrina que se desprende de la sentencia analizada va a facilitar la interposición de recursos para todos aquellos sujetos que asumen el pago de tributos locales sin ser los sujetos pasivos del mismo. De hecho, uno de los supuestos en los que es habitual que se incorporen este tipo de cláusulas es en los contratos de arrendamiento financiero (también denominados «contratos de *leasing*»). En este sentido, la entidad Inverplan Inmobiliarios, SL, en su escrito de oposición al recurso de casación, cita la Consulta vinculante de la DGT V0549/2017, de 2 de marzo (NFC064066). Esta consulta analiza un supuesto en el que la consultante formaliza un contrato de arrendamiento financiero con una entidad financiera y que, en virtud de dicho contrato, la adquirente asume el pago del IIVTNU. A este respecto, la citada consulta dispone que «[...] la Administración tributaria competente, a la hora de exigir el IIVTNU, tendrá que dirigir su acción al sujeto pasivo de este impuesto, sujeto pasivo regulado en el artículo 106 del TRLHL anteriormente transcrito». Además, en relación con legitimación para impugnar la liquidación del IIVTNU, la DGT, al igual que la sentencia objeto de análisis, transcribe los artículos 14.2 del TRLHL y 233.3 y 232.2 d) de la LGT. Asimismo, tiene en cuenta que el apartado 1 de la disposición adicional cuarta de la LGT establece que «[l]a normativa aplicable a los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales en materia de recurso de reposición y reclamaciones económico-administrativas será la prevista en las disposiciones reguladoras de las Haciendas Locales». Por todo ello, con mención a la ya citada Sentencia del TS de 13 de mayo de 2010 (rec. núm. 296/2005 –NFJ038990–), la mencionada consulta concluye que «[d]e lo que se desprende que se encontrará legitimada para interponer recurso de reposición en el ámbito de los tributos locales cualquier persona cuyos intereses legítimos y directos resulten afectados por el acto de liquidación dictado». Por lo tanto, la DGT ya apuntó, en dicha consulta, la argumentación que ha sido utilizada por el TS.

Por último, el Alto Tribunal insiste en el hecho de que dicha interpretación es aplicable a aquellos supuestos en los que es preceptiva la interposición de un recurso de reposición local. En otras palabras, la problemática analizada se refiere a los municipios que no disponen de Tribunal Económico-Administrativo. Sin embargo, esa misma controversia se plantea respecto del resto de municipios, en cuyo caso también se permite la presentación de recurso de reposición local, si bien de forma potestativa. Entendemos que, en esos supuestos, la argumentación debería ser la misma, pues, en caso contrario, se estaría produciendo una discriminación de los sujetos que tienen la posibilidad de interponer reclamación económico-administrativa respecto de los que únicamente pueden presentar recurso de reposición, permitiéndose, solo en este último caso, la legitimación de los sujetos que asumen el pago mediante contrato. Ello, por lo tanto, podría vulnerar el principio de igualdad, pues se estaría colocando en una situación más gravosa a los sujetos que pueden acudir a la vía económico-administrativa, al no reconocerles esa legitimación. No obstante, habrá que estar pendiente para ver cómo los juzgados y tribunales interpretan la legitimación en estos supuestos.

Referencia bibliográfica

Teixidor Martínez, N. (2017). El sujeto obligado contractualmente al pago del IIVTNU no se halla legitimado para impugnar esa liquidación. Análisis de la STSJ de Andalucía

de 21 de noviembre de 2016, rec. núm. 673/2016. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 411, 123-128.

Supuestos prácticos del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores Tributarios de la Generalitat de Catalunya (y II)

Rafael Enric Herrando Tejero

Inspector de Hacienda del Estado

Profesor del CEF.-

(Prueba 2, celebrada el día 15 de mayo de 2019, de las pruebas selectivas para el ingreso, por el sistema general de turno libre y acceso por el sistema de promoción interna, en el Cuerpo Superior de Inspectores Tributarios, convocatoria 234).

Extracto

Desarrollamos a continuación un caso práctico que consta de cuatro apartados correspondiente a la prueba 2 de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores Tributarios, donde se plantean cuestiones relativas a aspectos de los tributos propios de la Generalitat de Catalunya sobre las estancias en establecimientos turísticos y sobre las viviendas vacías. También se tratan cuestiones relativas a aspectos de ISD, IP, IVA, ITP y AJD y procedimientos tributarios.

Palabras clave: Cuerpo Superior de Inspectores Tributarios de la Generalitat de Catalunya; tributos propios; ISD; IVA; ITP y AJD; procedimientos tributarios.

Supuesto práctico

Enunciado

El señor Pedro es titular de 1.000 participaciones en la sociedad Hotx, SA. Su objeto social comprende la promoción inmobiliaria, el alquiler y la actividad hotelera.

En el activo de Hotx, SA figuran, entre otras, 10 viviendas de nueva construcción que fueron terminadas (certificado final de obra) hace 30 meses. Estas suman un total de 2.000 m² construidos, de los cuales 500 m² se destinan a jardín y 1.000 m² son útiles. Desde su finalización, los inmuebles están desocupados, salvo un piso de 200 m² que ha sido alquilado 3 meses. Además, hay que tener en cuenta que Hotx, SA destina un 5 % del total de su parque de viviendas a alquiler asequible.

Por otra parte, Hotx, SA explota un hotel de 3 estrellas situado en Barcelona, del que se conocen los siguientes datos: en los últimos 6 meses (temporada baja) se han hecho 1.800 estancias turísticas, de las que 400 han sido sin pernoctación, 40 de alumnos de 2.º de bachillerato, entre los que había 10 menores de 17 años, y 100 por motivos de salud para recibir tratamiento en un hospital privado.

Apartado 1

Pregunta 1. A partir de los datos anteriores, determine qué tributos propios de la Generalitat de Catalunya serían exigibles y cuál sería la cuota por pagar.

Apartado 2

Responda de forma precisa y concreta a las siguientes preguntas justificando la respuesta brevemente.

El señor Pedro ha sido objeto de varios procedimientos por parte de la Administración tributaria.

Hace unos años, como consecuencia de la compra de un inmueble, se le hizo una comprobación limitada. En su momento, el señor Pedro presentó reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) haciendo reserva de tasación pericial contradictoria (TPC). Ahora el TEAC le notifica resolución desestimatoria. El señor Pedro decide impugnar la resolución del TEAC ante el Tribunal Superior de Justicia.

Pregunta 2. ¿En qué momento debería interponer la TPC?

Pregunta 3. ¿En qué estado queda la ejecutoriedad de la deuda?

Pregunta 4. ¿Habría sido procedente la reserva de la TPC si la deuda fuera derivada de una donación?

Se le habían incoado actas de inspección por IRPF que habían sido impugnadas ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña (TEARC). Ahora se le notifica resolución estimatoria por una cuestión de fondo que no es objeto de recurso.

Pregunta 5. ¿Cuánto tiempo tiene la Inspección para finalizar las actuaciones derivadas de la ejecución y cuándo comienza el cómputo?

Pregunta 6. Si la resolución fuera parcialmente estimatoria ordenando la retrotracción de las actuaciones, ¿cuál sería el plazo para finalizar las actuaciones derivadas de la ejecución y desde cuándo?

Pregunta 7. Si, finalmente, la Administración decidiera presentar recurso contra la resolución del TEARC, ¿qué recurso podría interponer, en qué plazo y desde cuándo?

Pregunta 8. Si presentara recurso, ¿la Administración podría pedir la suspensión de la ejecución de la resolución del TEARC? ¿En qué momento?

La Inspección retoma las actuaciones inspectoras y dicta una nueva resolución.

Pregunta 9. ¿Hasta qué fecha se deberían calcular los intereses de demora?

Pregunta 10. ¿El señor Pedro puede impugnar esta nueva resolución? En su caso, ¿cuál sería el recurso y ante qué órgano?

Al señor Pedro se le notifica una deuda tributaria y una sanción derivada de un procedimiento de verificación de datos. Interpone recurso de reposición y pide la suspensión automática tanto de la deuda como de la sanción aportando una garantía hipotecaria.

Pregunta 11. ¿Qué debería resolver la Administración ante estas peticiones de suspensión?

El señor Pedro fallece. Previamente se le había notificado una liquidación vinculada a delito sin intereses y sin darle trámite de alegaciones.

Pregunta 12. ¿Es correcto no liquidar intereses?

Pregunta 13. ¿Es correcto no conceder trámite de alegaciones?

Pregunta 14. ¿La deuda derivada de la liquidación vinculada a delito se transmite a sus herederos?

Apartado 3

El señor Pedro era viudo y tenía dos hijos, los señores Luis y Juan. Otorgó el último testamento ante notario instituyendo herederos a sus hijos por partes iguales.

Al fallecer, el señor Pedro era titular del patrimonio siguiente:

1. Negocio individual de hostelería. Los fondos propios del negocio eran de 75.000 euros y los resultados de los últimos tres años del negocio habían sido de 20.000 euros, -15.000 euros y 1.000 euros.
2. Local comercial situado en Barcelona, adquirido dos meses antes de fallecer por 200.000 euros. Tenía un valor catastral de 100.000 euros.
3. Terreno no urbanizable situado en Balsareny, valorado a la fecha del fallecimiento por una sociedad de tasación en 1.000 euros y adquirido tres años antes de fallecer por 10.000 euros.
4. Acciones con un valor de cotización el día del fallecimiento de 30.000 euros. La cotización media del último trimestre del año anterior había sido de 50.000 euros.
5. Usufructo vitalicio sobre un piso situado en Barcelona. El piso tenía un valor de mercado de 200.000 euros el día de la muerte. En el momento de la desmembración del dominio, el inmueble valía 150.000 euros y el usufructo representaba un 25 % de su valor.

6. Seguro de vida sin valor de rescate que tenía como beneficiario el señor Luis por un importe de 10.000 euros.
7. Plan de pensiones con derechos consolidados por importe de 30.000 euros.
8. Deuda por 5.000 euros derivada de un préstamo que le había concedido a su hijo, el señor Juan.
9. Depósito a plazo con saldo de 20.000 euros y del que, dos días antes de la muerte, se habían retirado 400.000 euros.
10. 1.000 participaciones de la sociedad Hotx, SA. El balance a la fecha de la muerte era el siguiente:

Activo no corriente	900.000	Patrimonio neto	4.450.000
Inmovilizado material	300.000	Fondos propios	4.450.000
Inversiones inmobiliarias	400.000	Capital social	1.000.000
Inversiones financieras largo plazo	200.000	Prima emisión	1.500.000
		Reservas	2.000.000
Activo corriente	7.200.000	Resultado del ejercicio	-50.000
Existencias	200.000		
Deudores	1.000.000	Pasivo no corriente	3.000.000
Inversiones financieras corto plazo	2.000.000		
Tesorería	4.000.000	Pasivo corriente	650.000
Total activo	8.100.000	Total patrimonio neto y pasivo	8.100.000

Hay que tener en cuenta que:

1. Entre el inmovilizado material, contabilizado por 60.000 euros, figura el hotel de Hotx, SA, que tiene un valor de mercado de 700.000 euros.
2. Las inversiones inmobiliarias son los inmuebles construidos por la sociedad y destinados al alquiler.
3. Las inversiones financieras a largo plazo son acciones de Google.
4. Las inversiones financieras a corto plazo son la cuenta corriente con el socio, señor Jordi, por 1.000.000 de euros y la participación en una sociedad de inversión de capital variable (SICAV) por 1.000.000 de euros.

Pregunta 15. Determine el caudal relicto del señor Pedro.

Pregunta 16. Según la normativa del IP, justifique si la sociedad Hotx, SA es de mera tenencia de bienes o no.

Apartado 4

Una vez aceptada la herencia, los dos herederos realizan las siguientes operaciones:

Entre otros, el señor Luis se ha adjudicado el terreno de Balsareny. Hoy en día, el terreno se divide en una parte rústica de 5 hectáreas y una parte que se ha recalificado recientemente como urbanizable de 10.000 m².

El señor Luis pretende construir en el terreno dos casas unifamiliares para alquilarlas.

Para hacer frente a los gastos de urbanización del terreno, que se calculan en unos 10.000 euros, solicita un préstamo a una entidad bancaria de 7.000 euros. La entidad le concede el préstamo, a devolver en 4 años, a un interés anual del 2 % a cambio de garantizar el principal, 1.000 euros en concepto de intereses y 1.000 euros en concepto de costas, mediante una hipoteca que recae sobre un inmueble de su propiedad.

Dos meses después de la concesión del préstamo, el banco le pide un aval por 7.000 euros. En consecuencia, su hermano, el señor Juan, constituye una fianza.

Pregunta 17. Determine la tributación indirecta (IVA, ITP y AJD) de las operaciones anteriores. Hay que indicar la sujeción al impuesto correspondiente, las posibles exenciones, el sujeto pasivo, la base imponible, el tipo de gravamen y la cuota.

Entre otros, el señor Juan se ha adjudicado el negocio individual de hostelería y el inmueble de Barcelona donde este se lleva a cabo. Para limitar su futura responsabilidad patrimonial decide aportar el negocio y el inmueble a una sociedad llamada Coldx, SA, que tiene un capital social de 1.000.000 de euros, dividido en acciones de 250 euros de valor nominal, desembolsado en un 50 %. Para recibir el negocio y el inmueble, Coldx, SA aumenta el capital en la proporción de 1 acción nueva por 4 antiguas al 110 % con el mismo valor nominal.

Pregunta 18. Determine la tributación indirecta (IVA, ITP y AJD) de la operación anterior teniendo en cuenta que el negocio se valora en 75.000 euros y el inmueble en 200.000 euros. También hay que tener en cuenta que, a efectos del IS, Coldx, SA se acoge al régimen especial de reestructuración. Se indicará la sujeción al impuesto correspondiente, las posibles exenciones, el sujeto pasivo, la base imponible, el tipo de gravamen y la cuota.

Pregunta 19. Efectúe los asientos contables pertinentes para hacer la ampliación de capital.

Solución

Apartado 1

Pregunta 1

En el caso que nos ocupa, resultarían exigibles los siguientes tributos propios de la Generalitat de Catalunya:

- 1.º El impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, que grava la singular capacidad económica de las personas físicas que se pone de manifiesto con la estancia en los establecimientos sujetos al impuesto. El impuesto también pretende internalizar las posibles externalidades que el turismo puede causar en las zonas de alta concentración turística.
- 2.º El impuesto sobre las viviendas vacías, que grava el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de forma permanente.

Por lo que se refiere al impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, se encuentra regulado en la Ley 5/2017, de 28 de marzo, así como en el Decreto 141/2017, de 19 de septiembre (reglamento), y grava la singular capacidad económica de las personas físicas puesta de manifiesto con la estancia en los establecimientos y equipamientos turísticos. También pretende internalizar las posibles externalidades que el turismo puede causar en las zonas de alta concentración turística.

Los ingresos derivados del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos quedan afectados a la dotación del Fondo para el fomento del turismo para cumplir los fines que en la ley se determinan. Los recursos del Fondo para el fomento del turismo se destinarán a proyectos o actuaciones que persigan alguno de los siguientes objetivos:

- a) La promoción turística de Cataluña.
- b) El impulso del turismo sostenible, responsable y de calidad, y la protección, la preservación, la recuperación y el mejoramiento de los recursos turísticos.
- c) El fomento, la creación y el mejoramiento de los productos turísticos.
- d) El mejoramiento de los servicios de control e inspección sobre los establecimientos y equipamientos turísticos.
- e) El desarrollo de infraestructuras y servicios relacionados con el turismo.

Constituye el hecho imponible del impuesto la estancia, por días o fracciones, con pernoctación o sin, que hacen los contribuyentes en uno de los establecimientos y equipamientos siguientes:

- a) Los alojamientos turísticos establecidos en cada momento por la normativa vigente en materia de turismo.
- b) Los albergues de juventud, cuando presten servicios turísticos de alojamiento.
- c) Las embarcaciones de crucero turístico. Se entiende por embarcación de crucero turístico la que hace transporte por mar o por vías navegables con la única finalidad de placer o esparcimiento, completado con otros servicios y con estancia a bordo superior a dos noches, según lo que define la normativa de la Unión Europea.
- d) Cualquier establecimiento o equipamiento en que se presten servicios turísticos de alojamiento.

Se entiende por estancia el disfrute del servicio de alojamiento, por día o fracción, con pernoctación o sin. A los efectos de la aplicación de este impuesto, el concepto de servicios turísticos de alojamiento se refiere a los servicios que posibilitan el hospedaje en infraestructuras, instalaciones, equipamientos o mobiliario destinado a este fin. A efectos de computar el número de días o fracciones de la estancia, son de aplicación, en su caso, las normas o los usos sobre horarios y salida fijados por los establecimientos y equipamientos turísticos.

Están exentas de la aplicación de este impuesto:

1. Las estancias subvencionadas por programas sociales de una Administración pública de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

Para la acreditación de este supuesto de exención, será suficiente la justificación documental de la reserva efectuada o la factura a cargo de la cual se financia la estancia, siempre que identifique claramente el programa con cargo al que se financia la estancia. Todo ello sin perjuicio de la justificación por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

2. Las personas de edad igual o inferior a 16 años.

La aplicación de esta exención queda condicionada a la exhibición de los documentos que acrediten la edad del menor –como el documento de identidad, el pasaporte, el libro de familia u otros documentos análogos– o por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

En el caso de menores de 14 años, se admitirá también la declaración responsable por parte del progenitor, tutor o acompañante mayor de edad.

En el caso de instalaciones inscritas en la Xarxa Catalana d'Instal·lacions Juvenils, cuando acojan actividades organizadas para menores de 18 años, siempre que estén bajo el control y la supervisión de responsables del grupo, será suficiente una declaración responsable de estos que indique el número de personas del grupo y cuántas tienen edad igual o inferior a 16 años. El sujeto pasivo sustituto tiene que conservar una copia del documento, o, si corresponde, de la declaración responsable, utilizado en cada caso para justificar la edad del menor.

3. Las estancias que se hagan por causas de fuerza mayor, determinadas por reglamento. Se entienden por causas de fuerza mayor los acontecimientos que se produzcan en el territorio de Cataluña que no se hayan podido prever o que se hayan podido prever, pero hayan sido inevitables, tales como las catástrofes naturales o los actos violentos.

Para disfrutar de esta exención, los contribuyentes tienen que cumplir los siguientes requisitos:

- a) Firmar una declaración responsable donde se acredite que el acontecimiento producido afecta al contribuyente y se realiza el presupuesto de hecho de esta exención. La declaración responsable debe incluir también los datos identificativos del contribuyente. En caso de que sean diversos, la declaración puede ser conjunta y se tienen que hacer constar los datos de todos los contribuyentes, y la firma de cualquiera de estos que sea mayor de edad.
 - b) Aportar un documento en el que conste el acontecimiento correspondiente o la activación de alguna medida pública que se relacione, expedido por la Administración local, autonómica o estatal competente en cada caso en materia de seguridad pública o de emergencias, a menos que las circunstancias determinantes de la concurrencia de fuerza mayor resulten de una declaración legal o de una situación de notoriedad conocida por la misma Administración autonómica.
4. Las estancias que haga cualquier persona por motivos de salud, y también las de las personas que lo acompañen.

Para aplicar esta exención, se tiene que justificar documentalmente que las estancias responden a la necesidad de recibir prestaciones de atención sanitaria que forman parte de la cartera de servicios del sistema sanitario público de Cataluña.

La aplicación de esta exención queda condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) El contribuyente tiene que firmar una declaración responsable donde se acredite que la estancia se efectúa por motivos de salud, ya como paciente, ya como acompañante suyo, al darse el presupuesto de hecho de esta exención. La declaración responsable debe incluir también los datos identificativos del paciente o de la paciente y, en su caso, de las personas que lo acompañan. En caso de que sean diversos los contribuyentes, la declaración puede ser conjunta y se tienen que hacer constar los datos de todos, y la firma de cualquiera de estos que sea mayor de edad.
- b) Certificado del centro sanitario o informe médico en el que conste que la asistencia sanitaria recibida por el contribuyente forma parte de la cartera de servicios del sistema sanitario público de Cataluña.

El sustituto del contribuyente tiene que conservar durante 4 años una copia del documento, o, en su caso, de la declaración responsable, utilizado en cada caso para justificar las exenciones anteriores.

El impuesto se devenga en el inicio de la estancia. En cuanto a las estancias en embarcaciones de crucero, el impuesto se devenga, para los contribuyentes que se encuentren en tránsito, en el momento en que el barco hace escala en algún puerto de Cataluña. No devenga el impuesto la persona que embarca en un puerto de Cataluña que inicia su viaje o la que desembarca como destino final.

El contribuyente es la persona física que realice una estancia en cualquiera de los establecimientos y equipamientos sujetos al impuesto. También lo es la persona jurídica a nombre de quien se entregue la factura por la estancia de personas físicas en dichos establecimientos y equipamientos.

Son sustitutos del contribuyente las personas físicas o jurídicas titulares del establecimiento o equipamiento.

La base imponible se establece en el número de unidades de estancia en el mismo establecimiento o equipamiento turístico durante un periodo continuado. Se computa un máximo de siete unidades de estancia por persona.

La cuota tributaria se obtiene de multiplicar el número de estancias por el tipo del gravamen correspondiente según el tipo de establecimiento o equipamiento turístico, de acuerdo con la siguiente tarifa:

Tarifa general. Barcelona ciudad	
Hotel de 5 estrellas, gran lujo, <i>camping</i> de lujo y establecimiento o equipamiento de categoría equivalente (EB1)	2,25 €
Hotel de 4 estrellas y 4 estrellas superior, y establecimiento o equipamiento de categoría equivalente (EB2)	1,10 €
Vivienda de uso turístico (EB4)	2,25 €
Resto de establecimientos y equipamientos (EB3)	0,65 €
Embarcación de crucero:	
• Más de 12 horas (CR1)	2,25 €
• 12 horas o menos (CR2)	0,65 €

En general, el impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos se devenga al inicio de la estancia en los establecimientos y equipamientos sujetos al impuesto.

Autoliquidación: el sustituto del contribuyente está obligado a presentar la autoliquidación del impuesto y efectuar su ingreso correspondiente. Se deducen, en su caso, las cantidades que hayan sido ingresadas o que tengan que ser ingresadas por los obligados tributarios asistentes en la recaudación. No es necesario presentar la autoliquidación si el ingreso del impuesto, en su totalidad, es efectuado por los obligados tributarios asistentes en la recaudación.

Se establecen dos periodos de liquidación semestrales (art. 10 reglamento):

1.º Del 1 de abril al 30 de septiembre del mismo año.

2.º Del 1 de octubre al 31 de marzo del año siguiente.

La autoliquidación tiene que incluir las cuotas devengadas y exigibles dentro de cada semestre para cada establecimiento o equipamiento turístico.

La presentación de la autoliquidación, que se tiene que hacer por vía telemática, y el ingreso del impuesto, se tiene que efectuar dentro de los plazos siguientes:

1.º La correspondiente al periodo del 1 de abril al 30 de septiembre, entre los días 1 y 20 de octubre.

2.º La correspondiente al periodo del 1 de octubre al 31 de marzo, entre los días 1 y 20 de abril.

No es necesario presentar la autoliquidación cuando no resulte ninguna cantidad a ingresar, sin perjuicio de la obligación de los sujetos pasivos sustitutos de conservar la documentación acreditativa de las exenciones aplicadas hasta que finalice el plazo de prescripción.

En el caso que nos ocupa, en los últimos 6 meses (temporada baja) se han hecho 1.800 estancias turísticas, si bien de las mismas cabe descontar, por estar exentas, las 10 estancias turísticas efectuadas por menores de 17 años, por lo que la base imponible del impuesto es de 1.790 estancias turísticas (1.800 – 10). Cabe suponer que ningún huésped superó las siete unidades de estancia consecutivas, ya que el exceso no formaría parte de la base imponible del impuesto.

No estarán exentas del impuesto las 100 estancias turísticas por motivos de salud, para recibir tratamiento médico en un hospital privado, dado que la ley exige, para que estén exentas, que las estancias respondan a la necesidad de recibir prestaciones de atención sanitaria que forman parte de la cartera de servicios del sistema sanitario público de Cataluña.

En cuanto a la cuota tributaria, al tratarse de un hotel de 3 estrellas situado en Barcelona, la misma se obtiene de multiplicar el número de estancias por el tipo de gravamen de 0,65 euros por estancia, de lo que resulta una cuota tributaria de 1.163,5 euros ($1.790 \times 0,65$).

Por otra parte, el impuesto sobre las viviendas vacías es un tributo de naturaleza directa, que grava el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer desocupadas de manera permanente. Es aplicable en el ámbito territorial de Cataluña y está regulado por la Ley 14/2015, de 21 de julio.

Constituye el hecho imponible de este impuesto la desocupación permanente de una vivienda durante más de 2 años sin causa justificada, puesto que esta desocupación afecta a la función social de la propiedad de la vivienda.

A efectos del impuesto sobre las viviendas vacías, se entiende por:

- *Vivienda*: la edificación fija destinada a la residencia de personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y los servicios comunes del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados, si tiene acreditado el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad y cumple la función social de aportar a las personas que residen el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación.
- *Vivienda vacía*: la vivienda desocupada permanentemente, sin causa justificada, durante más de 2 años.

Se acredita que una vivienda está ocupada si su propietario dispone de un título, como el de arrendamiento o cualquier otro análogo, que habilita la ocupación, y se justifica documentalmente por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

El cómputo del periodo de 2 años a que se ha hecho referencia anteriormente se inicia a partir de la fecha en que la vivienda está a disposición del propietario para ser ocupada o para ceder el uso a un tercero, y no hay ninguna causa que justifique la desocupación. Durante estos 2 años, el sujeto pasivo debe haber sido titular de la vivienda de manera continuada.

En el caso de las viviendas de nueva construcción, se entiende que hay disponibilidad para que la vivienda esté ocupada a partir de 3 meses a contar de la fecha del certificado final de obra.

Es causa de interrupción del cómputo de los 2 años la ocupación de la vivienda durante un periodo de, como mínimo, 6 meses continuados.

A efectos de este impuesto, son causas justificadas de desocupación de una vivienda los supuestos siguientes:

- a) Que la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución con respecto a su propiedad.
- b) Que la vivienda se tenga que rehabilitar, de acuerdo con la definición del artículo 3 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivien-

da. En este caso, las obras se tienen que justificar con un informe emitido por un técnico con titulación académica y profesional que lo habilite como proyectista, director de obra o director de la ejecución de la obra en edificación residencial de viviendas, que tiene que indicar que las obras son necesarias para que la vivienda pueda tener las condiciones mínimas de habitabilidad que exige la normativa vigente. Solo se puede alegar esta causa en un único periodo impositivo, y se puede ampliar a un segundo ejercicio siempre que se acredite que las obras se iniciaron durante el primero.

- c) Que la vivienda, previamente a la aprobación de esta ley, esté hipotecada con cláusulas contractuales que imposibiliten o hagan inviable destinarla a un uso diferente al que se había previsto inicialmente, cuando se otorgó la financiación, siempre que el sujeto pasivo y el acreedor hipotecario no formen parte del mismo grupo empresarial.
- d) Que la vivienda esté ocupada ilegalmente y el propietario lo tenga documentalmente acreditado.
- e) Que la vivienda forme parte de un edificio adquirido íntegramente por el sujeto pasivo en los últimos 5 años, con el fin de rehabilitarlo, y siempre que tenga una antigüedad de más de 45 años y contenga viviendas ocupadas que hagan inviable técnicamente iniciar las obras de rehabilitación.

Son sujetos pasivos del impuesto, a título de contribuyentes, las personas jurídicas propietarias de viviendas vacías sin causa justificada durante más de 2 años.

También son sujetos pasivos las personas jurídicas titulares de un derecho de usufructo, de un derecho de superficie o de cualquier otro derecho real que otorgue la facultad de explotación económica de la vivienda.

Por lo que se refiere a las exenciones, cabe señalar lo siguiente:

- 1.º Están exentas del impuesto las entidades del tercer sector de la red de viviendas de inserción que regula el Plan para el derecho de la vivienda y las entidades inscritas en el Registro de entidades y establecimientos de servicios sociales de Cataluña.
- 2.º Están exentas del impuesto las viviendas siguientes:
 - a) Las viviendas protegidas con calificación oficial vigente, si su desocupación implica la aplicación de los mecanismos sancionadores regulados por la Ley 18/2007.
 - b) Las viviendas situadas en zonas de escasa demanda acreditada, de acuerdo con lo que establece el Plan territorial sectorial de vivienda.

- c) Las viviendas puestas a disposición de programas sociales de vivienda, convenidas con las Administraciones públicas, para destinarlas a programas de alquiler social de vivienda.
- d) Las viviendas destinadas a usos regulados por la legislación turística o a otras actividades económicas no residenciales, siempre que sus titulares puedan acreditar que han desarrollado la actividad dentro de los últimos 2 años, se han satisfecho los tributos correspondientes a la actividad desarrollada y se han declarado los ingresos obtenidos por esta actividad. En el caso de viviendas de uso turístico hace falta, además, que estén inscritas en el registro que gestiona el departamento competente en materia de turismo.

Constituye la base imponible del impuesto el número total de metros cuadrados de la superficie útil de las viviendas sujetas al impuesto de que es titular el sujeto pasivo en la fecha de devengo del impuesto, reducida en 150 m² en concepto de mínimo exento.

La cuota tributaria se obtiene de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen de la escalera siguiente:

Base imponible hasta (número de m ²)	Cuota íntegra (€)	Resto base imponible hasta (número de m ²)	Tipo aplicable (€/m ²)
0	0	5.000	10
5.000	50.000	20.000	15
20.000	275.000	40.000	20
40.000	675.000	en adelante	30

Los sujetos pasivos que destinan parte de su parque de viviendas al alquiler asequible, directamente o por medio de la Administración o de entidades del tercer sector, pueden aplicar una bonificación en la cuota, en el porcentaje que indica la tabla siguiente, según la ratio de viviendas destinadas a alquiler asequible en municipios de Cataluña de fuerte y acreditada demanda, sobre el total de viviendas vacías sujetas al impuesto:

Porcentaje de viviendas destinadas a alquiler asequible	Bonificación (%)
Del 5 % al 10 %	10
Más del 10 % y hasta el 25 %	30
Más del 25 % y hasta el 40 %	50



Porcentaje de viviendas destinadas a alquiler asequible	Bonificación (%)
►	
Más del 40 %	75
Más del 67 %	100

A efectos del impuesto sobre las viviendas vacías, se entiende por:

Vivienda de alquiler asequible: la vivienda de la cual el arrendatario satisface una renta inferior a la que fija para esta finalidad la orden del conseller competente en materia de vivienda que establece los precios máximos de las viviendas con protección oficial y otras disposiciones relativas al Plan para el derecho a la vivienda, respecto de cada uno de los municipios de fuerte y acreditada demanda de vivienda. La renta fijada por dicha orden tiene que ser, en cualquier caso, un 25 % inferior a la de mercado. El plazo del contrato de alquiler asequible tiene que ser de 3 años como mínimo.

A efectos de la bonificación también computan las viviendas en que, aunque la renta pactada sea superior a la fijada en la orden del conseller competente en materia de vivienda, los arrendatarios satisfacen efectivamente una cantidad inferior o equivalente a un alquiler asequible, como consecuencia de que una parte del precio está subvencionada para el sujeto pasivo o para una entidad del grupo al cual pertenece.

Para que la bonificación sea aplicable, las viviendas tienen que haber sido validadas como viviendas asequibles por la Agencia de la Vivienda de Cataluña y se debe garantizar que los arrendatarios tengan unos ingresos inferiores a los establecidos para acceder en una vivienda con protección oficial.

Se aplican estas mismas bonificaciones en caso de que el sujeto pasivo destine parte del parque de las viviendas a sistemas de propiedad compartida, tenencia intermedia o sistemas de propiedades temporales, recogidos por la normativa de Cataluña, en los mismos porcentajes establecidos por los programas de vivienda asequible. En caso de que esta bonificación concorra con la de los programas de vivienda asequible, a efectos del cálculo de la bonificación correspondiente se tienen que sumar las viviendas destinadas a ambos programas.

En el caso que nos ocupa, la base imponible estará constituida por el número total de metros cuadrados de la superficie útil de las viviendas sujetas al impuesto de que es titular el sujeto pasivo en la fecha de devengo del impuesto, reducida en 150 m² en concepto de mínimo exento.

El enunciado nos indica que, del total de 2.000 m² construidos, 500 m² se destinan a jardín y 1.000 m² son útiles. Por lo tanto, la base imponible asciende a la superficie útil de

las viviendas (1.000 m²), menos 150 m² en concepto de mínimo exento, por lo que la base imponible asciende a 850 m².

No cabe descontar los 200 m² del piso que ha estado alquilado 3 meses, dado que la norma dispone que es causa de interrupción del cómputo de los 2 años la ocupación de la vivienda durante un periodo de, como mínimo, 6 meses continuados.

La cuota tributaria se obtiene de aplicar a la base imponible (850 m²) el tipo de gravamen de 10 euros por m², por lo que la misma asciende a 8.500 euros (850 × 10).

Ahora bien, dado que el enunciado indica que Hotx, SA destina un 5 % del total de su parque de viviendas a alquiler asequible, podrá aplicar una bonificación en la cuota del 10 %, por lo que la bonificación ascenderá a 850 euros (8.500 × 10 %) y la cuota tributaria bonificada será de 7.650 euros (8.500 – 850).

Apartado 2

Pregunta 2

El artículo 135.1, segundo párrafo, de la Ley general tributaria (LGT) regula la TPC, estableciendo que, en los casos en los que la normativa propia del tributo así lo prevea, el interesado podrá reservarse el derecho a promover la TPC cuando estime que la notificación no contiene expresión suficiente de los datos y motivos tenidos en cuenta para elevar los valores declarados y denuncie dicha omisión en un recurso de reposición o en una reclamación económico-administrativa. En este caso, el plazo para promover la TPC se contará desde la fecha de firmeza en vía administrativa del acuerdo que resuelva el recurso o la reclamación interpuesta.

Por lo tanto, y dado que la resolución desestimatoria del TEAC pone fin a la vía administrativa, el plazo para interponer la TPC es de 1 mes a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución desestimatoria del TEAC.

Por otra parte, el artículo 120 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITP y AJD (RITP y AJD), dispone que, en corrección del resultado obtenido en la comprobación de valores, los interesados podrán promover la práctica de la TPC mediante solicitud presentada dentro del plazo de la primera reclamación que proceda contra la liquidación efectuada sobre la base de los valores comprobados administrativamente.

Si el interesado estimase que la notificación no contiene expresión suficiente de los datos y motivos tenidos en cuenta para elevar los valores declarados y denunciare la omisión en recurso de reposición o en reclamación económico-administrativa, reservándose el

derecho a promover TPC, el plazo para promover esta se contará desde la fecha de firmeza en vía administrativa del acuerdo que resuelva el recurso o la reclamación interpuesta.

La presentación de la solicitud de TPC, o la reserva del derecho a promoverla, en caso de notificación conjunta de los valores y de las liquidaciones que hayan tenido en cuenta, determinará la suspensión del ingreso de las liquidaciones practicadas y de los plazos de reclamación contra las mismas.

Pregunta 3

El artículo 135.1, tercer párrafo, de la LGT establece que la presentación de la solicitud de TPC determinará la suspensión de la ejecución de la liquidación y del plazo para interponer recurso o reclamación contra la misma. Asimismo, la presentación de la solicitud de TPC suspenderá el plazo para iniciar el procedimiento sancionador que, en su caso, derive de la liquidación o, si este se hubiera iniciado, el plazo máximo para la terminación del procedimiento sancionador. Tras la terminación del procedimiento de TPC, la notificación de la liquidación que proceda determinará que el plazo previsto en el apartado 2 del artículo 209 de la LGT se compute de nuevo desde dicha notificación o, si el procedimiento se hubiera iniciado, que se reanude el cómputo del plazo restante para la terminación.

Pregunta 4

En el ISD, a diferencia de lo que ocurre en el ITP y AJD, no se prevé la reserva del derecho a promover la TPC.

A estos efectos, el artículo 98 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del ISD (RISD), regula la TPC, señalando que, en corrección del resultado obtenido en la comprobación de valores, los interesados podrán promover la práctica de la TPC, mediante solicitud que deberá presentarse dentro del plazo de la primera reclamación que proceda contra la liquidación efectuada sobre la base de los valores comprobados administrativamente. La presentación determinará la suspensión del ingreso de la liquidación practicada y de los plazos de reclamación contra la misma.

Pregunta 5

El artículo 66 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de revisión en vía administrativa (RGRVA), regula la ejecución de las resoluciones administrativas, disponiendo en su apartado 2 que los actos resultantes de la ejecución de la resolución de un recurso o reclamación económico-administrativa deberán ser notificados en el plazo de 1 mes desde que dicha resolución tenga entrada en el registro del órgano competente para su ejecución.

Pregunta 6

El artículo 150.7 de la LGT establece que, cuando una resolución judicial o económico-administrativa aprecie defectos formales y ordene la retroacción de las actuaciones inspectoras, estas deberán finalizar en el periodo que reste desde el momento al que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo de 18 o 27 meses, dependiendo del caso, o en 6 meses, si este último fuera superior. El citado plazo se computará desde la recepción del expediente por el órgano competente para ejecutar la resolución.

Pregunta 7

En caso de que la resolución del TEARC haya sido dictada en primera instancia, contra la misma podrá interponerse recurso de alzada ordinario ante el TEAC en el plazo de 1 mes contado desde el día siguiente al de la notificación de las resoluciones.

Estarán legitimados para interponer este recurso los interesados, los directores generales del Ministerio de Economía y Hacienda y los directores de departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en las materias de su competencia, así como los órganos equivalentes o asimilados de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía en materia de su competencia.

Por otra parte, en caso de que la resolución del TEARC no sea susceptible de recurso de alzada ordinario, la misma podrá ser impugnada, mediante el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, por los directores generales del Ministerio de Economía y Hacienda y por los directores de departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por los órganos equivalentes o asimilados de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía respecto a las materias de su competencia, cuando estimen gravemente dañosas y erróneas dichas resoluciones, o cuando apliquen criterios distintos a los contenidos en resoluciones de otros tribunales económico-administrativos del Estado o de los órganos económico-administrativos de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía.

El plazo para interponer el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio será de 3 meses contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución.

Si la resolución no ha sido notificada al órgano legitimado para recurrir, el plazo de 3 meses para interponer el recurso se contará desde el momento en que dicho órgano tenga conocimiento del contenido esencial de la misma por cualquier medio.

Pregunta 8

El artículo 241.3 de la LGT establece que, en los términos que se fijen reglamentariamente, al escrito de interposición del recurso de alzada ordinario podrá acompañarse la solicitud

de suspensión de la ejecución de la resolución impugnada por los órganos de la Administración. Dicha solicitud suspenderá cautelarmente la ejecución de la resolución recurrida mientras el TEAC decida sobre la procedencia o no de la petición de suspensión. La decisión del tribunal sobre la procedencia de la suspensión pondrá fin a la vía administrativa.

Dicha suspensión se fundamentará en que existen indicios racionales de que el cobro de la deuda que finalmente pudiese resultar exigible se podría ver frustrado o gravemente dificultado, no siendo necesaria la aportación de garantía. En la solicitud de suspensión deberá motivarse de forma suficiente la concurrencia de tales situaciones.

La resolución sobre la petición de suspensión se notificará por el TEAC al recurrente y a los demás interesados en el procedimiento.

La suspensión, cautelar o definitiva, impedirá que se devuelvan las cantidades que se hubieran ingresado y que se liberen las garantías que se hubieran constituido por el interesado en la reclamación económico-administrativa en primera instancia para obtener la suspensión del acto recurrido. Asimismo, quedarán subsistentes y mantendrán su eficacia los actos del procedimiento recaudatorio que se hubiesen dictado para garantizar el pago de la deuda tributaria.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando la ejecución de la resolución impugnada pudiese determinar el reconocimiento del derecho a una devolución tributaria, procederá dicha ejecución previa prestación por parte del obligado tributario de alguna de las garantías reguladas en el artículo 224.2 de la LGT.

Pregunta 9

El artículo 150.7 de la LGT establece que se exigirán intereses de demora por la nueva liquidación que ponga fin al procedimiento. La fecha de inicio del cómputo del interés de demora será la misma que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 26 de la LGT, hubiera correspondido a la liquidación anulada y el interés se devengará hasta el momento en que se haya dictado la nueva liquidación.

Pregunta 10

Según dispone el artículo 213.1 de la LGT, los actos y actuaciones de aplicación de los tributos y los actos de imposición de sanciones tributarias podrán revisarse, conforme a lo establecido en los capítulos siguientes, mediante los procedimientos especiales de revisión, el recurso de reposición o las reclamaciones económico-administrativas.

Por tanto, sin perjuicio de que pudiera resultar aplicable al caso aquí planteado alguno de los procedimientos especiales de revisión a los que se refiere el artículo 216 de la LGT,

el contribuyente podrá interponer bien recurso de reposición, con carácter potestativo, ante el órgano que haya dictado la nueva resolución, o bien directamente reclamación económico-administrativa ante el tribunal económico-administrativo competente.

El plazo para la interposición de dichos recursos será de 1 mes a contar a partir del día siguiente al de la notificación del acto. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 223 y 235 de la LGT.

Debe señalarse, sin embargo, que el escrito de interposición de la reclamación económico-administrativa debe dirigirse no al TEAR, sino al órgano administrativo que haya dictado el acto reclamable (art. 235.3 LGT), quien lo remitirá al tribunal competente en el plazo de 1 mes junto con el expediente, incorporando un informe si se considerase conveniente.

Pregunta 11

Hay que distinguir, por un lado, la suspensión de la ejecución de la liquidación tributaria y, por otro, la suspensión de la ejecución de la sanción.

Por lo que se refiere a la suspensión de la ejecución de la sanción, el artículo 212.3 de la LGT establece que la interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación económico-administrativa contra una sanción conllevará que la ejecución de la referida sanción quede suspendida automáticamente en periodo voluntario de pago, sin necesidad de aportar garantías hasta que sea firme en vía administrativa (esto es, hasta que se agote la impugnación en vía económico-administrativa). En la vía contencioso-administrativa no opera la suspensión sin aportación de garantías, por lo que si se desea mantener la suspensión en dicha vía hay que aportar garantías.

Por lo que se refiere a la suspensión de la ejecución de la liquidación, rige el principio general de que la interposición de recursos o reclamaciones no interrumpe la ejecución de los actos recurridos, salvo que se presten garantías (art. 224.2 LGT). Según este último precepto legal, la ejecución del acto impugnado quedará suspendida automáticamente a instancia del interesado si se garantiza el importe de dicho acto, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que pudieran proceder, pudiendo ser cualquiera de las siguientes:

- a) Depósito de dinero o valores públicos.
- b) Aval o fianza de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución.
- c) Fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia, para los supuestos que establezca la normativa tributaria (la cuantía máxima de los débitos a que se refiere este apartado se fija en 1.500 €).

El artículo 25.5 del RGRVA establece que la solicitud de suspensión deberá ir necesariamente acompañada del documento en el que se formalice la garantía aportada, constituida a disposición del órgano competente a que se refiere el apartado anterior. Cuando la solicitud no se acompañe de la garantía a que se refiere el artículo 224.2 de la LGT, aquella no surtirá efectos suspensivos y se tendrá por no presentada a todos los efectos.

En este supuesto, se procederá al archivo de la solicitud y a su notificación al interesado.

Pregunta 12

El artículo 250 de la LGT regula la práctica de liquidaciones en caso de existencia de indicios de delitos contra la Hacienda pública, señalando que, cuando la Administración tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda pública, se continuará la tramitación del procedimiento con arreglo a las normas generales que resulten de aplicación, sin perjuicio de que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal, y con sujeción a las reglas que se establecen en el título VI.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo siguiente, procederá dictar liquidación de los elementos de la obligación tributaria objeto de comprobación, separando en liquidaciones diferentes aquellos que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda pública y aquellos que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda pública.

La liquidación que en su caso se dicte, referida a aquellos elementos de la obligación tributaria que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda pública, se ajustará a lo establecido en este título.

El artículo 191.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, dispone que la liquidación derivada del procedimiento inspector incorporará los intereses de demora hasta el día en que se dicte o se entienda dictada la liquidación, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 6 del artículo 150 de la LGT.

Por lo tanto, cabe concluir que no es correcto no liquidar intereses de demora.

Pregunta 13

El artículo 253.1 de la LGT regula la tramitación del procedimiento de inspección en caso de que proceda practicar liquidación, disponiendo que cuando la Administración tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda pública y no concurren las circunstancias que impiden dictar liquidación de acuerdo con el artículo 251.1 de la LGT, procederá formalizar una propuesta de liquidación vinculada a delito, en la que se expresarán los hechos y fundamentos de derecho en los que se basa la misma.

Dicha propuesta se notificará al obligado tributario concediéndole el trámite de audiencia para que alegue lo que convenga a su derecho en el plazo de 15 días naturales, contados a partir del siguiente al de notificación de la propuesta.

Por lo tanto, cabe concluir que no es correcto no conceder el trámite de alegaciones.

Pregunta 14

El artículo 255 de la LGT regula la recaudación de la deuda liquidada en caso de existencia de indicios de delito contra la Hacienda pública, señalando que, en los supuestos a que se refiere el artículo 250.2 de la LGT, la existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda pública no paralizará las actuaciones administrativas dirigidas al cobro de la deuda tributaria liquidada, salvo que el juez hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución.

Las actuaciones administrativas dirigidas al cobro a las que se refiere el párrafo anterior se regirán por las normas generales establecidas en el capítulo V del título III de la LGT, salvo las especialidades establecidas en el título VI.

A este respecto, el artículo 177 de la LGT regula el procedimiento de recaudación frente a los sucesores, disponiendo que, fallecido cualquier obligado al pago de la deuda tributaria, el procedimiento de recaudación continuará con sus herederos y, en su caso, legatarios, sin más requisitos que la constancia del fallecimiento de aquel y la notificación a los sucesores, con requerimiento del pago de la deuda tributaria y costas pendientes del causante.

Por lo tanto, cabe concluir que la deuda derivada de la liquidación vinculada a delito sí que se transmite a sus herederos.

Apartado 3

Pregunta 15

El artículo 9 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del ISD (LISD), dispone que constituye la base imponible del impuesto, en las transmisiones *mortis causa*, el valor neto de la adquisición individual de cada causahabiente, entendiéndose como tal el valor real de los bienes y derechos minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles. Las cantidades percibidas por razón de seguros sobre la vida se liquidarán acumulando su importe al del resto de los bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario cuando el causante sea, a su vez, el contratante del seguro individual o el asegurado en el seguro colectivo.

Por otra parte, el artículo 18 de la LISD regula la comprobación de valores, disponiendo al efecto que la Administración podrá comprobar el valor de los bienes y derechos trans-

mitidos por los medios de comprobación establecidos en el artículo 57 de la LGT. Los interesados deberán consignar en la declaración que están obligados a presentar el valor real que atribuyen a cada uno de los bienes y derechos incluidos en el incremento de patrimonio gravado. Este valor prevalecerá sobre el comprobado si fuese superior.

El esquema de liquidación, en este caso, es el siguiente:

$$\begin{array}{l}
 \text{Valor real de todos los bienes y derechos} \\
 + \text{Ajuar doméstico} \\
 + \text{Adición de bienes} \\
 \hline
 = \text{Masa hereditaria bruta (CAUDAL RELICTO)} \\
 - \text{Cargas, deudas y gastos deducibles} \\
 \hline
 = \text{Masa hereditaria neta}
 \end{array}$$

Porción hereditaria individual: es el resultado de aplicar las disposiciones testamentarias o de la sucesión *ab intestato*, en defecto de testamento, a la masa hereditaria neta. Debemos tener en cuenta la existencia, además del Código Civil, de muchos derechos civiles forales en materia sucesoria.

+Seguros de vida: solo en aquellos casos en los que el causahabiente resulte además beneficiario de un seguro sobre la vida. El contratante y el asegurado deben coincidir en la misma persona y además fallecer.

= Base imponible: es el resultado de sumar a la porción hereditaria individual los seguros de vida percibidos por el beneficiario-causahabiente.

Cada bien y derecho que forma parte del caudal relicto debe adicionarse a la valoración de ese caudal por su valor real, siendo precisamente la cuantificación del valor real (que no tiene necesariamente que coincidir con el precio del bien) el centro de los principales conflictos de aplicación del impuesto.

El valor real es el valor verdadero que tiene un bien o derecho y no el valor que las partes le atribuyen. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) equipara el concepto de «valor real» al «valor de mercado», que define de la manera siguiente (STS de 5 de octubre de 1995):

Es el importe neto que razonablemente podría esperar recibir un vendedor por la venta de una propiedad en la fecha de valoración, mediante una comercialización adecuada, y suponiendo que hay al menos un comprador potencial correctamente informado de las características del inmueble, y que ambos, comprador y vendedor, actúan libremente y sin un interés particular en la operación.

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, procedemos, en primer lugar, a calcular el valor real de los bienes y derechos:

- 1.º Negocio individual de hostelería. Valor real (de acuerdo con el valor teórico contable del negocio): 75.000 euros.
- 2.º Local comercial situado en Barcelona. Valor real (valor de adquisición 2 meses antes del fallecimiento): 200.000 euros.
- 3.º Terreno no urbanizable situado en Balsareny. Valor real (valor dado a la fecha del fallecimiento por una sociedad de tasación): 1.000 euros.
- 4.º Acciones. Valor real (valor de cotización el día del fallecimiento): 30.000 euros.
- 5.º Usufructo vitalicio sobre un piso situado en Barcelona. El piso tenía un valor de mercado de 200.000 euros el día de la muerte. En el momento de la desmembración del dominio, el inmueble valía 150.000 euros y el usufructo representaba un 25 % de su valor.

El artículo 26 c) de la LISD dispone que en la extinción del usufructo se exigirá el impuesto según el título de constitución, aplicando el tipo medio efectivo de gravamen correspondiente a la desmembración del dominio.

Por otra parte, el artículo 51.2 del RISD establece que al adquirente de la nuda propiedad se le girará una liquidación teniendo en cuenta el valor correspondiente a aquella, minorando, en su caso, por el importe de la reducción a que tenga derecho el nudo propietario por su parentesco con el causante según las reglas del artículo 42 del RISD y con aplicación del tipo medio efectivo de gravamen correspondiente al valor íntegro de los bienes. A estos efectos, el tipo medio efectivo se calculará dividiendo la cuota tributaria correspondiente a una base liquidable teórica, para cuya determinación se haya tomado en cuenta el valor íntegro de los bienes, por esta misma base y multiplicando el cociente por 100, expresando el resultado con inclusión de hasta dos decimales.

Sin perjuicio de la liquidación anterior, al extinguirse el usufructo, el primer nudo propietario viene obligado a pagar por este concepto sobre la base del valor atribuido al mismo en su constitución, minorando, en su caso, en el resto de la reducción a que se refiere el artículo 42 del RISD cuando la misma no se hubiese agotado en la liquidación practicada por la adquisición de la nuda propiedad, y con aplicación del mismo tipo medio efectivo de gravamen a que se refiere el párrafo anterior.

Por lo tanto, quien adquiere primero la nuda propiedad y más tarde consolida el dominio por extinción del usufructo no realiza una primera adquisición del causante y una segunda del usufructuario, sino una sola adquisición, con un solo devengo, aunque en parte diferido en el tiempo.

Por ello, y sin perjuicio de la liquidación girada por la adquisición de la nuda propiedad, al extinguirse el usufructo, el nudo propietario está obligado a pagar por

este último concepto sobre el valor atribuido al usufructo en su constitución y no el del momento de la extinción, lo que excluye la práctica de la comprobación de valor.

Ese valor atribuido al usufructo en su constitución ha de minorarse en el resto de las reducciones generales que le correspondan, si no se agotaron en la liquidación practicada por la adquisición de la nuda propiedad, y ha de aplicarse el tipo medio efectivo de gravamen correspondiente a la desmembración del dominio.

Para hacer esta autoliquidación se tiene que utilizar el modelo 653.

Por tanto, al ser un usufructo vitalicio, este se habrá extinguido con la defunción del señor Pedro, no formando parte del caudal relicto de la herencia.

6.º Seguro de vida sin valor de rescate: los seguros de vida se acumulan a la base imponible del beneficiario y heredero (señor Luis) y, por tanto, no forman parte del caudal relicto.

7.º Plan de pensiones con derechos consolidados por importe de 30.000 euros.

De conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley del IRPF (LIRPF), tributará como rendimiento íntegro del trabajo en el IRPF, por lo que se trata de una renta sujeta al IRPF y, en consecuencia, no sujeta al ISD (art. 6.4 LIRPF).

8.º Deuda por 5.000 euros: no deducible porque el deudor es un heredero, tal y como se verá posteriormente.

9.º Depósito a plazo con saldo de 20.000 euros y del que, 2 días antes de la muerte, se habían retirado 400.000 euros. Valor real (saldo en la fecha de fallecimiento): 20.000 euros.

10.º 1.000 participaciones de la sociedad Hotx, SA.

Para calcular el valor de las participaciones de la sociedad Hotx, SA, debemos utilizar el valor teórico-contable ajustado:

• Capital social	1.000.000 €
• Prima de emisión	1.500.000 €
• Reservas	2.000.000 €
• Resultado del ejercicio	-50.000 €
• Patrimonio neto	4.450.000 €
• Plusvalía tácita (*)	640.000 €
• Patrimonio neto ajustado	5.090.000 €
• N.º acciones (**)	2.000

Notas:

- (*) El hotel de Hotx, SA está contabilizado por 60.000 euros, pero su valor de mercado (valor real) es de 700.000 euros. Existe una plusvalía tácita por la diferencia, es decir, 640.000 euros (700.000 – 60.000), que debe tenerse en cuenta dado que un activo de la empresa está infravalorado en el balance y, por tanto, el valor de la empresa es superior al valor que resulta del patrimonio neto.
- (**) El enunciado no nos indica ni el número de acciones que componen el capital social de Hotx, SA, ni tampoco el porcentaje de participación del señor Pedro en dicho capital social (en el enunciado se menciona al señor Jordi como socio de Hotx, SA).

Hemos supuesto que el capital social está formado por 2.000 acciones de 500 euros de valor nominal cada acción, ostentando Pedro el 50 %.

- Valor teórico-contable ajustado (5.090.000/2.000) 2.545 €/acción
- Valor real de la participación (1.000 × 2.545) 2.545.000 euros

En consecuencia, el valor real de todos los bienes y derechos asciende a 2.871.000 euros, de acuerdo con el siguiente desglose:

- Negocio individual hostelería 75.000 €
- Local comercial Barcelona 200.000 €
- Terreno no urbanizable 1.000 €
- Acciones cotizadas 30.000 €
- Depósito a plazo 20.000 €
- Acciones de Hotx 2.545.000 €
- Valor real 2.871.000 €

Por otra parte, según el artículo 15 de la LISD, el ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y se valorará en el 3 % del importe del caudal relicto del causante, salvo que los interesados asignen a este ajuar un valor superior o prueben fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje.

Del supuesto no se desprende ninguna valoración distinta del ajuar doméstico por parte del contribuyente, por lo que lo valoraremos en el 3 % del importe del caudal relicto del causante, antes de la deducción de las cargas, deudas y gastos deducibles.

Según los artículos 11 de la LISD y 25 del RISD, se presumirá que forman parte del caudal hereditario los bienes de todas clases que hubiesen pertenecido al causante de la sucesión hasta 1 año antes del fallecimiento.

Del supuesto resulta que el saldo del depósito a plazo fijo 2 días antes del fallecimiento era superior en 400.000 euros al que tenía el día del fallecimiento. Por tanto, se presume que los 400.000 euros dispuestos forman parte del caudal hereditario. Suponemos que se dan los demás requisitos del artículo 25 del RISD para que opere la presunción.

En consecuencia, la masa hereditaria bruta (caudal relicto) asciende a 3.357.130 euros, de acuerdo con el siguiente cálculo:

• Caudal relicto	2.871.000 €
• Ajuar doméstico ($3\% \times 2.871.000$)	86.130 €
• Bienes adicionales (art. 11 LISD)	400.000 €
• Masa hereditaria bruta	3.357.130 €

La masa hereditaria neta será el resultado de disminuir la masa hereditaria bruta en el importe de las cargas, deudas y gastos deducibles a que se refieren los artículos 12, 13 y 14 de la LISD, respectivamente.

Para obtener el valor neto de la adquisición individual de cada causahabiente, del valor real de los bienes y derechos también se deducen las deudas dejadas por el fallecido que minoren el neto patrimonial.

De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la LISD, se pueden deducir las deudas que deja la persona difunta, que se acreditan por medio de un documento público o de un documento privado, de acuerdo con los requisitos establecidos por el artículo 1.227 del Código Civil, o que se justifican por cualquier otro medio.

También se pueden deducir las cantidades que constituyen deudas de la persona difunta por razón de tributos del Estado, de las comunidades autónomas o de corporaciones locales o deudas de la Seguridad Social, y que satisfagan las personas herederas, aunque correspondan a liquidaciones giradas después de la muerte de la persona causante.

Ahora bien, no son deducibles las deudas a favor de las personas herederas, legatarias de parte alícuota, cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos, aunque renuncien a la herencia.

En este caso, el acreedor es su hijo Juan, heredero universal junto con su hermano Luis, por lo que no se podrá deducir la deuda de 5.000 euros derivada de un préstamo que le había concedido su hijo Juan.

Por tanto, no existiendo cargas, deudas o gastos que minoren la masa hereditaria bruta, la masa hereditaria neta ascenderá a 3.357.130 euros (respuesta a la pregunta 15).

Adicionalmente, si se quisiera obtener la base imponible de cada heredero:

La porción hereditaria individual de cada causahabiente es el resultado de aplicar las disposiciones testamentarias o de la sucesión *ab intestato*, en defecto de testamento, a la masa hereditaria neta. Debemos tener en cuenta la existencia, además del Código Civil, de muchos derechos civiles forales en materia sucesoria.

A estos efectos, debemos aplicar lo establecido en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, publicado en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya el 17 de julio de 2008 y en el Boletín Oficial del Estado el 7 de agosto de 2008.

El título II de la Ley 10/2008 regula la sucesión testada. El artículo 421.1 de la ley regula la libertad de testar, señalando que la sucesión testada se rige por la voluntad del causante manifestada en testamento otorgado de acuerdo con la ley.

El artículo 421.2 de la ley regula el contenido del testamento, disponiendo que, en testamento, el causante ordena su sucesión mediante la institución de uno o más herederos y puede establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte.

El enunciado nos indica que el señor Pedro falleció habiendo otorgado testamento en el que instituía herederos a sus dos hijos, por partes iguales (Luis y Juan).

Cálculo de la porción hereditaria individual de Luis (heredero universal)

El enunciado nos indica que el señor Pedro falleció habiendo otorgado testamento en el que instituía herederos a sus dos hijos, por partes iguales (Luis y Juan), por lo que la porción hereditaria individual de Luis asciende a 1.678.565 euros (3.357.130/2).

Por otro lado, el enunciado nos indica que Luis es beneficiario de un seguro de vida, por lo que, para determinar la base imponible, deberemos adicionar a la porción hereditaria individual la cantidad percibida como beneficiario del seguro de vida (10.000 €), por lo que la base imponible de Luis asciende a 1.688.565 euros:

Porción hereditaria individual	1.678.565 €
+ Seguros de vida	10.000 €
= Base imponible	1.688.565 €

Cálculo de la porción hereditaria individual de Juan (heredero universal)

El enunciado nos indica que el señor Pedro falleció habiendo otorgado testamento en el que instituía herederos a sus dos hijos, por partes iguales (Luis y Juan), por lo que la porción hereditaria individual de Juan asciende a 1.678.565 euros (3.357.130/2).

Por otro lado, dado que el enunciado no nos indica que Juan sea beneficiario de un seguro de vida, la base imponible coincidirá con la porción hereditaria individual:

Porción hereditaria individual	1.678.565 €
+ Seguros de vida	0 €
= Base imponible	1.678.565 €

Pregunta 16

El artículo 4.Ocho de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (LIP) dispone que estarán exentas las participaciones en determinadas entidades, con o sin cotización en mercados organizados, excluidas las participaciones en instituciones de inversión colectiva.

Para que resulte de aplicación la exención, han de cumplirse, a la fecha del devengo del impuesto (31 de diciembre), los siguientes requisitos y condiciones:

- 1.º Que la entidad, sea o no societaria, realice una actividad económica y no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.

Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las siguientes condiciones:

- Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o
- Que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas.

Para determinar si existe actividad económica o si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella, se estará a lo dispuesto en el IRPF.

Tanto el valor del activo como el de los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que esta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad.

A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos, no se computarán los valores siguientes:

- Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias.
- Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.
- Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto.

- Los que otorguen, al menos, el 5 % de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en este apartado.

Sin perjuicio de lo anterior, no se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 %, de la realización de actividades económicas.

- 2.º Que la participación del contribuyente en el capital de la entidad sea al menos del 5 %, computada de forma individual, o del 20 % conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga el parentesco su origen en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.

Cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas de las personas anteriormente indicadas, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán cumplirse, al menos, en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.

- 3.º Que el contribuyente ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad. A estos efectos, se considerarán funciones de dirección, que deberán acreditarse fehacientemente mediante el correspondiente contrato o nombramiento, los cargos de: presidente, director general, gerente, administrador, directores de departamento, consejeros y miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente, siempre que el desempeño de cualquiera de estos cargos implique una efectiva intervención en las decisiones de la empresa.

En el supuesto de que los titulares de las acciones o participaciones sean menores de edad o incapacitados, esta condición se considerará cumplida cuando se ajusten a la misma sus representantes legales.

- 4.º Que, por las funciones de dirección ejercidas en la entidad, el contribuyente perciba una remuneración que represente más del 50 % de la totalidad de sus rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas correspondientes al ejercicio 2018.

A efectos de determinar dicho porcentaje, no se computarán los rendimientos de las actividades económicas desarrolladas de forma habitual, personal y directa por el contribuyente cuyos bienes y derechos afectos disfruten de exención por este impuesto.

Cuando una misma persona sea directamente titular de participaciones en varias entidades en las cuales concurren los requisitos y condiciones anteriormente citados, el cómputo del porcentaje del 50 % se efectuará de forma separada respecto de cada una de dichas entidades. Es decir, sin incluir entre los rendimientos derivados del ejercicio de las funciones de dirección los obtenidos en otras entidades.

Por otra parte, el artículo 6 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el IP, dispone lo siguiente:

1. La exención solo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas establecidas en el artículo 16. Uno de la LIP, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos afectos al ejercicio de una actividad económica, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad.

2. Tanto el valor de los activos como el de las deudas de la entidad será el que se deduzca de su contabilidad, siempre que esta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la entidad, determinándose dichos valores, en defecto de contabilidad, de acuerdo con los criterios del IP.

3. Para determinar si un elemento patrimonial se encuentra o no afecto a una actividad económica, se estará a lo dispuesto en el artículo 27 de la LIRPF, salvo en lo que se refiere a los activos previstos en el inciso final del párrafo c) del apartado 1 de dicho artículo, que, en su caso, podrán estar afectos a la actividad económica.

Nunca se considerarán elementos afectos los destinados exclusivamente al uso personal del sujeto pasivo o de cualquiera de los integrantes del grupo de parentesco a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1704/1999 o aquellos que estén cedidos, por precio inferior al de mercado, a personas o entidades vinculadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley del IS.

Además, el artículo 5 del Real Decreto 1704/1999 establece que en ningún caso será de aplicación esta exención a las participaciones en instituciones de inversión colectiva.

Tal y como señala la Dirección General de Tributos (DGT), en las contestaciones a las Consultas vinculantes V457/2007, de 28 de febrero, y V2129/2007, de 8 de octubre (NFC027733), entre los parámetros que la Administración tributaria puede tomar en consideración para valorar si el elemento patrimonial está afecto, se encuentra la proporcionalidad, volumen o permanencia de los activos de que se trate en función del total activo de la entidad y del tipo de actividad a que esta se dedique.

En el caso que nos ocupa, debe valorarse qué importe de la tesorería es necesario para el ejercicio de la actividad. Según se indica en el enunciado, el objeto social de la so-

ciudad Hotx, SA comprende la promoción inmobiliaria, el alquiler y la actividad hotelera. Por otra parte, en el balance proporcionado en el enunciado figura un pasivo corriente de 650.000 euros.

A primera vista, se aprecia que el importe de la tesorería (4.000.000 €) es desproporcionado en relación con el pasivo corriente (650.000 €), pero el enunciado no especifica si la sociedad tiene pensado acometer algún tipo de inversión ni tampoco cuáles son los periodos medios de pago y cobro, que además dependen de cada sector y aquí no nos ofrecen ningún dato. Por prudencia, ya que el pasivo corriente es de 650.000 euros, consideramos como máximo una tesorería afecta de 650.000 euros.

Por tanto, los elementos del activo no afectos serían los siguientes:

- Inversiones financieras a largo plazo (acciones de Google) 200.000 €
- Inversiones financieras a corto plazo (participación en SICAV) ... 1.000.000 €
- Tesorería (4.000.000 – 650.000) 3.350.000 €

$$\% \text{ activo afecto} = \frac{8.100.000 - 200.000 - 1.000.000 - 3.350.000}{8.100.000} = 43,827 \%$$

En principio, sería una sociedad patrimonial, pero debe valorarse la afectación sobrevenida, dado que el artículo 4.Ocho de la LIP dispone que:

[...] no se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores.

Si consideramos que las reservas de Hotx, SA (2.000.000 €) provienen de la realización de actividades económicas y que se han originado en un plazo máximo de 10 años:

$$\% \text{ activo afecto} = \frac{8.100.000 - 200.000 - 1.000.000 - 3.350.000 + 2.000.000}{8.100.000} = 68,518 \%$$

En consecuencia, podemos concluir que la sociedad Hotx, SA no es de mera tenencia de bienes según la normativa del IP, dado que más de mitad del activo de la entidad está afecto a una actividad económica.

Apartado 4

Pregunta 17

De conformidad con lo establecido en el artículo 5.Uno d) de la Ley del IVA (LIVA), tienen la consideración de empresario o profesional a efectos del IVA quienes efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título.

El destino final es el que determina el carácter empresarial de la operación, de modo que, si la edificación es para uso propio, no se considera empresario a quien la realiza.

En el caso que nos ocupa, el señor Luis va a efectuar la construcción de dos casas unifamiliares para alquilarlas, por lo que tiene la consideración de empresario o profesional a efectos del IVA, de conformidad con el artículo 5.Uno d) de la LIVA.

Los préstamos efectuados por particulares que no sean sujetos pasivos del IVA quedan sometidos al gravamen del ITP y AJD en su modalidad «transmisiones patrimoniales onerosas», mientras que, si se efectúan por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad, resultan sujetos al IVA, aunque exentos de este impuesto, tal y como establece el artículo 20.Uno.18.º de la LIVA.

Esta sujeción al IVA impide su gravamen en la modalidad «transmisiones patrimoniales onerosas», pero no en la modalidad «actos jurídicos documentados» (documentos notariales), dado que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del ITP y AJD (LITP y AJD), es decir, se trata de la primera copia de escritura notarial que tiene por objeto cantidad o cosa valuable.

Por otra parte, en el caso de los préstamos con garantía hipotecaria sujetos al IVA, con efectos desde el 10 de noviembre de 2018, el artículo 29 de la LITP y AJD recoge que el sujeto pasivo es el prestamista (la entidad bancaria).

No obstante, hay que tener en cuenta que esta cuestión no ha sido pacífica, al haber existido recientes pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios al respecto. Aunque tradicionalmente se venía manteniendo que el sujeto pasivo por AJD en las escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria era el prestatario, se ha adoptado un cambio de criterio considerando que el sujeto pasivo es el acreedor hipotecario, dado que, al ser el beneficiario de este tipo de préstamos, es quien realmente tiene interés en la inscripción registral, por lo que se anula el artículo 68.2 del RITP y AJD (STS de 16 de octubre de 2018, rec. núm. 5350/2017 –NFJ071642–). No obstante, debido al impacto social y económico de este cambio de criterio, fue avocado el pleno de esta Sala del TS, que volvió a

adoptar el criterio anterior, en virtud del cual el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios es el prestatario (STS de 27 de noviembre de 2018, rec. núm. 1049/2017 –NFJ071992–), no siendo acorde con la reforma que finalmente se ha introducido en la LITP y AJD al respecto.

Por lo que se refiere a la base imponible, el artículo 30 de la LITP y AJD establece que la base imponible en las escrituras que documenten préstamos con garantía está constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por los intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos. Si no constase expresamente el importe de la cantidad garantizada, se ha de tomar como base el capital y 3 años de intereses.

El enunciado nos indica que la entidad bancaria le concede el préstamo a cambio de garantizar el principal (7.000 €), 1.000 euros en concepto de intereses y 1.000 euros en concepto de costas, por lo que la base imponible asciende a 9.000 euros (7.000 + 1.000 + 1.000).

Por lo que se refiere al tipo de gravamen y la cuota tributaria, el artículo 31.2 de la LITP y AJD establece que las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al ISD o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de la LITP y AJD, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, haya sido aprobado por la comunidad autónoma.

Si la comunidad autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,5 %, en cuanto a tales actos o contratos.

En este caso, la Ley 21/2001, de 28 de diciembre (en la redacción dada por el DL 6/2018, de 13 de noviembre), establece que los documentos notariales a que hace referencia el artículo 31.2 de la LITP y AJD tributarán al tipo impositivo general del 2 %, por lo que la cuota tributaria ascenderá a 180 euros ($9.000 \times 2 \%$).

Por lo que se refiere a la fianza constituida por su hermano, el señor Juan, el artículo 15.1 de la LITP y AJD establece que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributará exclusivamente por el concepto de préstamo.

El artículo 25 del RITP y AJD, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, matiza este precepto y establece que:

1. La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de

préstamo, cuando la constitución de la garantía sea simultánea con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de este estuviese prevista la posterior constitución de la garantía.

Según se desprende del enunciado, la garantía no es simultánea (la fianza se constituye por el hermano 2 meses después de la concesión del préstamo) y no se especifica que estuviera prevista, por lo que debe tratarse como un hecho imponible aislado e independiente.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, el artículo 8 e) de la LITP y AJD establece que: «Estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario, en la constitución de fianzas, el acreedor afianzado». En este caso, el acreedor afianzado es la entidad bancaria.

En cuanto a la base imponible, de acuerdo con el artículo 10 de la LITP y AJD, estará constituida por el valor real de la garantía, es decir, el importe total de la obligación garantizada, incluyendo no solo el capital del préstamo, sino cualquier otra cantidad que se garantice, ya sea por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto (tal y como establece la DGT en la contestación a la Consulta vinculante V0015/2018, de 9 de enero –NFC067405–), es decir, 9.000 euros (7.000 € en concepto de capital del préstamo, 1.000 € en concepto de intereses y 1.000 € en concepto de costas), resultando aplicable el tipo de gravamen del 1 % (art. 11.1 b) LITP y AJD), por lo que la cuota tributaria ascenderá a 90 euros ($9.000 \times 1 \%$).

Pregunta 18

Por lo que se refiere a la tributación en el ITP y AJD, de conformidad con lo establecido en el artículo 19.2.1.º de la LITP y AJD, son operaciones societarias no sujetas a la modalidad «operaciones societarias» las operaciones de reestructuración.

Por otra parte, el artículo 21 de la LITP y AJD establece que, a los efectos del gravamen sobre operaciones societarias, tendrán la consideración de operaciones de reestructuración las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores definidas en el artículo 76 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS (LIS).

Por último, el artículo 45.I B) 10.º de la LITP y AJD establece que estarán exentas las operaciones societarias a que se refiere el apartado 1.º del artículo 19.2 de la LITP y AJD, en cuanto al gravamen por las modalidades de «transmisiones patrimoniales onerosas» o de «actos jurídicos documentados».

En conclusión, el régimen general de tributación de las operaciones de reestructuración societarias es el siguiente:

- 1.º Las operaciones de reestructuración quedan no sujetas a la modalidad «operaciones societarias».

- 2.º Se consideran operaciones de reestructuración las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores definidas, por remisión de la LITP y AJD (art. 21) a la LIS (arts. 76 a 89).
- 3.º Las operaciones de reestructuración están exentas de las modalidades «transmisiones patrimoniales onerosas» y «actos jurídicos documentados».

Por lo que se refiere a la tributación en el IVA, el artículo 7.1.º de la LIVA establece que no estará sujeta al IVA la transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporeales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte de aplicación en el ámbito de otros tributos y del procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 4. Cuatro de la LIVA.

Por otra parte, el artículo 7.5 de la LITP y AJD establece que quedarán sujetas a la modalidad «transmisiones patrimoniales onerosas» las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al IVA.

Ahora bien, dado que la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo del IVA se ha materializado a través de una operación societaria no sujeta a la modalidad «operaciones societarias», de acuerdo con el artículo 19.2.1.º de la LITP y AJD, la entrega del inmueble que aquella conlleva no quedará gravada por la modalidad «transmisiones patrimoniales onerosas», pese a no existir el impedimento de la incompatibilidad, y ello por ser de aplicación la exención prevista en el artículo 45.I B) 10.º de la LITP y AJD.

Pregunta 19

En este caso, el capital social de 1.000.000 de euros está dividido en 4.000 acciones de 250 euros de valor nominal.

Dado que la sociedad llamada Coldx, SA aumenta el capital en la proporción de 1 acción nueva por 4 antiguas al 110 % con el mismo valor nominal, ello significa que se van a emitir 1.000 acciones nuevas ($4.000 \times 1/4$), con un valor nominal de 250 euros, al 110 % (es decir, que el valor de emisión es de 275 € por acción).

El texto refundido de la Ley de sociedades de capital (aprobado por RDLeg. 1/2010, de 2 de julio) no exige que se desembolse totalmente el capital emitido con anterioridad a la ampliación de capital mediante aportaciones no dinerarias, pero sí establece que las acciones, una vez realizada la ampliación de capital, deberán estar desembolsadas al menos en un 25 % del capital social y el 100 % de la prima de emisión.

El plazo de desembolso con cargo a aportaciones no dinerarias no podrá exceder de 5 años desde el acuerdo de aumento del capital social.

Los asientos contables pertinentes para hacer la ampliación de capital son los siguientes:

- Por la emisión de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	275.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción (1.000 × 250 × 110%)		275.000

- Por la suscripción y desembolso de las acciones emitidas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2XX	Negocio	75.000	
210/211	Terrenos y bienes naturales/Construcciones (local comercial)	200.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		275.000

- Por la inscripción de la ampliación de capital social en el Registro Mercantil:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción (1.000 × 250 × 110%)	275.000	
100	Capital social		275.000



La obligación de ser socialmente transparente: el estado de información no financiera

Isabel María García Sánchez

*Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Salamanca*

María Pilar Martín Zamora

*Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Huelva*

Lázaro Rodríguez Ariza

*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Granada*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Enrique Rubio Herrera, don Macario Cámara de la Fuente, doña Beatriz García Osma, don Fernando Nubla Martínez y don Jesús Fernando Santos Peñalver.

Extracto

Los escándalos financieros de los últimos años han provocado la desconfianza de los inversores en la información revelada por las empresas así como la aparición de nuevas demandas informativas. En orden a restablecer la confianza perdida y aumentar la transparencia de la información social y medioambiental divulgada por las empresas, en 2014 la Comisión Europea aprobó la Directiva 2014/95/UE sobre información no financiera e información sobre diversidad que establecía la obligación, para grandes empresas de interés público, de ampliar su informe de gestión para revelar información no financiera. En nuestro país, la directiva se transpuso al ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto-Ley 18/2017, sustituido desde el 30 de diciembre de 2018 por la Ley 11/2018 que ha ampliado los requerimientos relativos a la revelación de información no financiera y diversidad. En este trabajo se lleva a cabo un análisis en profundidad de la regulación del estado de información no financiera, discutiéndose si la obligación de divulgar información no financiera conlleva un compromiso con la responsabilidad social corporativa o, tan solo, se identifica con la exigencia de ser socialmente transparente.

Palabras clave: divulgación de información no financiera; estado de información no financiera; transparencia; responsabilidad social corporativa; Ibex 35.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: García Sánchez, I. M.^a, Martín Zamora, M.^a P. y Rodríguez Ariza, L. (2020). La obligación de ser socialmente transparente: El estado de información no financiera. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 155-192.



Obligation to be socially transparent: the non-financial information statement

Isabel María García Sánchez

María Pilar Martín Zamora

Lázaro Rodríguez Ariza

Abstract

Recent financial scandals have caused, on the one hand, investor mistrust in the information revealed by companies and the emergence of new information demands, on the other. In order to restore lost confidence and increase the transparency of social and environmental information disclosed by companies, in 2014 the European Commission adopted Directive 2014/95/EU on non-financial information and diversity information. This regulation established an obligation, for large public interest companies, to expand its management report to disclose non-financial information. In Spain, the directive was transposed by Royal Decree-Law 18/2017, replaced since 30 December 2018 by Law 11/2018 which has extended the requirements relating to the disclosure of non-financial information and diversity. This work carries out an analysis of the regulation of the state of non-financial information, completed with the study of the response of companies included in the IBEX 35 to the new information requirements.

Keywords: disclosure of non-financial information; non-financial reporting statement; transparency; Corporate Social Responsibility; Ibex 35.

Citation: García Sánchez, I. M.^a, Martín Zamora, M.^a P. y Rodríguez Ariza, L. (2020). La obligación de ser socialmente transparente: El estado de información no financiera. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 155-192.

Sumario

1. Responsabilidad social corporativa: transparencia e información no financiera
2. La obligatoriedad de revelar información no financiera en España: el estado de información no financiera
 - 2.1. Los sujetos contables obligados a elaborar el estado de información no financiera
 - 2.1.1. La elaboración del estado de información no financiera en los ejercicios 2018, 2019 y 2020
 - 2.1.2. La elaboración del estado de información no financiera de los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2021
 - 2.2. El contenido del estado de información no financiera
 - 2.2.1. La información medioambiental a incluir en el estado de información no financiera
 - 2.2.2. La información sobre cuestiones sociales y relativas al personal a incluir en el estado de información no financiera
 - 2.2.3. La información sobre el respeto de los derechos humanos a incluir en el estado de información no financiera
 - 2.2.4. La información relativa a la lucha contra la corrupción y el soborno a incluir en el estado de información no financiera
 - 2.2.5. La información sobre la sociedad a incluir en el estado de información no financiera
 - 2.3. Las modalidades del estado de información no financiera
 - 2.4. La responsabilidad de la formulación del estado de información no financiera
 - 2.5. La verificación del estado de información no financiera
 - 2.6. El papel del auditor en relación con el estado de información no financiera
 - 2.7. La aprobación del estado de información no financiera
 - 2.8. La divulgación del estado de información no financiera
3. El comportamiento de las empresas del Ibex 35 ante los requerimientos informativos introducidos por la Ley 11/2018
 - 3.1. Los sujetos contables analizados
 - 3.2. La modalidad de cumplimiento con el estado de información no financiera
 - 3.3. La identidad del tercero encargado de la verificación
 - 3.4. Los estándares empleados en la elaboración de la información no financiera revelada
 - 3.5. El alcance y la conclusión del informe de verificación
 - 3.6. La revelación del estado de información no financiera y de su informe de verificación



4. El estado de información no financiera y la responsabilidad social corporativa

Referencias bibliográficas

Bibliografía

1. Responsabilidad social corporativa: transparencia e información no financiera

Durante años, la gestión empresarial giró en torno al objetivo último de maximizar el valor para el accionista a través del reparto del mayor dividendo posible y aumentos sostenidos del precio de mercado de sus participaciones. Sin embargo, la evolución de la sociedad y el desarrollo de sistemas legales adaptados a la misma han dado lugar a que se consideren los intereses de otros individuos que, directa o indirectamente, tienen relación con la empresa, ampliando esta última sus objetivos para incorporar otros de naturaleza ambiental y social que le permita mantener la confianza de sus inversores actuales pero también de los potenciales (Cheng *et al.*, 2014; Simnett y Huggins, 2015). En este contexto, surge el concepto de responsabilidad social corporativa que, de acuerdo con AECA (2004), es «el compromiso voluntario de las empresas con el desarrollo de la sociedad y la preservación del medio ambiente, desde su composición social y un comportamiento responsable hacia las personas y grupos sociales con quienes interactúa», es decir, la empresa persigue la mejora sustancial de la sociedad coordinando el crecimiento económico con la protección medioambiental y la cohesión social (Álvarez y De la Torre, 2004; Dahlsrud, 2006). Así, se defiende que la responsabilidad social corporativa, que se articula sobre tres aspectos claves: el económico, el medioambiental y el social, es la materialización del comportamiento responsable de una empresa ante y con la sociedad (Comisión Europea, 2011) con implicaciones tanto en la propia organización como en la comunidad, a la que debe informar con transparencia sobre objetivos, compromisos y cumplimientos.

En este sentido, la transparencia empresarial, que se configura como un elemento clave para generar confianza, hace referencia a la predisposición de una organización a informar sobre su situación actual, qué decisiones se toman y por quiénes son adoptadas (Alonso, 2009). Tradicionalmente la transparencia se ha centrado en la información financiera regulada, al ser considerada como un factor esencial para el buen funcionamiento de los mercados financieros (Moneva, 2003). Sin embargo, los escándalos financieros de los últimos años, con la consecuente pérdida de confianza en la información financiera suministrada por las empresas, han obligado a una mayor divulgación de información, sobre todo, referida a aspectos de gobierno corporativo que, con el tiempo, se ha visto ampliada para responder a la demanda de información no financiera que posibilite la evaluación de los impactos y los resultados de su comportamiento social y medioambiental de la empresa por los diferentes grupos de interés o *stakeholders* que interactúan con ella (Rupley, Brown y Marshall, 2017; Stewart, 2015).

La transparencia, por tanto, trasciende de la necesidad de informar a los socios e inversores sobre los resultados económicos y la situación patrimonial de la compañía y de la mera rendición de cuentas. De hecho, la rendición de cuentas no garantiza la transparencia organizacional pues se pueden rendir cuentas sobre una materia particular, pero no ser transparente en el resto de áreas empresariales. En definitiva, la transparencia, asociada con la calidad de la información (Soumaya, Talbot y Boiral, 2018), se configura como un acto de responsabilidad empresarial donde la organización se somete a evaluación y procede a comunicar sus logros, sus errores y sus planes de mejora.

Así, la actitud y disponibilidad para informar (Marcuello *et al.*, 2007) impactará en la percepción que se tiene sobre su competitividad, innovación y productividad de la empresa (Bravo, Matute y Pina, 2011; Larrán y García-Meca, 2004; Medina *et al.*, 2011), lo que justifica que la transparencia sea integrada entre sus estrategias organizacionales (Montfor y Villagra, 2016) como código de conducta (Marín *et al.*, 2012) pues suele venir acompañada de una mejora de los resultados (Iatridis, 2015; Liang y Renneboog, 2017) y de la reputación corporativa (Hooghiemstra, 2000).

Ahora bien, para conseguir una mayor credibilidad y confianza en la información no financiera que se divulga, se hace necesaria su supervisión. Esta actividad que abarca toda la información que la empresa elabora sobre las actuaciones realizadas en el ámbito social (Simnett, Vanstraelen y Chua, 2009) persigue garantizar que la información divulgada corresponde con la realidad y concuerda con unos estándares previamente establecidos. En este sentido, los informes de verificación, cuyos contenidos e ítems sobre los que se informa son discrecionales (Luo, Lan y Tang, 2012), proporcionan seguridad en la calidad, utilidad, credibilidad y confiabilidad de la información social y medioambiental de las compañías (Kolk y Perego, 2010) y, aunque resultan de interés para los diferentes *stakeholders*, los inversores se configuran como uno de los principales demandantes de la verificación de la información por cuanto toman decisiones con base en ella (Martínez-Ferrero y García-Sánchez, 2017).

En este sentido, la transparencia requiere una garantía de acceso, apertura y visibilidad de la información a los diferentes grupos de interés (Uvalle, 2007). Por esta razón, para asegurar los aspectos anteriores y aumentar la confianza de los diferentes grupos de interés, los Estados y otros organismos reguladores acometen la normalización de la información que debe divulgar la empresa.

En este contexto se enmarca este trabajo, donde tras analizar la regulación de la revelación obligatoria de información no financiera por determinadas empresas y grupos establecida por la Ley 11/2018, por la que se transpone la Directiva 2014/95/UE, se estudia la respuesta de las empresas incluidas en el IBEX 35 a dichos requerimientos informativos. Así, el trabajo se estructura, tras esta introducción, en dos epígrafes dedicados, respectivamente, al análisis del nuevo marco normativo de la información no financiera y el consecuente comportamiento de las empresas del IBEX 35. El trabajo concluye con las conclusiones derivadas del doble estudio realizado.

2. La obligatoriedad de revelar información no financiera en España: el estado de información no financiera

La aprobación de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, sobre información no financiera y diversidad¹ (en adelante, LINF) ha modificado las obligaciones informativas de las grandes empresas desde los ejercicios económicos iniciados desde 1 de enero de 2018, al exigirse una mayor revelación de información de carácter no financiero vinculada con la responsabilidad social corporativa.

A efectos de la identificación de riesgos que mejoren la sostenibilidad y aumenten la confianza de los inversores, los consumidores y la sociedad en general, la LINF establece el marco normativo al que habrá de ajustarse la revelación de información no financiera, incrementando su contenido, transparencia y fiabilidad respecto a lo dispuesto en la regulación anterior². Así, en orden a robustecer la coherencia y la comparabilidad de la información no financiera que divulgan las empresas, la LINF establece la obligatoriedad de un estado de información no financiera (en adelante, EINF) que habrá de contener información relativa, por lo menos, a cuestiones medioambientales y sociales, al personal, al respecto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno. Se trata, por tanto, de un contenido mínimo, que deberá ser completado con «cualquier otra información que sea significativa»³ de forma que sea posible comprender la evolución de la sociedad o del grupo, sus resultados, su situación y el impacto de la actividad realizada, esto es, qué hace la sociedad, cómo lo hace y por qué (Miguel, 2018). A este respecto, adquiere especial importancia el conocer qué ha de entenderse por información no financiera significativa, para

¹ Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (BOE núm. 314, de 28 de diciembre de 2018).

² El precedente de la LINF fue el Real Decreto-Ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (BOE núm. 287, de 25 de noviembre de 2017), que dio lugar a importantes críticas del proceso legislativo aplicado. En primer término, porque la transposición de la Directiva 2014/95/UE de la Comisión Europea se produjo con un retraso de casi un año respecto al periodo del que disponían los Estados miembros para incorporar a su ordenamiento jurídico nacional las disposiciones establecidas en la directiva. De hecho, la urgencia por la transposición fue uno de los argumentos empleados para justificar la utilización de un real decreto-ley en lugar del procedimiento parlamentario ordinario. En segundo lugar, porque el Real Decreto-Ley 18/2017, que se limitó a reproducir el texto de la directiva, preveía la no divulgación de información no financiera relacionada con acontecimientos inminentes o cuestiones que estuvieran siendo objeto de negociación cuando, en opinión debidamente justificada del órgano de administración, la revelación de la información pudiera perjudicar gravemente a la posición comercial del grupo, siempre que dicha omisión no impidiera una comprensión fiel y equilibrada de la evolución, los resultados y la situación del grupo, y del impacto de su actividad.

³ Artículo 49.6 del Código de Comercio, según la modificación incorporada por la LINF.

lo que, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión Europea 2017/C 215/01 sobre directrices sobre presentación de informes no financieros⁴, se habrán de tener presentes no solo el impacto positivo o adverso de la actividad empresarial sino también situaciones concretas y consideraciones sectoriales⁵.

En todo caso, la nueva imposición informativa, que puede ser ejecutada mediante la incorporación de la información no financiera en el informe de gestión o a través de un informe independiente, va acompañada de la exigencia de la aprobación, el depósito y la publicación del nuevo estado de información corporativa junto con las cuentas anuales, lo que sitúa a la información no financiera al mismo nivel de responsabilidad que la información financiera (Lizcano, 2019).

2.1. Los sujetos contables obligados a elaborar el estado de información no financiera

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 49.5 del Código de Comercio, las sociedades que formulen cuentas consolidadas están obligadas a incluir, en el informe de gestión consolidado, el EINF consolidado siempre que se superen determinados requisitos⁶.

⁴ DOUE de 5 de julio de 2017.

⁵ Concretamente, el texto citado, en el apartado 3.1 sobre divulgación de información significativa, señala que:

[...] el impacto de la actividad de una sociedad es un aspecto importante que debe considerarse al divulgar la información no financiera. Ese impacto puede ser positivo o adverso. La divulgación de información significativa debe abarcar ambos de manera clara y equilibrada... La información significativa debe evaluarse en un contexto. Determinada información puede ser relativamente significativa en un contexto pero no en otro. Las cuestiones que deben considerarse para su inclusión en el estado no financiero son específicas de las circunstancias de la sociedad, teniendo en cuenta situaciones concretas y consideraciones sectoriales. Es probable que las sociedades de determinado sector compartan retos ambientales, sociales y de gobernanza similares, por ejemplo debido a los recursos de los que dependan para producir bienes y servicios, o a los efectos que puedan tener en las personas, la sociedad y el medio ambiente. Por lo tanto, puede ser adecuado comparar directamente la divulgación de información no financiera pertinente entre sociedades del mismo sector... Una sociedad valora qué información es significativa sobre la base de su análisis de lo importante que es esa información para comprender su evolución, sus resultados, su situación y su repercusión. Esta evaluación de la importancia relativa significativa debe tener en cuenta factores internos y externos.

⁶ La LINF supone un aumento considerable de las entidades obligadas a revelar información no financiera al ampliar el ámbito de aplicación en relación con el Real Decreto-Ley 18/2017 que limitaba la obligación a las entidades de interés público mientras que, desde la entrada en vigor de la nueva norma, la consideración como entidad de interés público es solo uno de los criterios que pueden determinar la sujeción a las nuevas exigencias informativas. De acuerdo con el artículo 15.1 del Reglamento de la Ley de auditoría de cuentas (modificado por el RD 877/2015, de 2 de octubre), a efectos de la normativa sobre auditoría de cuentas, tienen la condición de entidades de interés público:

Puesto que se prevé una aplicación escalonada de la norma pues, transcurridos tres años desde su entrada en vigor, se extenderá a un mayor número de entidades, la LINF contempla, en consecuencia, dos conjuntos de umbrales:

- Umbrales aplicables para los ejercicios que se inicien a partir de 1 de enero de 2018.
- Umbrales aplicables para los ejercicios que se inicien a partir de 1 de enero de 2021.

La LINF asimismo modifica el articulado del texto refundido de la Ley de sociedades de capital (en adelante, TRLSC) para incluir las novedades relacionadas con el EINF a nivel de grandes empresas dado que, por la carga administrativa adicional que implica esta obligación informativa, en virtud de la Directiva 34/2013/UE, las pymes quedan dispensadas de su cumplimiento. Concretamente, el artículo 262.5 del TRLSC dispone que «se exceptúa de la obligación de incluir información de carácter no financiero, a las sociedades que tienen la calificación de empresas pequeñas y medianas de acuerdo con la Directiva 34/2013». No obstante, considerando una previsible extensión de la obligatoriedad a empresas de menor tamaño, las pymes pueden elaborar este estado informativo como una buena práctica (Lizcano, 2019), sobre todo por las ventajas que se derivan de la revelación de información no financiera (Eccles, Krzus y Watson, 2012).

2.1.1. La elaboración del estado de información no financiera en los ejercicios 2018, 2019 y 2020

De acuerdo con la modificación introducida en el Código de Comercio y en el TRLSC, vienen obligadas a elaborar el EINF las sociedades en las que concurren los dos requisitos que se señalan seguidamente:

a) Las entidades de crédito, las entidades aseguradoras, así como las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores o en el mercado alternativo bursátil pertenecientes al segmento de empresas en expansión; b) Las empresas de servicios de inversión y las instituciones de inversión colectiva que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, tengan como mínimo 5.000 clientes, en el primer caso, o 5.000 partícipes o accionistas, en el segundo caso, y las sociedades gestoras que administren dichas instituciones; c) Los fondos de pensiones que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, tengan como mínimo 10.000 partícipes y las sociedades gestoras que administren dichos fondos; d) Las fundaciones bancarias, las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico; e) Aquellas entidades distintas de las mencionadas en los párrafos anteriores cuyo importe neto de la cifra de negocios y plantilla media durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, sea superior a 2.000.000.000 de euros y a 4.000 empleados, respectivamente; f) Los grupos de sociedades en los que la sociedad dominante sea una de las entidades contempladas en las letras anteriores.

Sin embargo, según determina el apartado 2 del mismo precepto, «las entidades mencionadas en los apartados b), c) y e) perderán la consideración de interés público si dejan de reunir durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, los requisitos establecidos en dichos apartados».

- a) Que el número medio de trabajadores empleados por las sociedades del grupo durante el ejercicio sea superior a 500, y además
- b) Que tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, que, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos⁷, al menos dos de las siguientes circunstancias:
 - 1. Que el total de las partidas del activo consolidado sea superior a 20.000.000 de euros.
 - 2. Que el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada supere los 40.000.000 de euros.
 - 3. Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250.

Si la sociedad deja de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, alguno de los requisitos señalados, cesará en la obligación de elaborar el EINF.

La LINF regula, además, dos situaciones particulares. De un lado, la elaboración del EINF en los dos primeros ejercicios económicos desde la constitución de un grupo de sociedades y, de otro, la dispensa de la obligación para sociedades dependientes incluidas en el informe de gestión consolidado de otra empresa.

En el primer caso, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 49.5 del Código de Comercio:

[...] en los dos primeros ejercicios sociales desde la constitución de un grupo de sociedades, la sociedad dominante estará obligada a elaborar el estado de información no financiera consolidado, incluyendo a todas sus filiales y para todos los países en los que opera, cuando al cierre del primer ejercicio se cumplan, al menos, dos de las tres circunstancias mencionadas en la letra b), siempre que al cierre del ejercicio se cumpla además el requisito previsto en la letra a).

En relación con el término «filiales» del precepto citado, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante ICAC) en la consulta de contabilidad 1 del BOICAC 117, de marzo de 2019 (NFC071317), ha señalado que:

[...] una sociedad española dominante de un grupo que formule cuentas consolidadas deberá incluir en su estado de información no financiera consolidado la in-

⁷ A tenor del apartado 2 de la disposición transitoria de la LINF, «los dos ejercicios consecutivos computables... serán el que se inicie a partir del 1 de enero de 2018 y el inmediato anterior».

formación relativa a todas sus sociedades dependientes con independencia del país en que esté radicado el domicilio social de estas últimas.

Por otra parte, en relación con la dispensa de la obligación de formular el EINF para determinadas sociedades dependientes, el artículo 49.6 del Código de Comercio, según la modificación introducida por la LINF, establece que:

[...] cuando una sociedad dependiente de un grupo sea, a su vez, dominante de un subgrupo, estará exenta de la obligación... si dicha sociedad y sus dependientes están incluidas en el informe de gestión consolidado de otra sociedad en el que se cumple con dicha obligación. Si una entidad se acoge a esta opción, deberá incluir en el informe de gestión una referencia a la identidad de la sociedad dominante y al Registro Mercantil u otra oficina pública donde deben quedar depositadas sus cuentas junto con el informe de gestión consolidado o, en los supuestos de no quedar obligada a depositar sus cuentas en ninguna oficina pública, o de haber optado por la elaboración de un informe separado..., sobre dónde se encuentra disponible o se puede acceder a la información consolidada de la sociedad dominante⁸.

⁸ Sobre la dispensa de presentar el EINF individual, el ICAC en la consulta 1 del BOICAC 117 (NFC071317), antes citada, plantea tres escenarios posibles:

- a) Que la sociedad dominante esté domiciliada en España, en cuyo caso «es claro que la sociedad dependiente solo podrá hacer uso de la dispensa en caso de que se cumplan dos requisitos: 1. Que la información no financiera esté incluida en el informe de gestión consolidado de otra empresa, o en un estado separado... 2. Que en dicho informe de gestión o estado separado se incluya una referencia a la identidad de la sociedad dominante y al Registro Mercantil en el que debe quedar depositado el citado documento».
- b) Que la sociedad dominante esté domiciliada en otro Estado miembro de la Unión Europea, en cuyo caso «cabe concluir que, para poder aplicar la dispensa en España, el estado de información no financiera consolidado de la sociedad dominante domiciliada en otro Estado miembro de la Unión Europea solo debería cumplir con los requisitos de información exigidos en ese Estado miembro, en los estrictos términos regulados en ese país, en transposición de la Directiva. Sin embargo, en el supuesto de que la información adicional exigida en el artículo 49.6 del Código de Comercio, en comparación con la requerida en los artículos 19 bis.1 y 29 bis.1 de la Directiva, no se proporcionase de forma voluntaria en el estado de información no financiera consolidado, la sociedad española vendrá obligada a elaborar en España un estado de información no financiera individual o consolidado, según proceda, en el que se incluya la información complementaria exigida en el artículo 49.6 del Código de Comercio, limitándose en tal caso la dispensa a incorporar la información no financiera estrictamente requerida por los artículos 19 bis.1 y 29 bis.1 de la directiva».
- c) Que la sociedad dominante esté domiciliada en un tercer país, en cuyo caso «nada impide que esa dispensa pudiera ser aplicada por una sociedad española controlada por una sociedad dominante radicada en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, siempre que se publique por esta la información no financiera estrictamente requerida por los artículos 19 bis.1 y 29 bis.1 de la Directiva, y en los términos señalados en el apartado b) anterior».

2.1.2. La elaboración del estado de información no financiera de los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2021

Transcurridos tres años desde la entrada en vigor de la LINF, la obligación de elaborar el EINF consolidado o individual se extiende a todas aquellas sociedades con más de 250 trabajadores que, de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, tengan la consideración de entidades de interés público y no sean calificadas como pymes, o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos una de las circunstancias siguientes:

1. Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros.
2. Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 de euros.

Ahora bien, en el caso en que, durante dos ejercicios consecutivos, las sociedades dejaran de reunir alguno de los requisitos señalados, cesarán en la obligación de elaborar el EINF.

2.2. El contenido del estado de información no financiera

El artículo 49.6 del Código de Comercio, incorporado por la LINF, se dedica íntegramente a delimitar el contenido del EINF, el cual habrá de incluir la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación de la sociedad o grupo de sociedades y el impacto de su actividad en relación con cuestiones medioambientales y sociales, con el respeto de los derechos humanos y con la lucha contra la corrupción y el soborno, así como relativas al personal. La ausencia de un modelo del EINF en la normativa mercantil posibilita que la entidad obligada a revelar información de carácter no financiero puede emplear diferentes fórmulas para su presentación, si bien es absolutamente imprescindible, como apunta el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (en adelante, ICJCE) (2019), que:

En cuanto a la obligación que tiene una sociedad española de presentar el EINF consolidado cuando es dependiente de una dominante y, simultáneamente, es dominante de un subgrupo, el ICAC, en la consulta citada, afirma que:

[...] la dispensa sería aplicable tanto si la sociedad dominante que elabora el estado de información no financiera consolidado es española, como si está domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europea o en un tercer país... En todo caso, se recuerda que si el grupo español estuviese dispensado de formular cuentas consolidadas, por cualquiera de los motivos de dispensa regulados en el Código de Comercio, la obligación de requerimiento informativo, a nivel consolidado, se vincula a la previa formulación de cuentas anuales consolidadas. No obstante, la sociedad dominante española seguirá estando obligada a elaborar el estado de información no financiera individual, salvo que a su vez pudiese aplicar la dispensa regulada en el artículo 262.5 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital...

[...] el EINF y sus contenidos estén perfectamente identificados y sean trazables, para que la entidad, sus auditores y el verificador independiente, puedan acreditar y evidenciar el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades frente a los accionistas responsables de la aprobación del citado estado... y usuarios de la información, así como para facilitar el entendimiento de los citados usuarios de dicha información.

Así, el EINF contendrá una breve descripción del modelo de negocio de la sociedad o del grupo, mostrando su entorno empresarial, organización y estructura, los mercados en los que se opera, sus objetivos y estrategias, y los principales factores y tendencias que pueden afectar a su futura evolución.

Además, se incorporará una descripción de las políticas adoptadas respecto a las cuestiones antes señaladas, detallándose los procedimientos de diligencia debida aplicados en la identificación, prevención y atenuación de riesgos e impactos significativos y de verificación y control, incluyendo las medidas que se han acometido⁹. Las políticas irán acompañadas de sus resultados, añadiéndose indicadores clave de resultados no financieros que, por un lado, permitan el seguimiento y la evaluación de los progresos y, por otro, favorezcan la comparabilidad entre sociedades y sectores según los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia empleados para cada materia.

Por otra parte, el EINF contemplará los principales riesgos e impactos ligados con las cuestiones antes apuntadas y vinculados a las actividades empresariales¹⁰, especificando los procesos empleados para su detección y evaluación según los marcos de referencia para cada materia. En relación con los impactos detectados, se facilitará su desglose informando sobre los principales riesgos a corto, medio y largo plazo.

Finalmente, en el EINF se especificarán los indicadores clave de resultados no financieros empleados, los cuales habrán de cumplir los siguientes requisitos:

- Que sean adecuados a la actividad empresarial de la sociedad o del grupo.
- Que cumplan con los criterios de comparabilidad, materialidad, relevancia y fiabilidad.
- Que sean útiles, teniendo en cuenta las circunstancias específicas.
- Que sean coherentes con los parámetros utilizados en los procedimientos internos de gestión y evaluación de riesgos.

⁹ Según se indica en el párrafo octavo de la sección I del preámbulo de la LINF, «se entiende por procedimientos de diligencia debida las actuaciones realizadas para identificar y evaluar los riesgos, así como para su verificación y control, incluyendo la adopción de medidas».

¹⁰ El artículo 49.6 del Código de Comercio contempla entre las actividades de la sociedad o del grupo «las relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos».

A tal efecto, la sociedad o el grupo, en aras de facilitar la comparación de la información, tanto en el tiempo como entre entidades, utilizarán especialmente estándares reconocidos por la Comisión Europea para preparar la información no financiera, especificándose el marco nacional, europeo o internacional utilizado para cada materia sobre la que se informa en el EINF¹¹, si bien la misma LINF prevé que «el Gobierno podrá establecer por vía reglamentaria, respetando los principios recogidos en esta ley, indicadores clave para cada materia del estado de información no financiera».

En cualquier caso, el artículo 49.6 del Código de Comercio detalla qué aspectos tienen la consideración de información significativa en relación con las cuestiones medioambientales, sociales y relativas al personal, el respeto de los derechos humanos, la lucha contra la corrupción y el soborno y la sociedad, a los que, en su caso, habrá que añadir referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales. Además, la relación prevista en este precepto se completará con cualquier otra información necesaria a los efectos de que el EINF proporcione una imagen completa de la sociedad en el año a que se refiere dicho documento.

Siguiendo el principio de cumplir o explicar¹², en el supuesto de que la sociedad o el grupo no aplicaran ninguna política en algunas de las materias citadas, en el EINF se ofrecerá una

¹¹ Al respecto, en el párrafo décimo de la sección I del preámbulo de la LINF se señala que:

[...] las empresas obligadas deben basarse en marcos nacionales, marcos de la Unión Europea, pudiendo utilizarse el Sistema de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) adaptado a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto 239/2013, de 5 de abril, o en marcos internacionales tales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, el Acuerdo de París sobre cambio climático, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que ponen en práctica el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», las Líneas Directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales, la norma (ISO) 26000 de la Organización Internacional de Normalización, la norma (SA) 8000 de la Responsabilidad Social Internacional, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo, la Iniciativa Mundial de Presentación de Informe de Sostenibilidad del GRI (*GRI Sustainability Reporting Standards*), u otros marcos internacionales reconocidos.

Al respecto, Lizcano (2019) señala:

[...] si bien nos parece razonable en este punto la mención recordatorio al marco de las directrices de la Comisión Europea como referencia a la hora de utilizar estándares de indicadores clave no financieros, no nos parece adecuado, por el contrario, que se coloque a su mismo nivel y por encima de otros marcos de referencia al Global Reporting Initiative (GRI), cuando, además, en el preámbulo de la ley son citados otros de la misma relevancia o mayor, tanto a nivel nacional como internacional... no obstante, el texto de la ley no es excluyente de otros marcos de referencia que puedan ser utilizados para la elaboración de los indicadores clave no financieros siempre que cumplan a su vez con las Directrices y el GRI citados.

¹² Este principio, con fuerte raigambre en el contexto del gobierno corporativo (Chivite y Rodríguez, 2009), se introdujo en España a raíz del Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y

explicación clara y motivada al respecto. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en el Real Decreto-Ley 18/2017, no podrá omitirse la información relativa a acontecimientos inminentes o cuestiones que estaban siendo objeto de negociación cuando, según la opinión debidamente justificada del órgano de administración, la divulgación de la misma pudiera perjudicar gravemente a la posición comercial de la sociedad o del grupo¹³.

2.2.1. La información medioambiental a incluir en el estado de información no financiera

El EINF incorporará información relativa a la prevención de la contaminación, la reducción de emisiones, la gestión de residuos, el uso sostenible de recursos, el cambio climático y la protección de la biodiversidad. La sociedad o el grupo habrán de identificar los riesgos medioambientales que se derivan de su actividad empresarial y de sus relaciones comerciales con terceros, indicando las medidas adoptadas así como los controles y procedimientos necesarios para prevenir, mitigar o atenuar sus efectos adversos. Los aspectos medioambientales pueden tener un elevado impacto potencial sobre la situación y el desempeño financiero de la entidad, así como en otras dimensiones como la reputación corporativa, la sostenibilidad, los compromisos adquiridos con la entidad o con los grupos de interés, etc. (CNMV, 2013). En este sentido, el artículo 49.6 del Código de Comercio exige que el EINF incluya «información detallada sobre los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente y en su caso, la salud y la seguridad, los procedimientos de evaluación o certificación ambiental; los recursos dedicados a la prevención de riesgos medioambientales; la aplicación del principio de precaución, la cantidad de provisiones y garantías para riesgos ambientales», estableciendo además que se detallen los aspectos incluidos en la tabla 1.

Tabla 1. Información medioambiental en el EINF

Ámbito	Aspectos a detallar
Contaminación (1)	Medidas para prevenir, reducir o reparar las emisiones de carbono que afecten gravemente al medio ambiente



seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (Informe Aldama), alcanzando trascendencia jurídica con la Ley 26/2003, de 17 de julio, cuyo propósito era reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

¹³ El Real Decreto-Ley 18/2017 condicionaba la omisión de la información señalada a que no impidiese una comprensión fiel y equilibrada de la evolución, los resultados y la situación de la sociedad o del grupo, y del impacto de su actividad.



Ámbito	Aspectos a detallar
	►
Economía circular y prevención y gestión de residuos	• Medidas de prevención, reciclaje, reutilización, otras formas de recuperación y eliminación de desechos • Acciones para combatir el desperdicio de alimentos
Uso sostenible de los recursos	• Consumo de agua y suministro de agua de acuerdo con las limitaciones locales • Consumo de materias primas y medidas adoptadas para mejorar la eficiencia de su uso • Consumo, directo e indirecto, de energía así como medidas tomadas para mejorar la eficiencia energética y el uso de energías renovables
Cambio climático	• Elementos importantes de las emisiones de gases de efecto invernadero generados como resultado de las actividades de la empresa, incluido el uso de los bienes y servicios que produce • Medidas tomadas para la adaptación a las consecuencias del cambio climático • Metas de reducción establecidas voluntariamente a medio y largo plazo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y medios implementados para tal fin
Protección de la biodiversidad	• Medidas adoptadas para preservar o restaurar la biodiversidad • Impactos causados por las actividades u operaciones en áreas protegidas
(1) Se tendrá en cuenta cualquier forma de contaminación atmosférica específica de la actividad empresarial, incluido el ruido y la contaminación lumínica.	
Fuente: artículo 49.6 del Código de Comercio.	

2.2.2. La información sobre cuestiones sociales y relativas al personal a incluir en el estado de información no financiera

En relación con los aspectos sociales y relativos al personal:

[...] la información facilitada en el estado puede hacer referencia a las medidas adoptadas para garantizar la igualdad de género, la aplicación de convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, las condiciones de trabajo, el diálogo social, el respeto del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados, el respeto de los derechos sindicales, la salud y seguridad en el lugar de trabajo y el diálogo con las comunidades locales y las medidas adoptadas para garantizar la protección y el desarrollo de esas comunidades¹⁴.

¹⁴ Párrafo quinto de la sección I del preámbulo de la LINF.

Puesto que los riesgos e incertidumbres vinculados con el reclutamiento, la gestión y la retención del personal pueden impactar de forma relevante en el rendimiento actual y futuro de la entidad (CNMV, 2013), a tenor del artículo 49.6 del Código de Comercio el EINF detallará la información contenida en la tabla 2.

Tabla 2. Información sobre cuestiones sociales y el personal en el EINF

Ámbito	Aspectos a detallar
Empleo	• Número total y distribución de empleados por sexo, edad, país y clasificación profesional • Número total y distribución de modalidades de contrato de trabajo, promedio anual de contratos indefinidos, de contratos temporales y de contratos a tiempo parcial por sexo, edad y clasificación profesional • Número de despidos por sexo, edad y clasificación profesional • Remuneraciones medias y su evolución, desagregados por sexo, edad y clasificación profesional o igual valor; brecha salarial, remuneración de puestos de trabajo iguales o de media de la sociedad; remuneración media de consejeros y directivos, incluyendo la retribución variable, dietas, indemnizaciones, el pago a sistemas de previsión de ahorro a largo plazo y cualquier otra percepción desagregada por sexo; implantación de políticas de desconexión laboral; empleados con discapacidad
Organización del trabajo	• Organización del tiempo de trabajo • Número de horas de absentismo • Medidas destinadas a facilitar el disfrute de la conciliación y fomentar el ejercicio corresponsable de estos por parte de ambos progenitores
Salud y seguridad	• Condiciones de salud y seguridad en el trabajo • Accidentes de trabajo, en particular su frecuencia y gravedad, desagregados por sexo • Enfermedades profesionales, desagregadas por sexo
Relaciones sociales	• Organización del diálogo social, incluidos los procedimientos para informar y consultar al personal y negociar con ellos • Porcentaje de empleados cubiertos por convenio colectivo, por país • Balance de los convenios colectivos, particularmente en el campo de la salud y la seguridad en el trabajo



Ámbito	Aspectos a detallar
►	
Formación	• Políticas implementadas en el campo de la formación • Horas de formación por categorías profesionales
Igualdad	• Medidas adoptadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres • Planes de igualdad (1), medidas tomadas para promover el empleo, protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo, la integración y la accesibilidad universal de personas con discapacidad • Política contra todo tipo de discriminación y, en su caso, gestión de la diversidad

(1) Según lo dispuesto en el capítulo III de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Fuente: artículo 49.6 del Código de Comercio.

2.2.3. La información sobre el respeto de los derechos humanos a incluir en el estado de información no financiera

En relación con los derechos humanos, el EINF «podría incluir información sobre la prevención de las violaciones de los derechos humanos y en su caso, sobre las medidas para mitigar, gestionar y reparar los posibles abusos cometidos»¹⁵. Concretamente, de acuerdo con el artículo 49.6 del Código de Comercio, el EINF incorporará la siguiente información:

- Aplicación de procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos.
- Prevención de los riesgos de vulneración de derechos humanos y, en su caso, medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos cometidos.
- Denuncias por casos de vulneración de derechos humanos.
- Promoción y cumplimiento de las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo relacionadas con el respeto por la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil.

¹⁵ Párrafo sexto de la sección I del preámbulo de la LINF.

2.2.4. La información relativa a la lucha contra la corrupción y el soborno a incluir en el estado de información no financiera

En el EINF, según dispone el artículo 49.6 del Código de Comercio, se informará sobre las medidas adoptadas para prevenir la corrupción y el soborno así como sobre aquellas que se han tomado para luchar contra el blanqueo de capitales. Además, se detallarán las aportaciones realizadas a fundaciones y entidades sin ánimo de lucro.

2.2.5. La información sobre la sociedad a incluir en el estado de información no financiera

El último bloque de información a incluir en el EINF se refiere a la sociedad, donde la empresa facilitará la información significativa relativa a los aspectos reseñados en la tabla 3.

Tabla 3. Información relativa a la sociedad en el EINF

Ámbito	Aspectos a detallar
Compromisos con el desarrollo sostenible	• Impacto de la actividad social en el empleo y el desarrollo local • Impacto de la actividad social en las poblaciones locales y en el territorio • Relaciones mantenidas con los actores de las comunidades locales y las modalidades de diálogo con estos • Acciones de asociación o patrocinio
Subcontratación y proveedores	• Inclusión en la política de compras de cuestiones sociales, de igualdad de género y ambientales • Consideración en las relaciones con proveedores y subcontratistas de su responsabilidad social y ambiental • Sistemas de supervisión y auditorías y resultados de las mismas
Consumidores	• Medidas para la salud y la seguridad de los consumidores • Sistemas de reclamación, quejas recibidas y resolución de las mismas
Información fiscal	• Beneficios obtenidos país por país • Impuestos sobre beneficios pagados • Subvenciones públicas recibidas

Fuente: artículo 49.6 del Código de Comercio.

2.3. Las modalidades del estado de información no financiera

Las sociedades, a efectos de cumplir con la obligación de hacer pública la información de carácter no financiero, cuentan con dos posibles formas de actuación. La primera de ellas consiste en la incorporación del EINF en el informe de gestión, ya sea individual o consolidado. No obstante, a tenor del artículo 49.7 del Código de Comercio, también se podrá elaborar un informe separado de información no financiera¹⁶. De optarse por esta segunda modalidad, deberán observarse cada uno de los siguientes aspectos:

- El informe deberá corresponder al mismo ejercicio económico que el informe de gestión, indicándose de manera expresa que la información que contiene forma parte del informe de gestión.
- El contenido del informe se ajustará a la información que se exige para dicho estado.
- El informe se someterá a los mismos criterios de aprobación, depósito y publicación que el informe de gestión.

Resulta, por tanto, evidente que la única diferencia entre ambas modalidades del EINF es que el mismo forme parte del informe de gestión o se presente como un estado independiente al margen de aquel pues, cualquiera que sea el formato elegido, se someterán a los mismos requisitos de aprobación, publicación y depósito¹⁷.

2.4. La responsabilidad de la formulación del estado de información no financiera

La LINF tiene un importante impacto en las responsabilidades atribuidas a los administradores de la sociedad o del grupo obligado a elaborar el EINF en la medida en que a ellos se les atribuye el deber de su formulación, disponiendo del mismo plazo con el que

¹⁶ En el mismo sentido se pronuncia el artículo 262.5 del TRLSC cuando dispone que «las sociedades de capital deberán incluir en el informe de gestión un estado de información no financiera o elaborar un informe separado con el mismo contenido que el previsto para las cuentas consolidadas... aunque referido exclusivamente a la sociedad en cuestión».

¹⁷ Al respecto, Lizcano (2019) señala que las posibilidades previstas en la LINF son «una mera cuestión estética de meterlo o no dentro del informe de gestión». Resalta que la cuestión primordial es si otros documentos como las memorias de sostenibilidad o de responsabilidad social corporativa podrían servir para cumplir con la obligación impuesta por la LINF, concluyendo que «siendo la respuesta a nuestro entender que sí, siempre y cuando pasaran a ser consideradas expresamente parte del Informe de Gestión y fueran aceptadas como tal por el organismo supervisor oficial, una vez se compruebe cumplen con todos los requisitos de esta ley».

cuentan para confeccionar las cuentas anuales. De hecho, el artículo 253.1 del TRLSC en su nueva redacción dispone que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera...».

El cometido de formular el EINF por parte de los administradores, sin posible delegación formal¹⁸, permite apreciar la relevancia que tiene para el legislador el que estos comuniquen la información no financiera a la sociedad, los socios y terceros interesados, siendo responsables de su veracidad al exigirse la firma de todos ellos¹⁹.

2.5. La verificación del estado de información no financiera

Aunque la Directiva 2013/34/UE no exige la verificación del EINF²⁰, en cumplimiento del artículo 49.6 del Código de Comercio, «la información incluida en el estado de información financiera será verificada por un prestador independiente de servicios de verificación». Esta exigencia también se extiende a las sociedades obligadas a elaborar el EINF a título individual²¹.

La verificación independiente del EINF, que consiste en la emisión por parte de un profesional de un informe relativo a la preparación de dicho estado informativo, en todos los aspectos significativos, respecto a los contenidos establecidos en la Ley 11/2018 y siguiendo

¹⁸ En este sentido se pronuncia el apartado j) del artículo 529 ter del TRLSC, incorporado por la LINF, sobre facultades indelegables del consejo de administración de las sociedades cotizadas, cuando establece que no se podrá delegar «la supervisión del proceso de elaboración y presentación de la información financiera y del informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, la información no financiera preceptiva, y presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración, dirigidas a salvaguardar su integridad».

¹⁹ Concretamente, el artículo 44.6 del Código de Comercio establece que:

[...] las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera consolidado, serán firmados por todos los administradores de la sociedad obligada a formularlos, que responderán de la veracidad de los mismos. Si faltara la firma de alguno de ellos, se señalará en los documentos en que falte, con expresa mención de la causa.

En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 253.2 del TRLSC.

²⁰ De hecho, el artículo 19 bis.6 de la Directiva 2013/34/UE establece que «los Estados miembros podrán exigir que la información contenida en el estado no financiero... sea verificada por un prestador independiente de servicios de verificación».

²¹ En opinión del ICAC, dada a conocer en la consulta de contabilidad 1 del BOICAC 117, de marzo de 2019 (NFC071317), «las sociedades individuales a las que se refiere el artículo 262.5 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital están obligadas a la verificación prevista en el artículo 49.6 del Código de Comercio».

los criterios de los estándares seleccionados por los responsables de su formulación, persigue obtener evidencias de que el estado formulado está libre de cualquier error relevante, aportando fiabilidad a la información divulgada. Sin embargo, la LINF, pese a establecer la obligatoriedad de dicha actuación, no establece requisitos específicos para el proceso de verificación. Por ello, con la intención de homogeneizar la actuación de los prestadores independientes de servicios de verificación, el ICJCE (2019) publicó la *Guía de actuación sobre encargos de verificación del Estado de Información No Financiera*, donde se señala que la verificación requiere la ejecución de los siguientes procedimientos:

- La adecuación de los criterios aplicables²².
- La aplicación de los mismos de modo uniforme.
- El proceso de elaboración de los contenidos del EINF.
- La integridad de dicha información, tanto considerando los contenidos requeridos por la normativa vigente como el análisis de materialidad realizado por la entidad.
- Su adecuada presentación y desglose, de acuerdo con la normativa vigente.

Esta actuación incrementará la confianza de los grupos de interés en la información no financiera divulgada por la empresa y, por otra parte, supondrá un aumento de la seguridad jurídica de los administradores. Sin embargo, el mecanismo previsto en la LINF para velar por la veracidad de la información no financiera ha recibido numerosas críticas. De hecho, se ha argumentado que la ausencia de una estandarización para la correcta medición y comparación de la información no financiera puede provocar efectos contrarios a los perseguidos por la propia directiva tendentes a aumentar la confianza en ese tipo de información²³.

²² Al respecto, el ICJCE (2019) considera que los criterios aplicables se consideran adecuados cuando reúnen las características de relevancia (materialidad), integridad (exhaustividad), fiabilidad, neutralidad y comprensibilidad.

²³ Al respecto, Lizcano (2019) en relación con la verificación independiente de la información no financiera apunta que:

[...] esta novedad es de gran importancia en tanto en cuanto trasciende con creces de lo recogido por la directiva y contrasta con la limitación de la propia ley a la acción de la auditoría, de mera comprobación de que la información no financiera se encuentra incluida en el informe de gestión, o en su caso, en el informe separado... Si bien nos parece razonable que se intente velar por la veracidad de la información no financiera... nos parece inadecuada la vía escogida para intentar resolverlo. En una materia en la que está por desarrollar una mínima y necesaria estandarización de la información para su correcta medición y comparación, resulta aventurado confiar en una verificación libre, no estandarizada, sin una metodología contrastada y con evidentes problemas de fiabilidad. Se abre la puerta así a una actividad profesional, de una manera un tanto descontrolada sin los mínimos filtros de calidad requeridos. Se dará la situación de contar con una información no financiera verificada por un prestador independiente, no reconocido ni supervisado por entidad alguna, junto con la simple comprobación de la existencia

Como consecuencia de la diferente condición de los datos y la madurez de los estándares que las empresas utilicen para la preparación del EINF, el ICJCE (2019) considera que el informe de verificación puede presentar dos tipos diferentes de conclusión:

- Aseguramiento razonable o seguridad positiva.
- Aseguramiento limitado o seguridad limitada.

En el primer caso, el objeto del trabajo consiste en reducir el riesgo hasta un nivel aceptable que permita al profesional emitir su conclusión en términos de seguridad positiva. En cambio, en el aseguramiento limitado, la reducción del riesgo se produce hasta un nivel aceptable que permita al profesional emitir su conclusión en términos de seguridad negativa. Consecuentemente, el nivel de profundidad de un trabajo de aseguramiento razonable es sustancialmente mayor que el que se lleva a cabo en los trabajos de aseguramiento limitado.

Según el ICJCE (2019), el alcance del informe de verificación se explica porque, dada la naturaleza de la información incluida en el EINF actualmente, no siempre se dan las circunstancias que permitirían emitir informes de seguridad razonable o positiva sobre dicho estado informativo en su conjunto²⁴.

Una vez finalizado el trabajo de verificación, la conclusión del profesional se comunicará a la entidad y a los usuarios potenciales a través de un informe escrito y se expresará, atendiendo al alcance de aseguramiento limitado, en términos de seguridad negativa. Al respecto, se pueden presentar cuatro tipos diferentes de conclusión:

- a) Conclusión no modificada o favorable, cuando las evidencias obtenidas soportan la emisión de una conclusión sin salvedades.
- b) Conclusión con salvedades como consecuencia de:
 - Incorrecciones materiales en la información objeto del encargo por criterios inadecuados para la materia, o aplicados incorrectamente, o información omitida u errónea.

del informe por parte de un auditor cualificado. Las Juntas de Accionistas tendrían delante dos niveles de calidad de informes, lo que a la postre devaluará la información no financiera respecto a la financiera, exactamente lo contrario del objetivo perseguido por la Directiva.

²⁴ Como apunta el ICJCE (2019), ese tipo de aseguramiento solo sería posible cuando los contenidos del EINF:

- Formen parte del proceso de gestión real y efectivo de la organización.
- Sean medibles y trazables a lo largo del tiempo mediante sistemas maduros de recopilación de la información.
- Se encuentren sometidos a control interno, supervisión y seguimiento sistematizados en cuanto a su análisis y control.

- Limitaciones en el alcance que impidan al profesional desarrollar los procedimientos planificados.
- c) Conclusión desfavorable o adversa, cuando el EINF contiene incorrecciones muy significativas por criterios inadecuados para la materia o aplicados incorrectamente o porque se presenta con omisiones muy relevantes o porque el sesgo de la información sobre la materia es material y generalizado.
- d) Conclusión denegada, cuando las limitaciones al alcance sean tan relevantes que, en opinión del profesional, no permitan obtener las evidencias suficientes para soportar una conclusión sobre el EINF en su conjunto.

Otra cuestión controvertida de la verificación del EINF es quién ostenta la condición de «prestador independiente de servicios de verificación», pues la LINF no establece qué características deben reunir las personas físicas o jurídicas para su reconocimiento como prestador independiente de servicios de verificación²⁵. Así, preguntado el ICAC sobre si el auditor de la entidad puede actuar como verificador, se responde que dicha actuación podrá ser realizada por el auditor de cuentas u otras personas con características o conocimientos adecuados para ejercer tal función²⁶. En el caso de que el propio auditor de cuentas de la

²⁵ Al respecto, Lizcano *et al.* (2019, p. 17) apuntan que:

[...] esta figura del prestador independiente de servicios de verificación ha generado cierta inseguridad y controversia. Hay opiniones encontradas al respecto:

- Por un lado, está la visión más convencional, que desea depositar la confianza en el auditor de cuentas. Argumentos a favor de esta visión son, por ejemplo, el hecho de que el sistema de control interno y los registros documentales corporativos que se utilizan para la formulación de las cuentas anuales pueden estar armonizados con esos otros sistemas y registros de la información sobre sostenibilidad, aspecto que sería en todo caso deseable. Sin olvidar por supuesto que la nueva ley dota al EINF de una cierta «categoría» o «prioridad» dentro de los documentos mercantiles clásicos al destinarse al Depósito de Cuentas del Registro y tener que venir firmado por los administradores de la sociedad responsable, lo que hace también aconsejable exigir un nivel de verificación de calidad, para el que la profesión de auditor de cuentas, por su tradición y por el acervo de normativa técnica disponible del que dispone, parecería idónea.
- Por otro lado está la visión quizás más flexible e innovadora, que se basa precisamente en lo impreciso de la norma, para argumentar que debe abrirse este nuevo mercado a diferentes profesionales ajenos a la auditoría de cuentas. Por ejemplo, los expertos contables. Máxime cuando la naturaleza de la información a reportar integra los datos financieros con otros de naturaleza social y ambiental, y en cuya elaboración (por ende, también verificación) podrían participar equipos de carácter multidisciplinar, como ya ocurre en los ámbitos de la auditoría ambiental, de calidad, de cumplimiento de estándares voluntarios (normas ISO, EMAS, OIT), la auditoría de sistemas informáticos y otros procesos de *assurance*.

²⁶ En concreto, la consulta de auditoría 1 del BOICAC 117, de marzo de 2019 (NFC071427) concluye que:

[...] en la actualidad no se encuentran reguladas las condiciones que deben reunir quienes realicen la verificación del estado de información no financiera a que se refiere el artículo 49.6 del

entidad actúe como verificador del EINF, en opinión del ICAC, la independencia del auditor no se verá comprometida en ningún momento cuando en los honorarios por este servicio se tengan presentes los límites establecidos en la Ley de auditoría de cuentas²⁷.

2.6. El papel del auditor en relación con el estado de información no financiera

La responsabilidad del auditor de cuentas de la entidad en relación con el EINF, a tenor del artículo 35 de la Ley de auditoría de cuentas modificado por la LINF, se limita a la comprobación únicamente de «que el citado estado de información no financiera se encuentre incluido en el informe de gestión o, en su caso, se haya incorporado en este la referencia correspondiente al informe separado... En el caso de que no fuera así, lo indicará en el informe de auditoría»²⁸. En consecuencia, no aplicará ninguna otra medida o procedimiento de revisión a efectos de evaluar y dictaminar si existe alguna incongruencia o incorrección en la información no financiera²⁹.

Siguiendo la opinión manifestada por el ICAC en la consulta de auditoría 2 del BOICAC 113, de marzo de 2018 (NFC068408), sobre la información contenida en el informe de gestión, se pueden diferenciar dos tipos de alcance en la revisión y en la responsabilidad del auditor. En primer lugar, en relación con la información incluida hasta ahora en dicho do-

Código de Comercio, por lo que, hasta tanto se apruebe la regulación específica de los distintos aspectos de dicha verificación, esta podrá realizarse por el auditor de cuentas u otras personas con características o conocimientos adecuados para ejercer tal función.

²⁷ El ICAC en la consulta de auditoría 1 antes citada señala que:

[...] desde la perspectiva de la normativa reguladora de la actividad de la auditoría de cuentas (régimen de independencia) no parece existir, en principio, impedimento para que el auditor de las cuentas efectuase la verificación del estado de información no financiera, puesto que la información contenida en dicho estado consistiría en información semejante a la ya incluida en el informe de gestión, cuya verificación ya realiza el propio auditor en la auditoría de las cuentas anuales, sin que se considere que su independencia se vea afectada. Por tanto, desde esta perspectiva, la citada verificación del estado de información no financiera, en principio, no afectaría por sí misma a la independencia del auditor de las cuentas anuales, sin perjuicio de que los honorarios percibidos por tal servicio de revisión deban tenerse en cuenta a los efectos de observar los límites establecidos en los artículos 25 y 41 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

²⁸ En el mismo sentido se pronunció el ICAC en la consulta de auditoría 2 del BOICAC 113, de marzo de 2018 (NFC068408), en relación con la labor del auditor respecto de la información no financiera incorporada en el informe de gestión de acuerdo con el Real Decreto-Ley 18/2017, de 24 de noviembre.

²⁹ La limitación de la labor del auditor de cuentas en relación con la información no financiera está en línea con el artículo 19 bis.5 de la Directiva 2013/34/UE que establece que «los Estados miembros velarán por que el auditor o la sociedad de auditoría compruebe si se ha facilitado el estado no financiero...».

cumento, el auditor tendrá que verificar y dictaminar sobre la concordancia o no del mismo con las cuentas correspondientes al mismo ejercicio. Además, deberá pronunciarse sobre la conformidad del contenido y presentación del informe de gestión con la normativa que resulte de aplicación, indicando, en su caso, las incorrecciones materiales que se hubiesen detectado en el informe de auditoría. Por su parte, sobre la información no financiera, el auditor se limitará exclusivamente a comprobar que dicha información se ha incorporado en el informe de gestión o figura en informe separado.

2.7. La aprobación del estado de información no financiera

De acuerdo con el artículo 49.6 del Código de Comercio, «será de obligado cumplimiento que el informe sobre la información no financiera deba ser presentado como punto separado del orden del día para su aprobación en la junta general de accionistas de las sociedades». En consecuencia, aunque el EINF se haya incorporado en el informe de gestión, en la convocatoria de la junta donde se aprobarán las cuentas anuales y el informe de gestión, no es suficiente la inclusión de un punto referido al informe de gestión, sino que la aprobación del EINF deberá figurar como punto independiente del orden del día.

2.8. La divulgación del estado de información no financiera

Señala el artículo 279.1 del TRLSC, en su nueva redacción según la LINF, que «dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, los administradores de la sociedad, presentarán, para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social... el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera...». En consecuencia, una vez realizado el depósito de las cuentas anuales, cualquier persona podrá obtener información de los documentos depositados, incluido el EINF.

Sin embargo, la LINF, para incrementar la transparencia y la accesibilidad a este tipo de información a los diferentes grupos de interés de la sociedad, establece unos requisitos adicionales de publicidad. Así, en el apartado 9 del artículo 49 del Código de Comercio, añadido por la LINF, se establece que el EINF «se pondrá a disposición del público de forma gratuita y será fácilmente accesible en el sitio web de la sociedad dentro de los seis meses posteriores a la fecha de finalización del año financiero y por un periodo de cinco años». Junto a la obligación de divulgación en la web corporativa, la LINF ofrece la posibilidad de revelar dicha información en el Portal de la Responsabilidad Social del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social³⁰.

³⁰ Concretamente, el nuevo artículo 49.7 del Código de Comercio establece que «las sociedades podrán publicar en el Portal de la Responsabilidad Social del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social la información no financiera contenida en el informe de gestión».

Finalmente, se podrá tener conocimiento sobre la calidad de la relevancia, la neutralidad, la materialidad, la integridad, el contexto de sostenibilidad, la precisión, la claridad, la comparabilidad y la fiabilidad de la información divulgada en el EINF porque la LINF atribuye al Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE) la obligación de elaborar anualmente un informe que abarque los aspectos citados que, además, deberá ser presentado con carácter anual en el Senado³¹.

3. El comportamiento de las empresas del Ibex 35 ante los requerimientos informativos introducidos por la Ley 11/2018

A efectos de analizar cuál ha sido la respuesta de las empresas y los grupos españoles ante las nuevas exigencias de revelación de información no financiera, se ha llevado a cabo un estudio basado en las empresas incluidas en el Ibex 35. Concretamente, se han consultado los EINF formulados por dichas empresas y, especialmente, el informe de verificación de dicho estado al considerar que se trata de una herramienta que favorece la transparencia y otorga rigor al proceso de preparación del EINF así como a la propia información divulgada. En este sentido, se ha llevado a cabo un estudio de carácter cualitativo, examinando los siguientes aspectos:

- Modalidad de cumplimiento con el EINF.
- Identidad del tercero encargado de la verificación.
- Estándares empleados en la elaboración de la información no financiera revelada.
- Conclusión del informe de verificación.
- Divulgación del EINF y su informe de verificación.

3.1. Los sujetos contables analizados

De las 35 empresas integrantes del Ibex 35 a comienzos de 2019, en el estudio realizado, como se muestra en la tabla 4, tan solo se han considerado 32 entidades. Concretamente, dos empresas no estaban obligadas a formular el EINF del ejercicio 2018 por contar con un número de trabajadores inferior al establecido en la LINF. En cuanto a la tercera empresa, su ejercicio económico concluyó el 30 de septiembre de 2018, fecha anterior a la entrada en vigor de la LINF, y consecuentemente será el ejercicio iniciado el 1 de octubre de 2018 el primer periodo en que deba formular el EINF.

³¹ Disposición adicional primera de la LINF.



Tabla 4. Sujetos contables considerados

Acciona, SA
Acerinox, SA
Actividades de Construcción y Servicios, SA (ACS, SA)
AENA SME, SA
Amadeus IT Group, SA
Arcelormittal, SA
Banco de Sabadell, SA
Banco de Santander, SA
Bankia, SA
Bankinter, SA
BBVA, SA
CaixaBank, SA
Cellnex, SA
Cie Automotive, SA
Enagás, SA
Ence, SA
Endesa, SA
Ferrovial, SA
Grifols, SA
International Consolidated Airlines Group, SA (IAG, SA)
Iberdrola, SA
Inditex, SA
Indra, SA





Inmobiliaria Colonial Socimi, SA (1)

Mapfre, SA

Mediaset, SA

Meliá Hotels International, SA

Merlin Properties Socimi, SA (1)

Naturgy, SA

Red Eléctrica Corporación, SA

Repsol, SA

Siemens Gamesa Renewable Energy, SA (2)

Técnicas Reunidas, SA

Telefónica, SA

Viscofan, SA

(1) No obligada a formular el EINF por contar con un número de trabajadores inferior a 500.

(2) No formula el EINF por haber cerrado el ejercicio económico antes de la entrada en vigor de la LINF.

Fuente: elaboración propia.

3.2. La modalidad de cumplimiento con el estado de información no financiera

La normativa mercantil vigente, como se ha comentado, permite que el EINF sea formulado en un documento separado del informe de gestión, siempre que, en dicho documento, se indique expresamente que forma parte integrante del informe de gestión, o como una parte integrante explícita del propio informe de gestión. Al respecto, mientras que la mayoría de las empresas analizadas incorporan el EINF en el Informe de gestión consolidado (26 entidades), solo el 18,75 % de las sociedades del Ibex 35 emplea la modalidad de documento independiente.

Por otra parte, la extensión del EINF es variable, siendo el número medio de páginas dedicadas a la información no financiera requerida por la Ley 11/2018 de 88. En cuanto a las cuestiones sobre las que ha de informarse en el EINF, en una amplia mayoría de las empresas, se encuentran dispersas a lo largo del contenido del informe de gestión. Esta situa-

ción, que dificulta el acceso a la información que obligatoriamente debe revelar la empresa, es probablemente consecuencia de determinadas prácticas de publicación y presentación de la información anual empleadas por muchas sociedades y consistentes en publicar documentos integrados mediante los que se persigue ofrecer una visión global de la gestión empresarial a los usuarios de la información financiera y no financiera. La ausencia en la regulación mercantil de un modelo de presentación de la información no financiera determina que se hayan empleado múltiples y válidas fórmulas de presentación de la información.

3.3. La identidad del tercero encargado de la verificación

Como se ha puesto de manifiesto, en la verificación del EINF, la LINF no establece qué características debe reunir el «prestador independiente de los servicios de verificación» del EINF, pudiendo ser incluso, como apunta el ICAC, el propio auditor de cuentas de la entidad, siempre que no se supere el límite de los honorarios establecidos en la Ley de auditoría de cuentas. La verificación de los EINF formulados por las empresas del Ibex 35 ha sido llevada a cabo, en todos los casos analizados salvo en AENA SME, SA, por firmas de auditoría integrantes de las conocidas como Big 4. La distribución de la tarea de verificación de la información no financiera entre estas firmas se muestra en la tabla 5.

Tabla 5. Profesional verificador del EINF

Firma de auditoría	Número de informes	%
Deloitte	7	21,875
EY	6	18,750
KPMG	8	25
PWC	10	31,250
Valora Consultores de Gestión	1	3,125
Total	32	100

Fuente: elaboración propia.

Por otra parte, como luce en la tabla 6, el auditor de cuentas ha actuado como verificador del EINF en 21 casos de los 32 informes analizados, lo que representa un 65,625 % de las empresas del Ibex 35 que han formulado el EINF en el ejercicio 2018. Sin embargo, la información incluida en la memoria de las cuentas anuales por estas sociedades no permite discriminar entre la cuantía percibida por la firma de auditoría por la verificación del EINF de la correspondiente a la propia actividad de auditoría de cuentas y otros servicios prestados.

Tabla 6. Auditor de cuentas y verificador del EINF

Firma de auditoría	Número de informes	%
Deloitte	4	19,05
EY	5	23,81
KPMG	8	19,05
PWC	4	38,09
Total	21	100

Fuente: elaboración propia.

3.4. Los estándares empleados en la elaboración de la información no financiera revelada

La LINF, como se ha comentado, permite cierta flexibilidad y discrecionalidad a los administradores a la hora de seleccionar los estándares en la presentación de la información no financiera. De hecho, tan solo se requiere que estén basados en estándares de información internacionales reconocidos³² de forma que proporcionen una información precisa, comparable y verificable, debiendo mencionarse el marco nacional, europeo o internacional empleado en cada materia. Por ello, en el EINF deberá incluirse una manifestación expresa sobre los estándares empleados en su elaboración.

En relación con las empresas del Ibex 35, en todas las entidades que han formulado el EINF, los administradores se han basado en los estándares GRI para cada materia en concreto del EINF. Esta información, generalmente, se facilita mediante una tabla que, bajo el título de «Cuestiones contempladas en la Ley 11/2018 de información no financiera y diversidad: asuntos materiales y criterio de reporte» o «Correspondencia entre contenidos de la Ley 11/2018 e indicadores GRI» por ejemplo, permite identificar dónde se localizan los diferentes contenidos que conforman el EINF, especialmente cuando la información está distribuida a lo largo del informe de gestión, donde se incorpora otro tipo de información sobre la gestión empresarial. Asimismo, algunas entidades hacen referencia al empleo de las Normas AA1000 del *Institute for Social and Ethical Accountability*, los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU o los principios del Pacto Mundial de Naciones Unidas.

³² No obstante, la LINF permite la utilización de criterios propios por parte de la empresa cuando no exista un estándar de información internacional reconocido adecuado a una materia concreta.

3.5. El alcance y la conclusión del informe de verificación

Para todos los EINF examinados, siguiendo las pautas establecidas por el ICJCE (2019), se han emitido informes de seguridad limitada tras la formulación de preguntas a la dirección y otros estamentos que hayan participado en la elaboración de dicho documento, la revisión de los procesos para recopilar y validar la información presentada en el EINF y la aplicación de ciertos procedimientos analíticos y pruebas de revisión por muestreo³³.

En el examen de la verificación de los EINF formulados por las empresas integrantes del Ibex 35, el informe presenta una conclusión no modificada o favorable en 28 casos (87,50 %) aunque, en ocho informes, el verificador hace recomendaciones de mejora en la gestión y la información no financiera, específicamente en la aplicación de los principios de inclusividad, relevancia y capacidad de respuesta. Asimismo, en dos casos, el verificador informa sobre la incertidumbre en estimaciones realizadas que, de producirse un cambio en los parámetros en los que se basan, podrían tener un impacto significativo en la información facilitada.

Finalmente, se han emitido cuatro informes con salvedades³⁴, siendo los motivos que han determinado dicho tipo de conclusión los siguientes:

- No desglosar los beneficios obtenidos país por país, en dos casos.
- No desglosar por sexo, edad, categoría y tipo de jornada el promedio de contratos; por edad y categoría los despidos; por edad y categoría las remuneraciones; y por categorías las horas de formación (un caso).
- No desglosar la información relativa a cuestiones sociales y relacionadas con el personal sobre el número de horas de absentismo, remuneraciones medias y brecha salarial (un caso).

³³ Entre otras, de las pruebas citadas por el ICJCE (2019), se han empleado las siguientes:

- Reuniones con el personal de la entidad para conocer el modelo de negocio, las políticas y los enfoques de gestión aplicados, los principales riesgos relacionados con esas cuestiones y obtener la información necesaria para la revisión externa.
- Análisis del alcance, relevancia e integridad de los contenidos incluidos en el EINF del ejercicio en función del análisis de materialidad realizado por la entidad, considerando contenidos requeridos en la normativa mercantil en vigor.
- Análisis de los procesos para recopilar y validar los datos presentados en el EINF del ejercicio.
- Revisión de la información relativa a los riesgos, las políticas y los enfoques de gestión aplicados en relación a los aspectos materiales presentados en el EINF del ejercicio.
- Comprobación, mediante pruebas, con base en la selección de una muestra, de la información relativa a los contenidos incluidos en el EINF del ejercicio y su adecuada compilación a partir de los datos suministrados por las fuentes de información.
- Obtención de una carta de manifestaciones de los administradores y la dirección.

³⁴ Los informes corresponden a los EINF formulados por las sociedades: Acerinox, SA, Cie Automotive, SA, IAG, SA y Técnicas Reunidas, SA.

3.6. La revelación del estado de información no financiera y de su informe de verificación

Como se ha comentado, la LINF establece que el EINF deberá ser puesto a disposición del público de forma gratuita y habrá de ser fácilmente accesible en el sitio web de la sociedad en el plazo de los seis meses posteriores a la fecha de finalización del año financiero y por un periodo de cinco años.

Dado que las empresas incluidas en el estudio concluyeron su ejercicio económico de 2018 el día 31 de diciembre, a principios del mes de julio de 2019 se han consultado los sitios web de dichas entidades, obteniendo unos resultados que difícilmente permiten concluir con una fácil accesibilidad al EINF. De hecho, solo en diez casos el EINF es fácilmente localizable, aunque en dos de ellos no está acompañado del informe de verificación. En cuanto al resto de sociedades, se han presentado tres situaciones diferentes. En primer lugar, aquellas entidades que incluyen en su web el EINF con la denominación de «Informe de Sostenibilidad» (por ejemplo, Iberdrola, SA) o «Informe de Responsabilidad Social Corporativa» (por ejemplo, Indra, SA). En segundo término, aquellas otras que facilitan el EINF como parte de la memoria o informe anual donde este estado informativo figura junto a cuentas anuales consolidadas, informe de gestión consolidado, informe de auditoría, etc. siendo ardua la tarea para su localización. Además, en ciertos casos, el acceso al EINF requiere de una búsqueda exhaustiva a través de ventanas como «Publicaciones», si bien la situación más frecuente es llegar mediante el apartado de información dedicada a «Accionistas e inversores». Finalmente, en una de las empresas analizadas la información disponible en su sitio web bajo el título «Estados financieros consolidados condensados» no incluye ni el EINF ni el informe de verificación.

En cuanto a la posibilidad de uso del Portal de la Responsabilidad Social del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, tan solo siete entidades de las 32 estudiadas han hecho uso de esta vía³⁵ para divulgar la información no financiera requerida por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre. No obstante, salvo dos entidades (AENA SME, SA e Iberdrola, SA) que hacen referencia explícita al EINF, el resto de entidades incorpora la información exigida como parte integrante del «informe integrado del ejercicio 2018» o como parte del «informe de sostenibilidad».

En definitiva, consideramos que aún queda un largo camino por recorrer para alcanzar la finalidad de la LINF a la hora de hacer público el EINF y consistente, por un lado, en gestionar la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección al medio ambiente y, por otro, en mejorar la transparencia empresarial facilitando la comprensión de la organización y de sus negocios.

³⁵ Las sociedades del Ibex 35 que han publicado la información no financiera requerida por la LINF en este portal son: AENA SME, SA, Bankia, SA, Enagás, SA, Endesa, SA, Iberdrola, SA, Mapfre, SA y Meliá Hoteles International, SA.

4. El estado de información no financiera y la responsabilidad social corporativa

Las modificaciones introducidas en el Código de Comercio y en el TRLSC por la Ley 11/2018 suponen, para un grupo importante de empresas, una mayor exposición al mercado, a los competidores y otros grupos de interés. Siguiendo la tendencia de las últimas décadas, a las empresas se les exige una mayor revelación de información no financiera pero, a diferencia de situaciones pasadas, no se trata de dar respuesta a las demandas informativas de diferentes *stakeholders* mediante la elaboración de memorias de sostenibilidad, informes integrados, etc., sino que, a fin de incrementar la confianza perdida en la información revelada por las empresas y mejorar su transparencia y fiabilidad, se establece la obligación de divulgar información no financiera mediante un nuevo estado donde se describirán las políticas de resultados y riesgos vinculados, por lo menos, a cuestiones medioambientales y sociales, los relacionados con el personal, con el respeto de los derechos humanos y con la lucha contra la corrupción y el soborno, es decir, los pilares básicos en los que descansa la responsabilidad social corporativa.

El examen del comportamiento del Ibex 35 ha revelado que la obligación de formular el EINF ha sido asumida por la empresa española, pese a que la LINF no contempla ningún tipo de sanción en caso de incumplimiento. La información divulgada, con una extensión variable, suele incluirse en el informe de gestión consolidado y, en un número importante de empresas, se encuentra dispersa a largo de dicho estado informativo. De ahí que sea frecuente encontrar en el informe de gestión una tabla que, bajo el título «Requerimientos de la Ley 11/2018, en materia de información no financiera y diversidad» o «Contenidos del estado de información no financiera», remita a diferentes apartados del informe donde se ha incorporado la información requerida en la legislación mercantil³⁶.

Por su parte, el estudio realizado sobre la regulación del nuevo estado informativo nos lleva a concluir que la etapa en la que las empresas se limitaban a divulgar con carácter obligatorio información financiera ha finalizado, lo que confirma la tendencia actual de abandono del enfoque clásico del secretismo de la información empresarial y su sustitución por el concepto de empresa transparente con información disponible para inversores, clientes, proveedores, entre otros. De hecho, un número importante de empresas que, considerando las ventajas competitivas derivadas de la divulgación voluntaria de información, revelaban información no financiera a través de memorias de sostenibilidad, informes integrados, etc., se van a ver afectadas, no solo porque la revelación pasa a ser obligatoria y con un contenido delimitado en la normativa, sino porque habrán que buscar otro elemento diferenciador que

³⁶ Dicha tabla es una de las recomendaciones del ICJCE (2019), cuyo propósito es la identificación de la localización de los distintos contenidos que conforman el EINF, especialmente cuando la información está distribuida en un documento de mayor nivel de contenido.

les proporcione el valor que antes generaba la revelación voluntaria de información (Markota, Vukovic y Calace, 2017), al menos, en lo que respecta a la información no financiera incluida en el EINF. No obstante, a pesar del daño reputacional que puede derivarse de un informe de verificación con salvedades, el 13,50 % de las empresas integrantes del Ibex 35 no facilita la totalidad de la información requerida en la vigente normativa mercantil, indicando en algún caso que «el suministro de dichos datos perjudica sus intereses comerciales»³⁷.

Otra cuestión que ha de resaltarse deriva de los criterios previstos en la regulación para la formulación, aprobación y publicidad de la información no financiera que sitúan a esta al mismo nivel que la información financiera. Sin embargo, aunque coincidimos en que la verificación de la información no financiera aumentará su fiabilidad y, consecuentemente, la confianza de los inversores y otros *stakeholders* (Orens y Lybaert, 2013), consideramos que se hace necesario un desarrollo reglamentario que establezca los mecanismos para llevar a cabo tal actuación. En este contexto, la contabilidad, como sistema de información, juega un importante papel, aunque deberá dar entrada a elementos y aspectos de carácter intangible que, en la actualidad, no se incluyen en los estados contables o lo hacen sin la suficiente extensión o rigor en su valoración.

Finalmente, considerando el vínculo existente entre responsabilidad social corporativa y transparencia (Chivite, 2013; Marín *et al.*, 2012; Plessis, 2016), sería conveniente plantearse si el EINF supone una actuación de responsabilidad social corporativa o es un simple ejercicio de transparencia. A este respecto, convendría tener en cuenta el carácter voluntario de las decisiones empresariales para contribuir al logro de una mejor sociedad y medio ambiente³⁸ y, aunque también se defiende que los directivos están obligados a desarrollar políticas empresariales, adoptar decisiones y emprender acciones que sean acordes con los valores de la sociedad (Anderson, 1989), hemos de concluir que, a tenor de los resultados derivados del estudio realizado sobre las empresas integrantes del Ibex 35 en el primer año de aplicación de la LINF, la divulgación de información no financiera no hace a la empresa más socialmente responsable. En cambio, sí la convierte en una organización más socialmente transparente.

³⁷ Es, concretamente, el argumento esgrimido por Técnicas Reunidas, SA para no desglosar los beneficios país por país como se exige en el artículo 49.6 del Código de Comercio.

³⁸ El Libro Verde sobre Responsabilidad Social de las Empresas, publicado en 2001 por la Comisión Europea (recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC_0366&from=ES>), propone una definición de la responsabilidad social de las empresas basada en la decisión voluntaria de estas de contribuir al logro de una mejor sociedad y medio ambiente.

Referencias bibliográficas

- Alonso, M. (2009). La transparencia de las empresas en internet para la confianza de los accionistas e inversores: Un análisis empírico. *Cuadernos de Administración*, 22(38), 11-30.
- Álvarez, D. y Torre, J. de la. (2004). *100 preguntas básicas sobre la ética de la empresa*. Madrid: Dykinson.
- Anderson, J. W. (1989). *Corporate Social Responsibility: Guidelines for Top Management*. New York: Quorum Books.
- Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA). (2004). *Marco Conceptual de la Responsabilidad Social Corporativa*. Madrid: Documentos AECA, Serie Responsabilidad Social Corporativa, documento núm. 1.
- Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA). (2010). *Normalización de la información sobre Responsabilidad Social Corporativa*. Madrid: Documentos AECA, Serie Responsabilidad Social Corporativa, documento núm. 7.
- Bravo, R., Matute, J. y Pina, J. M. (2011). Efectos de la imagen corporativa en el comportamiento del consumidor. Un estudio aplicado a la banca comercial. *Innovar*, 21(40), 35-51.
- Cheng, M., Green, W., Conradie, P., Konishi, N. y Romi, A. (2014). The international integrated reporting framework: Key issues and future research opportunities. *Journal of International Financial Management and Accounting*, 25(1), 90-119.
- Chivite, M. P. (2013). *Determinantes y consecuencias económicas de la transparencia financiera: El caso particular de la responsabilidad social corporativa*. Madrid: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
- Chivite, S. y Rodríguez, C. (2009). Análisis de los diez años de gobierno corporativo en España y cumplimiento del Código Unificado o Código Conthe. *Dirección y Organización*, 37, 14-21.
- Comisión Europea. (2011). Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, Bruselas, 25 de octubre, COM (2011) 681 final.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). (2013). *Guía para la elaboración del informe de gestión de las entidades cotizadas*. Recuperado de <http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Grupo/Guia_Gral.pdf>.
- Dahlsrud, A. (2006). How Corporate Responsibility is defined: an analysis of 37 definitions. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 15(1), 1-13.
- Eccles, R. G., Krzus, M. P. y Watson, L. A. (2012). Integrated Reporting Requires Integrated Assurance. En J. Oringel (ed.), *Effective Auditing for Corporates: Key Developments in Practice and Procedures*. London: Bloomsbury Information Ltd., 161-178.
- Hooghiemstra, R. (2000). Corporate communication and impression management. New perspectives why companies engage in corporate social reporting. *Journal Business Ethics*, 27(1-2), 55-68.
- Iatridis, G. E. (2015). Corporate philanthropy in the US stock social responsibility and corporate performance. *Journal of Management and Organizations*, 16(5), 641-655.
- Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España. (2019). *Guía de actuación sobre*

- encargos de verificación del estado de información no financiera*. Madrid: ICJCE.
- Kolk, A. y Perego, P. (2010). Determinants of the Adoption of Sustainability Assurance Statements: An International Investigation. *Business Strategy and the Environment*, 19(3), 182-198.
- Larrán, M. y García-Meca, E. (2004). La relevancia de la información no financiera en la estrategia empresarial de divulgación unitaria: Percepciones empresa-analista sobre su utilidad. *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, 12, 127-148.
- Liang, H. y Reneeboog, L. (2017). Corporate Donations and Shareholders Value. *Review of Economic Policy*, 33(2), 278-316.
- Lizcano, J. L. (2019). Comentario crítico de la nueva ley en materia de información no financiera y diversidad. *Actualidad Contable*, 145. Recuperado de <<https://aeca.es/publicaciones2/newsletters/actualidad-contable/joseluis-lizcano-nueva-ley-info-no-fra/>>.
- Luo, L., Lan, Y. C. y Tang, Q. (2012). Corporate Incentives to Disclose Carbon Information: Evidence from the CDP Global 500 Report. *Journal of International Financial Management and Accounting*, 23(2), 93-120.
- Marcuello, C., Bellostas, A., Marcuello, C. y Moneva, J. M. (2007). Transparencia y rendición de cuentas en las empresas de inserción. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 59, 91-122.
- Marín, L., Arcas, N., Martínez, I. M. y Olmedo-Cifuentes, I. (2012). Transparencia, gobierno corporativo y participación: Claves para la implantación de un código de conducta en empresas de economía social. *Revesco. Revista de Estudios Cooperativos*, 108, 86-112.
- Markota, N., Vukovic, R. y Calace, D. (2017). Non-financial reporting as a new trend in sustainability accounting. *Journal of Accounting and Management*, 7(2), 13-26.
- Martínez-Ferrero, J. y García-Sánchez, I. M. (2017). Sustainability assurance and assurance providers: Corporate governance determinants in stakeholder-oriented countries. *Journal of Management and Organizations*, 23(5), 647-670.
- Medina, J., Lavín, J., Mora, A. y Garza, I. de la. (2011). Influence of information technology management on the organizational performance of the small and medium-sized enterprises. *Innovar*, 21(42), 129-138.
- Miguel, C. de. (2018). Hacia una mayor transparencia: Divulgación de información no financiera y sobre diversidad. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 49, 141-149.
- Moneva, J. M. (2003). Transparencia, responsabilidad social e información no financiera de la empresa. *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, 64, 76.
- Montford, A. y Villagra, N. (2016). Corporate social responsibility and Corporate Foundations in Building responsible Brands. *El profesional de la información*, 25(5), 1699-2407.
- Orens, R. y Lybaert, N. (2013). Disclosure of non-financial information: Relevant to financial analysts? *Review of Business and Economic Literature*, 58(4), 375-405.
- Plessis, J. (2016). Disclosure of non-financial information: a powerful corporate governance tool. *Company and Securities Law Journal*, 34(69), 69-74.
- Rupley, K. H., Brown, D. y Marshall, S. (2017). Evolution of corporate reporting: From stand-alone corporate social responsibility reporting to integrated reporting. *Research in Accounting Regulation*, 29(2), 172-176.
- Simnett, R. y Huggins, A. L. (2015). Integrated reporting and assurance: where can research add value? *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, 6(1), 29-53.

- Simnett, R., Vanstraelen, A. y Chua, W. F. (2009). Assurance on sustainability reports: an international comparison. *Accounting Review*, 84(3), 937-967.
- Soumaya, C., Talbot, D. y Boiral, O. (2018). Sustainability adrift: An evaluation of the credibility of sustainability information disclosed by public organizations. *Accounting Forum*, 42(4), 382-395.
- Stewart, L. S. (2015). Growing demand for ESG information and standards: Understanding corporate opportunities as well as risks. *Journal of Applied Corporate Finance*, 27(2), 58-63.
- Uvalle, R. (2007). Gobernabilidad, transparencia y reconstrucción del Estado. Convergencia. *Revista de Ciencias Sociales*, 14(45), 47-74.

Bibliografía

- Barrio, E. y Enrique, A. M. (2018). Responsabilidad Social Corporativa. Estudio sobre la identificación y clasificación de los *stakeholders*. *Revista Internacional de Investigación y Comunicación*, 17(17), 90-109.
- Crespo-Razeg, F. (2010). Entre el concepto y la práctica: responsabilidad social empresarial. *Estudios Gerenciales*, 26(117), 119-130.
- García-Santos, J. J. y Madero-Gómez, S. M. (2016). La evolución del concepto de Responsabilidad Social Corporativa: *Revisión literaria*. *Conciencia Tecnológica*, 51, 38-46.
- Gómez-Nieto, B. y Martínez-Domínguez, R. (2016). *Los valores éticos en la responsabilidad social corporativa*. *Anagramas*, 14(28), 33-50.
- Lizcano, J. L., Rejón, M., Flores, F. y Mora, M. (2019). La verificación de la información no financiera: Prácticas emergentes. *Técnica contable y financiera*, 22, 16-18.
- Navarrete, J. y Gallizo, J. L. (2019). Reporte Integrado como herramienta de transparencia empresarial. *Revista Academia & Negocios*, 4(2), 71-82.
- Perramon, J. (2013). La transparencia: concepto, evolución y retos actuales. *Revista de Contabilidad y Dirección*, 16, 11-27.
- Testera, A. y Cabeza, L. (2013). Análisis de los factores determinantes de la transparencia en RSC en las empresas españolas cotizadas. *Intangible Capital*, 9(1), 225-261.
- Zyznarska-Dworczak, B. (2017). Determinants for the development of non-financial reporting and its external verification into the light of accounting theory and practice. *Studia Oeconomica Posnaniensia*, 5(6), 136-149.



Análisis práctico de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del ICAC, sobre criterios de presentación de los instrumentos financieros y operaciones societarias (IV)

Juan Manuel Pérez Iglesias

Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales

Licenciado en Derecho

Ginés Sánchez Iniesta

Inspector de Hacienda

Extracto

El pasado 11 de marzo de 2019 el Boletín Oficial del Estado publicaba la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.

Esta resolución supone el desarrollo reglamentario de los criterios de presentación de los instrumentos financieros y de las implicaciones contables de la regulación mercantil en materia de aportaciones sociales, operaciones con acciones y participaciones propias, aplicación del resultado, aumento y reducción del capital social y otros aspectos contables derivados de la regulación incluida en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Continuamos con la publicación del cuarto capítulo de la serie que hemos elaborado con el fin de estudiar de forma detallada y práctica el contenido de la resolución. En esta ocasión analizamos la problemática contable de la aplicación del resultado.

Palabras clave: resultado del ejercicio; beneficio distribuable; dividendo; administradores; fundadores.

Cómo citar: Pérez Iglesias, J. M. y Sánchez Iniesta, G. (2020). Análisis práctico de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del ICAC, sobre criterios de presentación de los instrumentos financieros y operaciones societarias (IV). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 193-260.



Practical analysis of the ICAC Resolution of March 5, 2019, on criteria for the presentation of financial instruments and societary operations (IV)

Juan Manuel Pérez Iglesias

Ginés Sánchez Iniesta

Abstract

On March 11, 2019, the Official Bulletin of the State published the Resolution of March 5, 2019, of the Institute of Accounting and Audit of Accounts, that develops the criteria for the presentation of financial instruments and other accounting aspects related to the mercantile regulation of capital companies.

This resolution implies the regulatory development of the criteria for the presentation of financial instruments and the accounting implications of commercial regulation in matters of social contributions, operations with own shares and participations, application of the result, increase and reduction of share capital and other aspects Accountants derived from the regulation included in the consolidated text of the Capital Companies Law, approved by Royal Legislative Decree 1/2010, of July 2, and in Law 3/2009, of April 3, on structural modifications of Mercantile societies.

We continue with the publication of the second chapter of the series that we have prepared in order to analyze in detail and practically the content of the resolution. This time we analyzed the accounting problem of the implementation of the result.

Keywords: result of financial year; distributable profit; dividend; administrators; founders.

Citation: Pérez Iglesias, J. M. y Sánchez Iniesta, G. (2020). Análisis práctico de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del ICAC, sobre criterios de presentación de los instrumentos financieros y operaciones societarias (IV). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 443, 193-260.

Sumario

1. Introducción
2. El resultado del ejercicio y el beneficio distribuible
 - 2.1. El resultado del ejercicio
 - 2.2. El beneficio distribuible
 - 2.3. Las reservas de libre disposición
 - 2.4. La compensación material de pérdidas
 - 2.5. Las reservas indisponibles
 - 2.6. La relación entre el dividendo preferente o mínimo y el beneficio distribuible
 - 2.7. La calificación de los negocios de aportación sin aumento de capital como beneficio distribuible
3. Límites a la distribución del beneficio
 - 3.1. Beneficio distribuible, patrimonio neto y capital social mercantil
 - 3.2. Tratamiento de los ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto
 - 3.3. Dotación de la reserva legal en el caso de que el patrimonio neto sea inferior al capital social
 - 3.4. Otros límites al reparto del beneficio distribuible
4. El dividendo activo a cuenta
5. El dividendo en especie
6. La participación de los administradores y los fundadores en el resultado
7. Las primas de asistencia a la junta general y otros gastos derivados de la aprobación de las cuentas anuales
8. La contabilización de la aplicación del resultado en el socio
9. Conclusiones

1. Introducción

El derecho del socio a participar en las ganancias sociales, como titular de las acciones o participaciones, constituye el núcleo de los derechos económicos que le confiere el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

A tal efecto, en el artículo 273.2 del TRLSC se dispone que:

Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, solo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social.

Formando parte de las atenciones a las que se refiere este precepto, en el artículo 274.1 se prevé que: «En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social».

De este breve test del balance, que podría sintetizarse en la regla «patrimonio neto no inferior a capital social», se infiere que solo cabe acordar el pago de un dividendo a los socios en caso de que existan beneficios o reservas de libre disposición, esto es, beneficios distribuibles o partidas con cargo a las cuales se pueda acordar el citado reparto. La simplicidad del principio formulado en estos términos es más aparente que real.

Así, en primer lugar, la coexistencia en el patrimonio neto de resultados negativos de ejercicios anteriores con las diferentes clases de reservas (legales, estatutarias, fiscales y voluntarias), el remanente y el beneficio del ejercicio plantea la duda de qué partida debe asumir la compensación material de las pérdidas y, en consecuencia, si es posible o no el reparto del resultado positivo del periodo.

Tampoco es del todo evidente el estatuto mercantil de los restantes conceptos recogidos en el subgrupo 11, «Reservas y otros instrumentos de patrimonio neto», incluidos en la cuarta y quinta parte del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real De-

creto 1514/2007, de 16 de noviembre, como la prima de emisión o asunción (cuenta 110), los otros instrumentos de patrimonio neto (cuenta 111), las reservas por pérdidas y ganancias actuariales y otros ajustes (cuenta 115) y las aportaciones de los socios o propietarios (cuenta 118). Del mismo modo, los efectos en el test del balance de los ajustes positivos y negativos por cambios de valor y de las subvenciones, donaciones y legados recibidos es una materia que debe analizarse con cautela.

El objetivo de este artículo es examinar todas estas cuestiones, tanto desde la perspectiva de la sociedad como del socio, a la luz de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (RICAC), por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.

En este punto, es preciso reseñar el especial interés que tienen las reglas contables sobre la aplicación del resultado desde la perspectiva del socio (persona jurídica) porque solo cuando el reparto de la ganancia origine el registro de un ingreso es cuando procederá estudiar si, a su vez, se cumplen los requisitos regulados en el artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), para calificar el dividendo como renta exenta.

Por el contrario, si el acuerdo de distribución se contabiliza en el socio como una recuperación de su inversión (minorando el precio de adquisición), no será preciso analizar el citado cumplimiento. En tal caso, el dividendo no habrá originado el registro de ingreso alguno y, en consecuencia, tampoco formará parte de la base imponible del socio. Esta materia será objeto de análisis en el apartado 8 de este artículo.

2. El resultado del ejercicio y el beneficio distribuible

2.1. El resultado del ejercicio

El artículo 35.1 del Código de Comercio (CCom.), en la redacción introducida por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, expresa que la cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio.

Cuando el resultado del ejercicio es positivo, si la junta general no acuerda su aplicación al pago de dividendos, el rendimiento obtenido en el año se retiene en la sociedad en forma de reservas o remanente (si no se acuerda de forma expresa la constitución de una determinada reserva). Ambas partidas pueden ser objeto de un posterior reparto siempre que no tenga la calificación de indisponibles, o dicho en otros términos, siempre que formen parte del beneficio distribuible.

Adicionalmente, el artículo 35.3 del CCom., al referirse al estado de cambios en el patrimonio neto, precisa que la primera parte de este documento:

[...] reflejará exclusivamente los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio, distinguiendo entre los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias y los registrados directamente en el patrimonio neto. La segunda contendrá todos los movimientos habidos en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones realizadas con los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales. También se informará de los ajustes al patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y correcciones de errores.

A la vista de este precepto, y de su desarrollo reglamentario en el PGC, es claro que desde la entrada en vigor de la reforma contable aprobada por la Ley 16/2007, los ingresos y gastos devengados en el ejercicio económico se pueden presentar: a) en la cuenta de pérdidas y ganancias formando el resultado del ejercicio; b) directamente en el patrimonio neto, para su posterior reclasificación a la cuenta de pérdidas y ganancias; y c) directamente en el patrimonio neto, en una cuenta de reservas, sin posterior reclasificación a la cuenta de pérdidas y ganancias.

Por lo tanto, la citada reforma trajo consigo la delimitación de un concepto de resultado del ejercicio ampliado o resultado total que se ha definido en el artículo 2, apartado 11, de la Resolución de 9 de febrero de 2016, del ICAC, por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del impuesto sobre beneficios, como sigue:

Resultado contable total o ingresos y gastos totales: es el resultado económico de una entidad (ganancia o pérdida), calculado de acuerdo con las reglas contables por diferencia entre todos los ingresos y gastos del ejercicio, independientemente de la agrupación del patrimonio neto en la que se hayan reconocido.

Sin perjuicio de esta novedad, tanto la legislación fiscal (art. 10.3 LIS) como la mercantil (art. 273 TRLSC) han seguido considerando el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias (cuenta 129) como la base determinante del resultado susceptible de gravamen y reparto, respectivamente. Lo que no resulta tan evidente es el estatuto mercantil de los ingresos y gastos del ejercicio reconocidos directamente en los fondos propios, con cargo o abono a una cuenta de reservas. Acerca de este particular, sería oportuno distinguir dos supuestos:

A) Ingresos y gastos que se reconocen en las reservas en la fecha de su devengo contable

La renta así contabilizada no presenta ninguna excepción en lo que se refiere a la aplicación del principio de devengo. La singularidad radica en el criterio de presentación, al estipu-

lar la normativa contable que el ingreso o gasto se refleje directamente en el patrimonio neto. En concreto, cabe citar a modo de ejemplo los gastos relacionados con una ampliación de capital, las diferencias actuariales o las pérdidas o ganancias originadas en un canje de valores entre empresas del grupo (consulta 3 del BOICAC 85, de marzo de 2011 –NFC040255–).

El incremento o disminución de activos netos que se origina en estas operaciones debería formar parte del resultado del periodo porque esa variación del patrimonio contable cumple la definición de ingreso o gasto incluida en el artículo 36.2 del CCom. Además, en la medida en que ese importe ya se ha reconocido directamente en los fondos propios, sin que la norma contable estipule su reclasificación posterior a la cuenta de pérdidas y ganancias, también parece apropiado que esa cifra aumente o disminuya de manera extracontable el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias a los efectos de cuantificar el resultado «mercantil» del ejercicio.

B) Ingresos y gastos contabilizados en las reservas a raíz de un cambio de criterio o por la subsanación de un error contable

La norma de registro y valoración (NRV) 22.^a del PGC sobre cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables dispone que en el caso de que se produzca un cambio de criterio contable:

El ingreso o gasto correspondiente a ejercicios anteriores que se derive de dicha aplicación motivará, en el ejercicio en que se produce el cambio de criterio, el correspondiente ajuste por el efecto acumulado de las variaciones de los activos y pasivos, el cual se imputará directamente en el patrimonio neto, en concreto, en una partida de reservas salvo que afectara a un gasto o un ingreso que se imputó en los ejercicios previos directamente en otra partida del patrimonio neto. Asimismo se modificarán las cifras afectadas en la información comparativa de los ejercicios a los que le afecte el cambio de criterio contable.

En este supuesto, la variación del patrimonio neto que se origina en la fecha en que se reconoce el cambio de criterio trae causa de la aplicación retroactiva del nuevo criterio. En consecuencia, la naturaleza contable de esta magnitud no puede ser otra que la de reservas (ganancias o pérdidas acumuladas procedentes de ejercicios anteriores). No obstante, en atención a que el cambio de criterio es una opción que contempla la normativa contable o que puede derivar de la introducción de una nueva disposición que permita o imponga la aplicación retroactiva de la norma, opinamos que el tratamiento mercantil del aumento o disminución de las reservas se debería asimilar al señalado en la letra anterior.

La subsanación de un error se trata a efectos contables igual que los cambios de criterio. Sin embargo, cuando el principio de devengo no se aplica correctamente, en nuestra opinión, el impacto en las reservas derivado de la subsanación del error debería surtir los

efectos oportunos, de forma retroactiva, como un mayor o menor resultado del periodo en que se debió contabilizar esa renta en una correcta aplicación del principio de devengo.

2.2. El beneficio distribuible

El beneficio distribuible se define en el artículo 3.5 de la RICAC como:

[...] el agregado del resultado del ejercicio, de acuerdo con el balance aprobado, y los siguientes ajustes:

a) Positivos.

1.º Las reservas de libre disposición, y

2.º El remanente.

b) Negativos.

1.º Los resultados negativos de ejercicios anteriores. No obstante, el exceso de estos resultados sobre los ajustes positivos solo se incluirá como ajuste negativo en la parte en que no estén materialmente compensados con el saldo del importe de la reserva legal y de las otras reservas indisponibles preexistentes, y

2.º La parte del resultado del ejercicio en que deba dotarse la reserva legal y las restantes atenciones obligatorias establecidas por las leyes o los estatutos.

A los exclusivos efectos de cuantificar el beneficio distribuible, el resultado del ejercicio deberá incrementarse en el importe de los gastos financieros contabilizados al cierre del periodo en concepto de dividendo mínimo o preferente.

La prima de emisión y la prima de asunción constituyen patrimonio aportado que puede ser objeto de recuperación por los socios, en los mismos términos que las reservas de libre disposición, y las aportaciones de los socios reguladas en el artículo 9.

El «beneficio distribuible» definido en la RICAC es la magnitud a que se refiere el TRLSC (arts. 95, 99 y 498) en el contexto del régimen jurídico del dividendo mínimo o privilegiado. Desde una perspectiva más amplia, cabría definirlo como el valor razonable del patrimonio que los socios pueden recibir una vez cumplidos los requisitos que establece el TRLSC en materia de aplicación de resultados.

Es evidente que no estamos ante un beneficio en el sentido contable de la expresión porque ni la prima de emisión o asunción ni las otras aportaciones de los socios (cuenta 118) cumplen la definición de ingresos incluida en el artículo 36.2 del CCom. Como señala el precepto, la ratio del criterio se sostiene en el hecho de que ambos conceptos pueden

ser objeto de recuperación directa (aplicación del resultado) o indirecta (adquisición de autocartera con cargo a beneficios o reservas libres) en los mismos términos que las reservas de libre disposición.

Una vez efectuadas estas puntualizaciones, abordaremos los aspectos más reseñables de la definición: el concepto de reservas de libre disposición, el criterio de compensación o absorción material de pérdidas, las reservas indisponibles, la relación entre el dividendo mínimo o preferente y el beneficio distribuable, y la calificación de los negocios de aportación sin aumento de capital como beneficio distribuable.

2.3. Las reservas de libre disposición

El TRLSC utiliza el término «reservas de libre disposición» en dos ocasiones. En primer lugar, en el artículo 140 d) cuando prescribe que la sociedad de responsabilidad limitada solo podrá adquirir sus propias participaciones, previo acuerdo de la junta general, si proceden de un socio separado o excluido de la sociedad, se adquieran como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas, o se trate de participaciones transmitidas *mortis causa*, siempre y cuando la adquisición se efectúe con cargo a beneficios o «reservas de libre disposición».

Y, en segundo lugar, en el artículo 273.2, al prescribir que el reparto de dividendos con cargo al beneficio del ejercicio o a las «reservas de libre disposición» solo es posible si se supera el test del balance, al que haremos referencia más adelante en el apartado 3 de este artículo.

Con un significado análogo, el TRLSC también emplea el término «beneficios o reservas libres» en los artículos 332, 335 y 501, al condicionar los efectos jurídicos allí regulados, en sede de reducción de capital, al requisito de que la sociedad dote una reserva con cargo a beneficios o «reservas libres» por el importe del nominal amortizado. En caso contrario, la operación solo puede llevarse a cabo con las formalidades establecidas para la reducción de capital social mediante devolución de aportaciones.

Por su parte, la expresión «reservas disponibles» se usa en tres artículos del TRLSC. En el artículo 273.3, para prohibir el reparto de beneficios: «[...] a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance». En el artículo 274.2 al estipular que, en tanto la reserva legal no alcance el 20 % del capital social: «[...] solo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin». Y, en tercer lugar, en el artículo 303, en relación con el aumento de capital con cargo a reservas, al establecer que:

[...] podrán utilizarse para tal fin las reservas disponibles, las reservas por prima de asunción de participaciones sociales o de emisión de acciones y la reserva legal

en su totalidad, si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, o en la parte que exceda del diez por ciento del capital ya aumentado, si la sociedad fuera anónima.

Finalmente, el TRLSC utiliza la fórmula contable de «reservas voluntarias» en el artículo 317 para indicar que la reducción de capital puede tener por finalidad el incremento de las reservas voluntarias, y en el artículo 322.2 al señalar que:

En las sociedades anónimas no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con cualquier clase de reservas voluntarias o cuando la reserva legal, una vez efectuada la reducción, exceda del diez por ciento del capital.

En nuestra opinión, todas estas expresiones se utilizan indistintamente para referirse a las reservas que no están afectas, estatutaria o legalmente, a una determinada finalidad. La única excepción a esta regla sería la prevista en el artículo 274.2 de cuyo literal se infiere que antes de asignar la reserva legal a la compensación de pérdidas será preciso aplicar, materialmente, otras reservas disponibles para esa finalidad; esto es, para el propósito de la compensación de pérdidas, aspecto que trataremos en el siguiente epígrafe (interpretación que, en su caso, cabría extender a la expresión «cualquier clase de reservas voluntarias» que se utiliza en el art. 322.2).

A la vista de estos antecedentes y considerando el literal del artículo 3.5 de la RICAC, el importe de las «reservas de libre disposición», en principio, vendría determinado por la suma de las reservas voluntarias (cuenta 113), la prima de emisión o asunción (cuenta 110) y las otras aportaciones de los socios (cuenta 118). Los ajustes positivos al resultado del ejercicio para determinar el beneficio distribuable se completarían con el remanente (cuenta 120).

Sin perjuicio de lo anterior, opinamos que el artículo 3.5 de la RICAC, a la hora de cuantificar el beneficio distribuable debería haber minorado de los ajustes positivos el precio de adquisición de las propias acciones o participaciones adquiridas con cargo a reservas libres porque tales fondos, de manera indirecta, ya han sido destinados a una determinada finalidad. En este sentido, considérese la previsión recogida en el artículo 140 d) y el contenido del test del balance regulado en el artículo 146.1 b) del TRLSC. De esta manera los ajustes positivos estarían conformados por las reservas de libre disposición, más el remanente y menos el importe de las propias acciones o participaciones.

A modo de ejemplo, en el supuesto de una sociedad con un capital social de 100 um, una reserva legal de 5 um, unas reservas voluntarias de 10 um y unas acciones propias que minoran el patrimonio neto de -10 um, el importe del patrimonio neto sería igual al capital social más la reserva legal (test del balance del art. 146.1 b), 105 um, y, en consecuencia, es claro que la entidad no podría destinar las reservas voluntarias a adquirir nuevas acciones porque esos fondos ya han sido aplicados, indirectamente, a esa finalidad. Y tampoco podría distribuir dividendos, al no existir beneficio distribuable, puesto que el importe de las acciones propias quedaría absorbido por el importe de las reservas voluntarias.

En este sentido, es preciso recordar que la Directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del derecho de sociedades, en los artículos 56.1 y 2 y 60.1 b) establece un mismo «Test del Balance» a los efectos de adquirir autocartera y repartir dividendos.

Considerando este referente europeo, la interpretación de los «Test del Balance» regulados en los artículos 146.1 b) y 273.2 debería ser sistemática y llevar a la misma conclusión; es decir, si por imperativo de la norma comunitaria solo cabe adquirir autocartera o aplicar el resultado en caso de que existan beneficios o reservas libres, el importe que la sociedad puede destinar a estas operaciones debería ser equivalente.

A partir de este razonamiento, una correcta interpretación del artículo 273.2 del TRLSC llevaría a concluir que las reservas voluntarias que lucen en la contabilidad no son reservas de libre disposición, a pesar de que la aplicación de la regla «patrimonio neto no inferior al capital social», en principio, podría desembocar en un acuerdo de distribución de 5 um entre los socios.

2.4. La compensación material de pérdidas

Las reservas legal o estatutariamente indisponibles no pueden ser objeto de distribución. El reparto directo de estas reservas sería fácilmente identificable. No lo es tanto el reparto indirecto. Así, considérese el caso de una sociedad con un capital social de 100 um, una reserva legal de 20 um, unas reservas voluntarias de 10 um y unos resultados negativos de ejercicios anteriores de -15 um.

La aplicación de la regla «patrimonio neto no inferior al capital social» del artículo 273.2 del TRLSC, en principio, podría llevar a concluir que es posible acordar la distribución de las reservas voluntarias porque después del reparto el patrimonio neto (105) sería mayor que el capital social (100). No obstante, parece claro que en ese escenario los resultados negativos de ejercicios anteriores estarían siendo objeto de compensación material por la reserva legal, aspecto que a su vez pondría de manifiesto el reparto indirecto de esta última.

En este contexto, la compensación material de pérdidas supone minorar las reservas, incluida la reserva legal, en los resultados negativos acumulados para así cuantificar la reserva voluntaria, indisponible o legal efectiva, pero sin que ello requiera la compensación formal o saneamiento de las citadas pérdidas (ex art. 322 TRLSC).

Volviendo al ejemplo, se debería concluir que las reservas voluntarias de 10 um no son de libre disposición porque estarían compensando materialmente las pérdidas acumuladas. En consecuencia, la junta general no podría acordar un acuerdo de distribución con cargo a esa partida de los fondos propios. Esta deducción se soporta en el artículo 274 del TRLSC que dispone lo siguiente:

1. En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social.

2. La reserva legal, mientras no supere el límite indicado, solo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin.

Con la definición del concepto de beneficio distribuible regulado en el artículo 3.5 de la RICAC se llega a la misma conclusión.

Resultado del ejercicio	0
a) Ajustes positivos	10
1.º Reservas de libre disposición	10
b) Ajustes negativos	-10
1.º Resultados negativos de ejercicios anteriores	-10
Beneficio distribuible	0

No obstante, es oportuno resaltar que este criterio de absorción material de pérdidas se matiza en el artículo 3.5 b).1.º cuando de lo que se trata es de analizar el régimen de disponibilidad del resultado del ejercicio al estipularse que:

[...], el exceso de estos resultados [se refiere a los negativos] sobre los ajustes positivos solo se incluirá como ajuste negativo en la parte en que no estén materialmente compensados con el saldo del importe de la reserva legal y de las otras reservas indisponibles preexistentes.

Esta regla se puede advertir con nitidez si a los datos del supuesto anterior se le añade un resultado del ejercicio de 5 um, elevando el patrimonio neto a 120 um. En este nuevo escenario, el beneficio distribuible se cuantificaría como sigue:

Resultado del ejercicio	5
a) Ajustes positivos	10
1.º Reservas de libre disposición	10





b) Ajustes negativos	-10,5
1.º Resultados negativos de ejercicios anteriores compensados con ajustes positivos	-10
2.º Dotación de reserva legal (10% × 5)	0,5
Beneficio distribuible	4,5

El exceso de los resultados negativos (15 um) sobre los ajustes positivos (10 um) no se incluiría minorando el beneficio distribuible porque la reserva legal supera dicho importe y compensa materialmente ese exceso en su totalidad, lo que permite a su vez que el resultado del ejercicio se pueda destinar al pago de un dividendo una vez dotada la reserva legal (que al quedar reducida en términos efectivos a 15 um (20 – 5) no supera el 20 % del capital social).

Este criterio se infiere de los artículos 274.2 (estatuto mercantil de la reserva legal) y 322.2 del TRLSC (reducción de capital social para compensar pérdidas en el caso de sociedades anónimas; compensación formal o saneamiento de las pérdidas) y es el que se ha desarrollado en el artículo 3.5 b).1.º de la RICAC. En la siguiente tabla se representa la regla de una manera esquemática:

Partidas susceptibles de absorber pérdidas acumuladas, en orden ascendente	Disponibilidad del patrimonio neto
Capital social mercantil	Fondos que pueden ser objeto de recuperación previo acuerdo de la oportuna reducción de capital con devolución de las aportaciones.
Resultado del ejercicio (beneficio)	Fondos repartibles salvo que las pérdidas superen este nivel.
Reserva legal	Fondos que no pueden ser objeto de reparto directo, pero que pueden absorber pérdidas.
Reservas indisponibles	
Remanente	Fondos repartibles salvo que las pérdidas acumuladas superen este nivel. El reparto debe cumplir el test del balance del artículo 273.2 y 3.
Reservas de libre disposición (reservas voluntarias, prima de emisión, otras aportaciones de los socios)	



Sin embargo, en el preámbulo de la resolución, el propio ICAC parece llamar la atención sobre el formalismo que encierra la regla mercantil de compensación material, por no situar en el mismo orden de absorción al resultado del ejercicio y a las reservas de libre disposición:

[...] en el supuesto de coexistir en el balance el resultado positivo del ejercicio con las reservas disponibles, las reservas indisponibles y la reserva legal, los resultados negativos de ejercicios anteriores se compensarán materialmente y en primer lugar con las ganancias acumuladas de ejercicios anteriores en el orden que se ha indicado, antes de que se produzca la compensación material con el resultado positivo del ejercicio. Y ello, a pesar de que desde un punto de vista económico no exista diferencia alguna entre las reservas disponibles y el resultado positivo del ejercicio, una vez reducido en la dotación de la reserva legal y las restantes atenciones obligatorias establecidas por las leyes o los estatutos.

Es decir, si en el ejemplo analizado la sociedad no decidiese acordar el reparto de un resultado de 4,5 um, con posterioridad, una vez transformado el resultado (por acuerdo de la junta general) en reservas voluntarias o remanente (en defecto de acuerdo expreso), no cabría replantearse la decisión en una junta general extraordinaria porque los resultados negativos de ejercicios anteriores serían compensados, ahora sí, por todas las reservas voluntarias (14,5) reduciéndose el beneficio distribuible en el mismo importe en que se incrementan estas reservas (y aumentando la reserva legal efectiva en esa misma cantidad).

Resultado del ejercicio	0
a) Ajustes positivos	14,5
1.º Reservas de libre disposición	14,5
b) Ajustes negativos	-14,5
1.º Resultados negativos de ejercicios anteriores compensados con ajustes positivos	-14,5
Beneficio distribuible	0

Esta situación sería fácilmente subsanable si la normativa mercantil impusiera la compensación formal o saneamiento de las pérdidas, evitando con ello el arbitraje entre dos alternativas. Si prosperase esta sugerencia, el resultado de 4,5 um, que se pudo repartir en la junta general ordinaria, seguiría siendo susceptible de distribución en una junta posterior, aunque se hubiera recalificado como reservas de libre disposición.

	Sin acuerdo de compensación formal de pérdidas	Con acuerdo de compensación formal de pérdidas
Capital social	100	100



	Sin acuerdo de compensación formal de pérdidas	Con acuerdo de compensación formal de pérdidas
►		
Reserva legal	20,5	15,5
Reserva voluntaria	14,5	4,5
Resultados negativos de ejercicios anteriores	-15	
Total	120	120

2.5. Las reservas indisponibles

La referencia en la RICAC a las reservas indisponibles a los efectos de absorber materialmente las pérdidas puede plantear la duda sobre si en este punto la resolución ha rebasado los límites legales que marca el TRLSC.

En nuestra opinión, qué reservas deben considerarse a tales efectos es un aspecto mercantil que excede de la regulación contable. En este sentido, la posición del ICAC ha sido prudente al no haber entrado en la enumeración exhaustiva de las diferentes reservas y del orden de compensación.

La terminología que se utiliza en el TRLSC no es homogénea. En el artículo 274.2 (compensación material) se utiliza la expresión «otras reservas disponibles suficientes para este fin», mientras que en el artículo 322.2 (para el caso de la compensación formal o saneamiento de pérdidas en las sociedades anónimas) se habla de «cualquier clase de reservas voluntarias». Menos dudas arroja el artículo 322.1 cuando, respecto a la compensación formal en las sociedades de responsabilidad limitada, estipula que no se podrá reducir el capital por pérdidas en tanto la sociedad cuente con «cualquier clase de reservas».

Así las cosas, en nuestra opinión, la mención a las reservas indisponibles que hace la RICAC debería entenderse referida a las reservas indisponibles que no son susceptibles de reparto directo a los socios, pero que sí pueden destinarse a la compensación de pérdidas, en el orden de prelación que se infiere del artículo 274.2 del TRLSC.

Sería el caso de las reservas estatutarias, al margen de la finalidad para la que se hubieran constituido. En este sentido, no parece razonable que una reserva estatutaria pueda quedar al margen de la absorción de las pérdidas por el mero pacto en tal sentido. De aceptarse la exclusión, se produciría una reducción material o incluso formal de la reserva

legal, pudiendo un nuevo pacto en sentido contrario liberar esos fondos para su posterior reparto entre los socios.

También de la reserva por capital amortizado en la medida en que el artículo 39.2 de la RICAC advierte de la posibilidad de que esta reserva pueda ser destinada a la compensación de pérdidas. En términos similares se pronuncia el artículo 335 del TRLSC, que indica:

[...] el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o de la disminución del valor nominal de las mismas deberá destinarse a una reserva de la que solo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social.

Sin embargo, quedarían al margen de la compensación de pérdidas en las sociedades anónimas las reservas especiales por acciones o participaciones de la sociedad dominante (art. 148 c), por acciones propias aceptadas en garantía (art. 149.1 y 2), por créditos concedidos para la adquisición de autocartera (art. 150.3; solo para los bancos y otras entidades de crédito) o por acciones o participaciones recíprocas (art. 153).

Todas estas reservas se califican legalmente como indisponibles y, por lo tanto, perdura la obligación de mantenerlas en el balance en tanto también subsista la situación que motivó su creación. Por ello, aunque se destinasen a compensar pérdidas, la sociedad debería volver a dotar la reserva por imperativo legal con cargo al resultado del ejercicio.

Las reservas fiscales (reserva de capitalización del art. 25 LIS; reserva de nivelación del art. 105 LIS; y reserva de revalorización, cuya última regulación se ha incluido en el art. 9 Ley 16/2012, de 27 de diciembre), con carácter general, no pueden destinarse a la absorción de pérdidas una vez consumidos los ajustes positivos (remanente, reservas voluntarias, prima de emisión o asunción y otras aportaciones de los socios).

La LIS califica estas reservas como indisponibles durante un periodo temporal. No obstante, cabe advertir que, en caso de incumplimiento, la única consecuencia es la pérdida del beneficio fiscal.

Los artículos 25.1 y 105.3 de la LIS estipulan que no se entenderá que se ha dispuesto de la reserva de capitalización y nivelación, respectivamente, entre otros casos, cuando la entidad deba aplicarla en virtud de una obligación de carácter legal.

De acuerdo con esta regulación, opinamos que ambas reservas pueden ser destinadas a la compensación de pérdidas exclusivamente en aquellos supuestos en que el TRLSC impone el saneamiento formal de los resultados negativos; a saber: a) reducción obligatoria de capital social en anónimas cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto (art. 327), y b) en el supuesto de disolución obligatoria

por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente (art. 363.1 e).

Para hacer efectiva la reducción de capital habría que acudir al artículo 322 del TRLSC y dictaminar si en esos escenarios es posible acordar la reducción de capital sin aplicar antes las reservas fiscales. Si la respuesta a esta cuestión es negativa, se debería concluir que la aplicación de la reserva fiscal es obligatoria.

El tratamiento difiere para anónimas y limitadas. En estas últimas, es nítido que no puede reducirse capital mientras subsista «cualquier clase de reservas», incluidas por lo tanto las reservas fiscales. Para las anónimas, se utiliza la expresión «cualquier clase de reservas voluntarias», lo que también invita a pensar que con esta redacción el TRLSC solo excluye a las reservas legalmente indisponibles por prescripción del TRLSC.

En lo que atañe al régimen jurídico de la reserva de revalorización, el artículo 9.10 de la Ley 16/2012 establece que esta reserva será indisponible hasta que sea comprobada y aceptada por la Administración tributaria. Dicha comprobación deberá realizarse dentro de los tres años. Y, en los mismos términos que la LIS, el artículo 9.10 aclara que no se entenderá que se ha dispuesto del saldo de la cuenta cuando la entidad deba aplicarla en virtud de una obligación de carácter legal.

Sin embargo, como novedad en comparación con los casos anteriores, se indica que una vez efectuada la comprobación o transcurrido el plazo para la misma, el saldo de la cuenta podrá destinarse:

[...] a la eliminación de resultados contables negativos, a la ampliación de capital social o, transcurridos diez años contados a partir de la fecha de cierre del balance en el que se reflejaron las operaciones de actualización, a reservas de libre disposición. No obstante, el referido saldo solo podrá ser objeto de distribución, directa o indirectamente, cuando los elementos patrimoniales actualizados estén totalmente amortizados, hayan sido transmitidos o dados de baja en el balance.

En este caso la norma contempla de forma expresa que la reserva pueda destinarse a la compensación formal de pérdidas (y, por lo tanto, también cabría sostener que a la compensación material) sin que dicho saneamiento sea obligatorio. Sin embargo, esta previsión es difícilmente conciliable con el segundo inciso que prohíbe la distribución directa o indirecta hasta que los elementos actualizados se han consumido o causado baja en el balance. Como se ha comentado anteriormente, la posibilidad de compensar pérdidas con la reserva de revalorización implica una suerte de distribución indirecta de esta partida en la medida en que permite liberar el resultado del ejercicio que, en otro caso, se hubiese minorado en las pérdidas a compensar.

Por último, cabe señalar que respecto al estatuto fiscal de la reserva por inversiones en Canarias regulada en el artículo 27 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Ré-

gimen Económico y Fiscal de Canarias, la DGT ha interpretado en la Consulta V0395/2009 (NFC032029) que:

[...] toda compensación de pérdidas que comporte la disposición de la RIC correspondientes a cantidades dotadas pendientes de materialización, o sin el transcurso del periodo de permanencia en funcionamiento, en el patrimonio de la consultante, de los bienes en que se materializó, supone incumplimiento de los requisitos del artículo 27 de la Ley 19/1994.

2.6. La relación entre el dividendo preferente o mínimo y el beneficio distribuible

El dividendo mínimo o privilegiado se trata a efectos contables como un gasto financiero porque la sociedad no tiene un derecho incondicional a evitar el pago cuando existen beneficios distribuibles. En el preámbulo de la RICAC se anuncia la cuestión en los siguientes términos:

[...] la naturaleza obligatoria del dividendo preferente o mínimo, justifica que su registro contable se asimile a los gastos financieros devengados en contraprestación por los recursos financieros que obtiene la empresa de sus acreedores.

Es decir, el gasto financiero representa la contrapartida de la obligación de la empresa, en términos contables, cuando no existe un límite temporal a la vigencia del privilegio. Cuando se fija un límite temporal a ese privilegio, el gasto financiero es equivalente a la reversión del descuento calculado en la fecha de reconocimiento inicial de este componente de pasivo. Sin embargo, en ambos casos, el gasto financiero no se tiene en cuenta por la norma mercantil a los efectos de cuantificar el beneficio distribuible.

Sin embargo, desde un punto de vista mercantil, este tipo de acuerdos en ningún momento abandona la esfera de los derechos económicos del socio a participar en las ganancias sociales. A los efectos de su estudio, es oportuno diferenciar dos supuestos.

A) El dividendo obligatorio coincide con el gasto contabilizado

El artículo 28.1 de la RICAC, relativo a la aplicación del resultado, señala que:

El dividendo obligatorio se contabilizará al cierre del ejercicio como un gasto financiero en la cuenta de pérdidas y ganancias, sin perjuicio de que a efectos mercantiles el reconocimiento de los dividendos obligatorios constituya una aplicación de resultados de la que debe informarse a la junta en la correspondiente propuesta.

Además, por imperativo de la norma mercantil (art. 95 TRLSC) el derecho del socio a participar con preferencia en las ganancias sociales solo se originará si existen beneficios distribuibles o, en caso contrario, siempre que el mismo tenga carácter acumulativo.

Con la expresión dividendo acumulable se quiere apuntar la idea de que el nacimiento de la obligación a título de dividendo preferente no está condicionado por la existencia de beneficio distribuible en el ejercicio. Es decir, el gasto se devenga al cierre del ejercicio y el pasivo se cancelará a medida que en los ejercicios posteriores aflore beneficio distribuible en un importe suficiente.

Así, por ejemplo, considérese el caso de una sociedad con un resultado de 40 um, antes de computar el dividendo preferente de 25 um, que tributa al 25 % en el impuesto sobre sociedades (de acuerdo con el art. 15.1 LIS el gasto en concepto de dividendo privilegiado no será fiscalmente deducible por constituir una retribución de los fondos propios; participación en el capital con independencia de su tratamiento contable). El resultado del ejercicio después de contabilizar el dividendo preferente como un gasto al cierre del periodo y reconocer el gasto por impuesto sobre beneficios sería 5 um ($40 - 25 - 10$). Donde 10 um sería el gasto por impuesto sobre beneficios.

Con estos datos, antes de haberse introducido la definición del artículo 3.5 de la RICAC, cabría plantearse si con un resultado del ejercicio de 5 um existía beneficio distribuible suficiente para proceder al pago del dividendo preferente de 25 um. Sin embargo, la RICAC disipa esa duda y concilia la normativa contable y la mercantil, aclarando que: «A los exclusivos efectos de cuantificar el beneficio distribuible, el resultado del ejercicio deberá incrementarse en el importe de los gastos financieros contabilizados al cierre del periodo en concepto de dividendo mínimo o preferente».

En nuestro ejemplo:

$$\text{Beneficio distribuible} = 5 + 25 = 30 \text{ um}$$

Adicionalmente, es preciso advertir que, en nuestra opinión, siguiendo con la lógica que se infiere de la RICAC, consistente en analizar por separado el ámbito contable y el estrictamente mercantil, la base de cálculo de la reserva legal debería ser el resultado «mercantil» del ejercicio, esto es, el resultado antes de contabilizar el gasto a título de dividendo preferente y después de impuestos: «Resultado mercantil» = $5 + 25 = 30$ um (que en este caso coincide con el beneficio distribuible porque no se ha considerado en el ejemplo el efecto de otros componentes como las reservas de libre disposición). En línea con esta interpretación, la dotación de la reserva legal sería el 3 um ($10 \% \times 30$).

También conviene resaltar que, si el beneficio distribuible fuese insuficiente para poder atender el dividendo privilegiado, y el dividendo no fuese acumulativo, el gasto financiero

solo se reconocería hasta el límite que el citado beneficio permitiese pagar. En caso de que fuese acumulativo, el gasto se contabilizaría, en todo caso, al cierre del ejercicio.

Retomando el ejemplo anterior, si ahora el dividendo preferente fuese de 50 um, el resultado del ejercicio y el beneficio distribuible se calcularían como sigue: Resultado ejercicio = $40 - 50 - 10 = -20$; Beneficio distribuible = $-20 + 50 = 30$.

Y la sociedad solo podría atender el pago del dividendo preferente por importe de 30 um quedando las 20 um restantes pendientes de pago. Sin embargo, en todo caso, la sociedad estaría obligada a dotar la reserva legal en 3 um ($10\% \times 30$), en la medida en que el resultado «mercantil» es positivo.

Por la dotación de la reserva legal:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	3	
112	Reserva legal		3

Por el pago parcial del dividendo preferente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
507	Dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros	30	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		30

Otro aspecto a destacar es que si la sociedad tuviese pérdidas acumuladas y no contase con reservas en un importe suficiente para compensarlas materialmente (de libre disposición o indisponibles), el dividendo preferente solo podría pagarse si el resultado del ejercicio (después de impuestos pero antes de reconocer el gasto financiero a título de dividendo preferente) fuese superior a las pérdidas acumuladas (y siempre y cuando se superase el test del balance del art. 273.2 y 3 TRLSC).

En lo que atañe al registro contable, en el artículo 13.1 de la RICAC se señala que se contabilizará como gasto financiero al cierre del ejercicio. Si el dividendo no es acumulativo, el gasto financiero solo se reconocería hasta el límite de esa diferencia. Si fuese acumulativo, se contabilizaría por su totalidad, pero el importe a pagar sería el mismo en ambos casos.

Por último, es conveniente recordar que, en las acciones sin voto emitidas por sociedades no cotizadas, el dividendo mínimo es acumulable (ex art. 99.3 TRLSC). La parte de dividendo mínimo no pagada, por insuficiencia total o parcial de beneficios distribuibles,

deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes. Y mientras no se satisfaga el dividendo mínimo, las participaciones y acciones sin voto tendrán este derecho en igualdad de condiciones que las ordinarias y conservando, en todo caso, sus ventajas económicas.

Transcurrido el plazo de cinco años sin que el dividendo mínimo hubiera sido satisfecho, en el artículo 13 de la RICAC se establece que el pasivo financiero originado por la contabilización del dividendo mínimo se dará de baja con abono a un ingreso financiero.

B) El dividendo obligatorio es superior al gasto contabilizado

El segundo párrafo del artículo 28.1 de la RICAC expresa que:

Cuando el importe del dividendo obligatorio sea superior al gasto financiero reconocido en la cuenta de pérdidas y ganancias, la sociedad ajustará la cifra de capital social contable con cargo al resultado del ejercicio u otra partida del beneficio distribuable en el importe en que el dividendo obligatorio supere el gasto financiero. Si las acciones o participaciones se emitieron o crearon con prima, el citado ajuste afectará al capital social y a la prima en el porcentaje regulado en el artículo 12.5.

Cuando el privilegio se limite a un número determinado de años, una parte significativa del dividendo mínimo se reconocerá como un pasivo. En tal caso, el gasto financiero a reconocer en la cuenta de pérdidas y ganancias será exclusivamente la reversión del descuento financiero o diferencia entre el valor nominal del dividendo y el valor actual de la deuda. Sin embargo, el pago de este pasivo, desde un punto de vista mercantil, constituye una aplicación de resultados. Este escenario introduce un doble impacto que es preciso entender para otorgar a la operación un adecuado tratamiento contable:

- 1.º El beneficio distribuable debe cubrir el pasivo en concepto de dividendo obligatorio para que pueda atenderse el pago.
- 2.º La sociedad debe ajustar (incrementar) el capital social contable en la diferencia entre el importe nominal del dividendo y el gasto financiero reconocido en la cuenta de pérdidas y ganancias. En caso contrario, una vez atendido el pago del dividendo durante el plazo temporal al que se extienda el privilegio, la cifra de capital social sería inferior al nominal emitido y en las reservas luciría un importe, por la citada diferencia, que tendría la calificación mercantil de indisponible. Ante este escenario, la alternativa de presentación que se propone en la RICAC parece una solución preferible en aras de la imagen fiel.

Así, piénsese en el supuesto de una sociedad que hubiese emitido acciones por un nominal de 1.000 um y un dividendo preferente del 5 % (de ese nominal) limitado a los dos primeros años después de la emisión. Estas acciones se calificarían como un instrumento financiero compuesto para cuya adecuada presentación sería preciso cuantificar el componente de

pasivo como el valor actual de la obligación asumida (de naturaleza contingente en términos contables; esto es, exclusivamente obligatoria, en el caso de que exista beneficio distribuable). Suponiendo que el tipo de descuento incremental de la sociedad para una deuda en la misma moneda y plazo fuese del 6 %, el valor actual del pasivo se calcularía como sigue:

$$\text{Valor actual deuda} = 50/(1,06) + 50/(1,06)^2 = 91,67 \text{ um}$$

En el momento inicial, la sociedad contabilizaría 91,67 um en el pasivo y 908,33 en el capital social. A partir de esa fecha, el pasivo se contabilizaría a coste amortizado y el gasto financiero acumulado en el resultado del ejercicio ascendería a 8,33 um (5,5 + 2,83). En la siguiente tabla se muestran estos cálculos:

Periodo	(a) Coste amortizado inicio periodo	(b) Gasto financiero (b) = (a) × 0,06	(c) Pago dividendo obligatorio	Coste amortizado final periodo (a) + (b) – (c)
1	91,67	5,50	50	47,17
2	47,17	2,83	50	0

Al final del segundo año la sociedad mantendría el capital social por un importe de 908,33 y unas reservas indisponibles de 91,67 um (diferencia entre 100 y 8,33). Frente a esta alternativa de presentación, en la RICAC se estipula que las citadas reservas se destinen, cada año, a medida que se produce el pago del dividendo mínimo, a incrementar la cifra de capital social contable constituyendo de este modo una suerte de aplicación obligatoria del beneficio distribuable. Los asientos para el primer año serían los siguientes:

Por la reversión del descuento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	5,50	
502	Acciones o participaciones a corto plazo consideradas como pasivos financieros		5,50

Por el reconocimiento del dividendo mínimo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
502	Acciones o participaciones a corto plazo consideradas como pasivos financieros	50	



Código	Cuenta	Debe	Haber
►			
507	Dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros		50

Por el ajuste a la cifra del capital social contable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	44,5	
100	Capital		44,5

Para concluir este epígrafe cabe señalar que, salvo previsión expresa en los estatutos en sentido contrario, en el supuesto de coexistencia en el balance de acciones con derecho a un dividendo preferente, acciones sin voto e insuficiencia de beneficio distribuable para atender el pago de ambos dividendos, cabría plantearse que el dividendo preferente debería ser atendido antes que el dividendo mínimo porque los titulares de las acciones sin voto pueden verse compensados con la recuperación del derecho político.

2.7. La calificación de los negocios de aportación sin aumento de capital como beneficio distribuable

La última aclaración que se introduce en el artículo 3.5 de la RICAC (y en los mismos términos en el art. 9.5) es la relativa al estatuto mercantil de la prima de emisión y las otras aportaciones de los socios (cuenta 118). La norma asimila ambas rúbricas a las reservas de libre disposición de lo que cabe concluir que serían susceptibles de recuperación por medio de un acuerdo societario que desde un punto de vista patrimonial quedaría sujeto a las mismas limitaciones que las previstas para la aplicación del resultado.

La RICAC dedica el artículo 9 a desarrollar el régimen contable de las otras aportaciones de los socios, aclarando en su apartado 1 que:

[...] las aportaciones de los socios sin contraprestación y en proporción a su participación en la sociedad, incluidas las que eventualmente se realicen en mérito de prestaciones accesorias, no cumplen la definición de ingreso, ni la de pasivo y, por lo tanto, el valor razonable del activo aportado, o el de la deuda condonada, se contabilizará en el patrimonio neto, dentro de los fondos propios, en el epígrafe A-1.VI. «Otras aportaciones de socios».

El exceso de la aportación efectuada por un socio sobre la parte proporcional que teóricamente le hubiese correspondido efectuar, de haberse acordado un aumento de capital, se contabilizará como un ingreso. La naturaleza de este ingreso no difiere de la donación realizada por un tercero no socio, porque de la RICAC se infiere que en el exceso aportado el socio no actúa como tal. Todo ello, siempre y cuando el socio no pruebe que la aportación se ha realizado por una causa distinta, en cuyo caso, el registro contable deberá ajustarse a ese fondo, jurídico y económico.

Además, en conexión con estas operaciones de aportación, consideramos oportuno señalar que, en nuestra opinión, las variaciones en el patrimonio neto derivadas de cargos o abonos en las reservas de la sociedad adquirente por causa de las operaciones de reestructuración entre empresas del grupo regulados en la NRV 21.^a 2 del PGC, también tendrían el estatuto mercantil de la prima de emisión o asunción. Sin perjuicio de que cuando en los escenarios de insuficiencia de prima o reservas voluntarias en la sociedad adquirente que permita compensar el cargo en las reservas que origine la operación, el exceso deba asimilarse a los resultados negativos de ejercicios anteriores.

Para finalizar haremos una breve mención al epígrafe «Otros instrumentos de patrimonio» de los fondos propios, donde se deben mostrar dos operaciones de signo diferente (cuenta 111 del PGC): a) los instrumentos financieros que no cumplen la definición de pasivo y, por lo tanto, se deben presentar en el patrimonio neto (por ejemplo, determinadas obligaciones no reembolsables o reembolsables a opción del emisor que otorgan un rendimiento discrecional, y obligaciones y bonos obligatoria o contingentemente convertibles en capital), y, b) la contrapartida del gasto de personal que se devenga en los planes de retribución basados en los instrumentos de patrimonio de la sociedad, cuando se liquidan con la entrega de las propias acciones.

Es claro que dichos instrumentos financieros no forman parte del beneficio distribuible. Su finalidad es cubrir las necesidades de financiación a medio y largo plazo de la sociedad a cambio de una retribución superior a la del pasivo más subordinado, pero inferior a la del capital. También es habitual que estos fondos estén llamados a la absorción de pérdidas en caso de pérdida grave del capital; en su caso, por medio de su previa conversión en acciones. A efectos mercantiles, salvo previsión legal expresa en sentido contrario, forman parte de los fondos propios y, por lo tanto, del patrimonio neto de la sociedad.

El componente de patrimonio neto de los instrumentos financieros compuestos cuyo contrato principal no sean acciones de la sociedad (por ejemplo, las obligaciones convertibles en un número fijo de acciones) seguiría un régimen equivalente al expuesto en el párrafo anterior. Tendría la calificación de patrimonio neto indisponible, salvo recompra por el emisor, hasta la fecha en que se produzca su reclasificación a una cuenta de reservas o a la cuenta prima de emisión, en los términos regulados en el capítulo VIII de la RICAC.

Siguiendo con el análisis de los instrumentos compuestos, es necesario advertir que si las acciones o participaciones (contabilizadas como «compuestos») se emitiesen con prima,

esta última formaría parte del beneficio distribuible. Sin perjuicio de que, en caso de reparto de la prima, se tenga que reclasificar al pasivo el componente de patrimonio neto que hasta esa fecha lucía como capital social contable.

Por último, en nuestra opinión, el patrimonio neto contable que se reconoce como contrapartida del gasto de personal, en los acuerdos de retribución basados en las propias acciones o participaciones, tampoco forma parte del beneficio distribuible porque los negocios de aportación que se califican como tal, y asimilan a las reservas de libre disposición, se limitan a los acordados al amparo del artículo 9 de la RICAC. En consecuencia, esta rúbrica tampoco se debería considerar a los efectos de compensar materialmente las pérdidas.

Ejercicio 1. Cuantificación del beneficio distribuible

El patrimonio neto de la sociedad X, SA presenta a 31 de diciembre de 20X9 la siguiente composición:

A) PATRIMONIO NETO	
A-1) Fondos propios	
I. Capital	6.000.000
II. Prima de emisión	65.000
III. Reservas	850.000
1. Legal y estatutarias	650.000 (1)
2. Otras reservas	200.000
V. Resultados de ejercicios anteriores	
1. Remanente	10.000
2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores)	-xxx
VI. Otras aportaciones de socios	10.000
VII. Resultado del ejercicio	300.000
(1) Reserva legal: 600.000; Reserva estatutaria (indisponible): 50.000.	

Se pide:

Contabilizar la aplicación del resultado en cada uno de los siguientes escenarios, considerando que la sociedad desea distribuir el máximo dividendo con cargo al resultado del ejercicio 2019.

- a) Los resultados negativos de ejercicios anteriores son:
 - a.1) 100.000 um.
 - a.2) 300.000 um.
 - a.3) 1.000.000 um.
- b) Los resultados negativos de ejercicios anteriores son 1.100.000 um. La sociedad ha emitido acciones con derecho a un dividendo preferente de 20.000 um, siempre y cuando exista beneficio distribuible.
- c) Los resultados negativos de ejercicios anteriores son 1.210.000 um. La sociedad ha emitido acciones con derecho a un dividendo preferente de 20.000 um, que tiene carácter acumulativo, de forma que en caso de insuficiencia de beneficio distribuible se pagará en los cinco ejercicios siguientes.

Solución

Caso a. 1)

Si las pérdidas acumuladas ascienden a 100.000, el beneficio distribuible se obtendría a partir de los siguientes cálculos:

Resultado ejercicio	300.000
Ajustes positivos	285.000
(+) Reservas de libre disposición (1)	275.000
(+) Remanente	10.000
Ajustes negativos	-130.000
(-) Resultados negativos ejercicios anteriores	-100.000
(-) Reserva legal (2)	-30.000
Beneficio distribuible	455.000

(1) Prima de emisión: 65.000; Reservas voluntarias: 200.000; Aportaciones de socios: 10.000.

(2) La reserva legal no alcanza el 20 % del capital social por lo que la sociedad debe efectuar una dotación del 10 % del resultado del ejercicio: $10\% \times 300.000 = 30.000$.

Como el beneficio distribuible supera el resultado del ejercicio $455.000 > 300.000$, una vez dotada la reserva legal, la sociedad podrá distribuir un importe de 270.000 con cargo al resultado del ejercicio 2019. En su caso, adicionalmente, también podría repartir 185.000 con cargo a reservas de libre disposición (o partidas asimiladas en lo que atañe a su estatuto mercantil).

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	300.000	
112	Reserva legal		30.000
526	Dividendo activo a pagar (1)		270.000

(1) En el artículo 28.6 de la RICAC se aclara que:

El dividendo cuyo importe se espera pagar en el corto plazo se podrá valorar por su valor nominal cuando el efecto de no actualizar los flujos de efectivo no sea significativo. En caso contrario, la deuda se contabilizará por su valor actual y la valoración posterior del pasivo seguirá el criterio del coste amortizado.

Por su parte, en el artículo 276 del TRLSC, en relación con el momento y forma de pago del dividendo, se dispone lo siguiente:

1. En el acuerdo de distribución de dividendos determinará la junta general el momento y la forma del pago.
2. A falta de determinación sobre esos particulares, el dividendo será pagadero en el domicilio social a partir del día siguiente al del acuerdo.
3. El plazo máximo para el abono completo de los dividendos será de doce meses a partir de la fecha del acuerdo de la junta general para su distribución.

Caso a.2)

Si las pérdidas acumuladas ascienden a 300.000, el beneficio distribuible se obtendría a partir de los siguientes cálculos:

Resultado ejercicio	300.000
Ajustes positivos	285.000
Ajustes negativos	-315.000
(-) Resultados negativos ejercicios anteriores (1)	-285.000
(-) Reserva legal	-30.000
Beneficio distribuible	270.000

(1) El exceso de los resultados negativos de ejercicios anteriores sobre el importe de los ajustes positivos (15.000) no se resta por estar cubierto por las reservas estatutarias indisponibles y la reserva legal que ascienden a 650.000.

Por tanto, el máximo dividendo que puede repartir la sociedad con cargo al resultado del ejercicio sigue siendo de 270.000. Sin embargo, obsérvese que, en el presente caso, las reservas disponibles de la sociedad no pueden ser objeto de distribución, al estar materialmente destinadas a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores.

Caso a.3)

Si las pérdidas acumuladas ascienden a 1.000.000, el beneficio distribuible se obtendría a partir de los siguientes cálculos:

Resultado ejercicio	300.000
Ajustes positivos	285.000
Ajustes negativos	-380.000
(-) Resultados negativos ejercicios anteriores (1)	-285.000
(-) Exceso de los resultados negativos no cubiertos por la reservas estatutaria indisponible y la reserva legal (2)	-65.000
(-) Reserva legal	-30.000
Beneficio distribuible	205.000

(1) Resultados negativos cubiertos por los ajustes positivos.

(2) El exceso de los resultados negativos de ejercicios anteriores sobre el importe de los ajustes positivos, 715.000 (1.000.000 – 285.000), únicamente se restan en la medida en que no estén cubiertos por la reserva estatutaria indisponible y la reserva legal. Este exceso es de 65.000 (715.000 – 650.000).

Y el máximo dividendo que puede repartir la sociedad con cargo al resultado del ejercicio es de 205.000.

Código	Concepto	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	300.000	
112	Reserva legal		30.000
113	Reservas voluntarias		65.000
526	Dividendo activo a pagar		205.000

Caso b)

Si las pérdidas acumuladas ascienden a 1.100.000, y existe un dividendo preferente de 20.000, no acumulativo, el beneficio distribuible se obtendría a partir de los siguientes cálculos.

Resultado ejercicio	300.000
Ajustes positivos	285.000
Ajustes negativos	-482.000
(-) Resultados negativos ejercicios anteriores cubiertos por los ajustes positivos	-285.000
(-) Exceso de los resultados negativos no cubiertos por la reservas estatutaria indisponible y la reserva legal (1)	-165.000
(-) Reserva legal (2)	-32.000
(+) Dividendo mínimo (3)	+20.000
Beneficio distribuible	123.000

- (1) El exceso de los resultados negativos de ejercicios anteriores sobre el importe de los ajustes positivos, 815.000 (1.100.000 – 285.000), únicamente se restan en la medida en que no estén cubiertos por la reserva estatutaria indisponible y la reserva legal. Este exceso es de 165.000 (815.000 – 650.000).
- (2) La base de cálculo de la reserva legal es el resultado del ejercicio después de impuestos, sin considerar la retribución obligatoria a los socios como gasto. Por imperativo de la norma mercantil, la cuantificación de la dotación a la reserva legal precede a la determinación del beneficio distribuible a los accionistas (art. 274.2). Dotación a reserva legal: $10\% \times (300.000 + 20.000) = 32.000$.
- (3) La existencia de acciones sin voto originará la contabilización a 31 de diciembre de 20X9 de un dividendo preferente de 20.000 porque la sociedad dispone de beneficio distribuible por un importe igual o superior.

El beneficio distribuible de la sociedad es de 123.000. De esta cantidad la sociedad ya ha reconocido a 31 de diciembre de 20X9 un importe de 20.000 en concepto de dividendo mínimo, siendo, por tanto, el máximo dividendo ordinario que puede repartir de 103.000.

El acuerdo en la junta general origina el siguiente registro contable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	300.000	
112	Reserva legal		32.000
113	Reservas voluntarias		165.000
526	Dividendo activo a pagar		103.000



Y por el posterior pago del dividendo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	103.000	
507	Dividendo de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero	20.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		99.630
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas (123.000 × 19%) (1)		23.370

(1) Considerando una retención del 19%.

Caso c)

Si las pérdidas acumuladas ascienden a 1.210.000, y existe un dividendo preferente acumulativo de 20.000, el beneficio distribuible de la sociedad sería de 13.000. En este supuesto, el beneficio distribuible tendría como único destino el pago parcial del dividendo mínimo contabilizado a 31 de diciembre de 20X9, quedando pendiente de pago 7.000, que se pagará en los cinco años siguientes siempre que existan beneficios distribuibles. Si el dividendo no fuese acumulativo, el gasto financiero contabilizado hubiera sido de 13.000.

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	300.000	
112	Reserva legal		32.000
113	Reservas voluntarias		268.000

Y por el posterior pago del dividendo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
507	Dividendo de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero	13.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.530
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas (13.000 × 19%)		2.470

3. Límites a la distribución del beneficio

El artículo 3.5 de la RICAC concluye señalando que: «En todo caso la distribución de resultados o la devolución de las aportaciones indicadas en el párrafo anterior, estará sujeta al cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 28».

Por lo tanto, para que los socios puedan recibir un dividendo, es una condición necesaria, pero no suficiente, que exista beneficio distribuible. Adicionalmente, se tiene que superar el test del balance del artículo 273.2 del TRLSC, al que nos hemos referido anteriormente con la expresión «patrimonio neto no inferior al capital social». Este test ha sido desarrollado en los apartados 2 y 3 del artículo 28 de la RICAC, en los siguientes términos:

2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por las leyes o los estatutos, solo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio distribuible, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social mercantil.

Los beneficios imputados directamente al patrimonio neto (ajustes por cambios de valor positivos y subvenciones, donaciones y legados reconocidos directamente en el patrimonio neto), no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta y, por lo tanto, se minorarán de la cifra de patrimonio neto.

En todo caso, la distribución de beneficios solo será posible cuando el importe de las reservas de libre disposición sea, como mínimo, igual al valor en libros del activo en concepto de investigación y desarrollo que figure en el balance.

3. 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, antes de dotar, en su caso, la reserva legal.

A continuación se analizan los aspectos más destacables de este desarrollo reglamentario.

Antes de iniciar la exposición es importante poner de manifiesto que la interpretación del test del balance vendrá condicionada, a su vez, por la interpretación que se haya realizado sobre el alcance de los conceptos que intervienen en la definición del beneficio distribuible, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

Conceptos que intervienen en la definición del beneficio distribuible	Dudas que se pueden plantear
Reservas de libre disposición (reservas voluntarias, prima de emisión, otras aportaciones de los socios) + Remanente	¿Las propias acciones o participaciones y la partida «Investigación y desarrollo» minoran los ajustes positivos o constituyen un límite al reparto del beneficio distribuible?



Conceptos que intervienen en la definición del beneficio distribuable	Dudas que se pueden plantear
Resultados negativos de ejercicios anteriores	¿Se incluyen en este concepto los ajustes negativos contabilizados directamente en el patrimonio neto?

El ICAC parece sostener que la partida «Investigación y desarrollo» constituye un límite al reparto del beneficio distribuable porque en caso contrario el literal del último párrafo del artículo 3.5, en el que se remite al cumplimiento de los citados límites, tendría escaso contenido.

Del mismo modo, como analizaremos más adelante, la RICAC parece considerar que los ajustes negativos también deben operar como un límite y no como mayores «resultados negativos de ejercicios anteriores» a los efectos de cuantificar el beneficio distribuable. Sin embargo, en este punto, opinamos que hubiese sido más oportuno optar por integrar estos ajustes, restando en el concepto de beneficio distribuable.

Respecto a la autocartera las conclusiones son menos evidentes. Más arriba ya hemos expuesto nuestro criterio, en el sentido de minorar los ajustes positivos que conforman el beneficio distribuable.

3.1. Beneficio distribuable, patrimonio neto y capital social mercantil

El artículo 28 de la RICAC se rotula como «La aplicación del resultado». Sin embargo, el primer párrafo del apartado 2 regula la aplicación del «beneficio distribuable» con el objetivo de integrar en este concepto el «beneficio del ejercicio» y las «reservas de libre disposición» a que se refiere el artículo 273.2 del TRLSC.

El concepto de patrimonio neto no se define ni en el artículo 273.2 del TRLSC ni en el artículo 28.2 de la RICAC. Sin embargo, a diferencia del TRLSC, en la resolución sí que se integra esa definición en el mismo cuerpo normativo (art. 3.1, en línea con la recogida en el art. 36.1 CCom.).

A los efectos que aquí nos ocupan, esto es, decidir si procede la distribución de beneficios, se considerará patrimonio neto:

[...] el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También

a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto.

Del mismo modo es oportuno recordar, tal y como se hace en el artículo 3.1 de la RICAC, que los préstamos participativos en ningún caso forman parte del patrimonio neto a la hora de verificar el test del balance «patrimonio neto no inferior al capital social».

De esta forma, el patrimonio neto a efectos de la aplicación del beneficio distribuable tendría la siguiente composición:

A) Patrimonio neto contable (balance de las cuentas anuales)

B) Ajustes para determinar el patrimonio neto mercantil (art. 36.1 c) CCom.) a los efectos del reparto del beneficio distribuable:

- (+) Capital no exigido (socios por desembolsos no exigidos).
- (+) Deudas con características especiales (acciones sin voto o rescatables) (importe nominal + prima emisión).
- (-) Ajustes positivos por cambio de valor.
- (-) Subvenciones, donaciones y legados recibidos.
- (+/-) Cobertura flujos efectivo (cuenta 1340).

C) Patrimonio neto mercantil (art. 36.1 c) CCom.) a los efectos del reparto del beneficio distribuable (A+/-B)

Nótese también que en el artículo 28.2 de la RICAC se aclara que el capital social a que se refiere el test del balance es el capital social mercantil. Esto es, el emitido como tal independientemente de que se presente en el patrimonio neto contable o en el pasivo. Adicionalmente, en caso de aumento o reducción de capital, opinamos que solo cabría considerar el capital inscrito en el Registro Mercantil con anterioridad a la formulación de las cuentas anuales dentro del plazo establecido en el TRLSC, siguiendo el mismo criterio que se aplica a los efectos de su presentación contable.

3.2. Tratamiento de los ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto

Una de las principales novedades de la reforma mercantil en materia contable introducida por la Ley 16/2007, de 4 de julio, fue la incorporación del criterio del valor razonable para determinados instrumentos financieros.

A raíz de ese cambio, que posteriormente se ha desarrollado en el PGC, las variaciones en el valor razonable de los instrumentos financieros clasificados en la categoría de activos financieros disponibles para la venta (AFDV) se reconocen en la fecha de su devengo directamente en el patrimonio neto para su posterior reclasificación al resultado del ejercicio (saldo de la cuenta 129). Con carácter general, en la fecha en que se produce el deterioro o baja de balance del instrumento financiero.

En este punto puede ser útil recordar que se incluyen en esa categoría (AFDV), fundamentalmente, participaciones en fondos de inversión, acciones, obligaciones y bonos cotizados que no se mantienen con el propósito de realizar una gestión activa y recurrente, porque en tal caso la variación de valor razonable se registraría en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Los cambios en el valor razonable de algunos instrumentos financieros derivados, utilizados en la técnica de la contabilidad de coberturas de flujos de efectivo, también se contabilizan directamente en el patrimonio neto. De acuerdo con la NRV 9.^a 6, este ajuste se imputará a la cuenta de pérdidas y ganancias en el ejercicio o ejercicios en los que la operación cubierta afecte al resultado, salvo que la cobertura corresponda a una transacción prevista que termine en el reconocimiento de un activo o pasivo no financiero, en cuyo caso los importes registrados en el patrimonio neto se incluirán en el coste del activo o pasivo cuando sea adquirido o asumido.

Antes de la reforma contable de la Ley 16/2007 las ganancias originadas por estas variaciones de valor no se contabilizaban y las pérdidas se registraban en la cuenta de pérdidas y ganancias, formando parte del resultado del ejercicio. Para comprender la finalidad y efectos de la reforma en esta materia es relevante la explicación que se introdujo en el apartado VI del preámbulo de la ley:

[...] los apartados cinco, seis, siete, doce, trece y catorce del citado artículo segundo de la ley dan nueva redacción a los artículos 163, 164, 167, 213, 260 y 262 del TRLSA, y los apartados dos a cinco del artículo tercero a los artículos 79, 82, 104 y 142 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Todo ello, con la finalidad de que el importe del resultado del ejercicio y del patrimonio, se sigan utilizando como magnitudes de referencia en el ordenamiento jurídico mercantil.

Por otra parte, en aras de mantener la neutralidad mercantil de la reforma contable, los ajustes negativos contabilizados directamente en el patrimonio neto deberán calificarse como pérdidas a los efectos regulados en el TRLSA y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la medida en que la vigente regulación ya exige su registro en la cuenta de pérdidas y ganancias.

De todo lo anterior se infiere que el propósito de la reforma legal del año 2007 fue preservar la neutralidad mercantil de los nuevos criterios contables, para que el resultado del ejercicio (saldo de la cuenta 129) siguiese siendo el punto de partida en la determinación de

las ganancias susceptibles de reparto entre los socios. Este resultado incorporaría la regla del valor razonable cuando la variación de valor se incluyese en la cuenta de pérdidas y ganancias, así como los ajustes negativos por cambios de valor.

A tal efecto, la reforma mercantil del año 2007 introdujo en el artículo 213.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas la precisión de que: «[...] los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta». Este criterio se incorporó en el año 2010 al artículo 273.2 del TRLSC.

Y, en la actualidad, se ha reproducido en el artículo 28.2 de la RICAC como sigue:

Los beneficios imputados directamente al patrimonio neto (ajustes por cambios de valor positivos y subvenciones, donaciones y legados reconocidos directamente en el patrimonio neto), no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta y, por lo tanto, se minorarán de la cifra de patrimonio neto.

La aportación del ICAC en este punto, en primer lugar, ha consistido en interpretar que la referencia a los beneficios imputados directamente al patrimonio neto debe ser entendida como a las subagrupaciones con saldo positivo A-2) Ajustes por cambios de valor y A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos. Si bien esta postura podría resultar discutible, porque se produce la compensación de las ganancias con las pérdidas incurridas en inversiones con diferentes riesgos y rentabilidades, no es menos cierto que al fijar este criterio se simplifica la aplicación práctica del test del balance.

En segundo lugar, en la RICAC se aclara cómo se lleva a efecto la prohibición de reparto indirecto de estos beneficios al precisar que: «se minorarán de la cifra de patrimonio neto». Este ajuste extracontable evita que puedan compensar las pérdidas acumuladas, y que se libere el resultado del ejercicio de la compensación material. Sea como fuere, nótese que la solución al problema planteado también se logra con la incorporación del concepto de beneficio distribuible.

En este sentido, considérese el caso de una sociedad con un capital social de 100 um, un resultado negativo de ejercicios anteriores de -20 um, unas subvenciones de 30 um y un resultado del ejercicio de 10 um. El reparto del resultado, después de destinar un 10 % a la reserva legal, en principio, superaría el test del balance porque después del reparto el patrimonio neto ($111 = 100 + 1 - 20 + 30$) sería superior a la cifra de capital social 100 um. No obstante, de prosperar este planteamiento, se produciría un reparto indirecto de la subvención que pasaría a compensar las pérdidas acumuladas.

Al eliminar la subvención del patrimonio neto se resuelve el problema en la medida en que en este supuesto el patrimonio neto ($81 = 100 + 1 - 20$) sería inferior al capital social. Del mismo modo, también es claro que no es posible acordar reparto alguno si cuantificamos el beneficio distribuible ($10 - 10 = 0$ um).

Los ajustes por cambios de valor negativos no se mencionan de forma expresa ni en el artículo 273.2 del TRLSC, ni en los artículos 3.5 ni 28.2 de la RICAC. No obstante, al no excluirse del test del balance es obvio que estas pérdidas tienen efectos mercantiles y limitan el reparto del resultado del ejercicio, a pesar de que a efectos contables no formen parte de este concepto.

Hasta dónde llega la eficacia de estos ajustes, es una cuestión menos clara. Por un lado, se podría sostener que estas pérdidas solo deben tenerse en cuenta en los diferentes test del balance que se regulan en el TRLSC, pero que en la medida en que no forman parte del resultado del ejercicio, tampoco deben considerarse para cuantificar la reserva legal neta o efectiva. Desde este enfoque, los ajustes negativos surtirían los mismos efectos que la partida «Investigación y desarrollo»; meros límites al reparto del beneficio distribuible.

Sin embargo, no es menos cierto que sobre la base de una interpretación literal del preámbulo de la Ley 16/2007 podría llegar a concluirse que estos ajustes negativos siguen formando parte del resultado «mercantil». Y desde esta perspectiva que también se deberían considerar a los efectos de cuantificar la reserva legal efectiva.

La disyuntiva se puede ilustrar con el siguiente ejemplo. Considérese el caso de una sociedad con un capital social de 100 um, reserva legal de 10 um, reservas voluntarias de 20 um, ajustes negativos acumulados en el patrimonio neto de -40 um y un resultado del ejercicio de 15 um. La sociedad tiene un patrimonio neto de 105 um superior al capital social de 100 um. Y el beneficio distribuible en cada una de las tesis que cabría sostener sería el siguiente:

	Los ajustes negativos se incluyen en el cálculo	Los ajustes negativos no se incluyen en el cálculo
Resultado del ejercicio	15	15
a) Ajustes positivos	20	20
b) Ajustes negativos		
1.º Resultados negativos de ejercicios anteriores compensados con ajustes positivos	-20	
2.º Exceso de resultados negativos no compensados con reserva legal.	-10	
3.º Dotación a la reserva legal	-1,5	-1,5
Beneficio distribuible	3,5	33,5

Si los ajustes negativos se incluyen en el patrimonio neto, la cantidad susceptible de reparto entre los socios sería de 3,5 um. En caso contrario, el beneficio distribuible sería

de 33,5 um. Sin embargo, en principio, la sociedad solo podría aplicar 5 um al pago de dividendos porque si se supera ese importe el patrimonio neto sería inferior al capital social. No obstante, en tal caso, todo el exceso del patrimonio neto sobre la cifra de capital social se destinaría al reparto entre los socios sin que la dotación a la reserva legal se traduzca en un incremento efectivo de esta partida. Por ello, opinamos que en este supuesto sería más prudente sostener que el reparto entre los socios tampoco puede superar las 3,5 um. Vemos de esta forma que la inclusión de los ajustes negativos de patrimonio neto en el concepto de beneficio distribuible coincidiría con el límite del test del balance.

Cuando la reserva legal ya ha alcanzado el 20 % del capital social, las posibles soluciones a considerar no serían equivalentes. Capital social de 100 um, reserva legal de 20 um, reservas voluntarias de 10 um, ajustes negativos acumulados en el patrimonio neto de -40 um y un resultado del ejercicio de 15 um. La sociedad tiene un patrimonio neto de 105 um superior al capital social de 100 um. Y el beneficio distribuible en cada una de las tesis que cabría sostener sería el siguiente:

	Los ajustes negativos se incluyen en el cálculo	Los ajustes negativos no se incluyen en el cálculo
Resultado del ejercicio	15	15
a) Ajustes positivos	10	10
b) Ajustes negativos		
1.º Resultados negativos de ejercicios anteriores compensados con ajustes positivos	-10	
2.º Exceso de resultados negativos no compensados con reserva legal	-10	
3.º Dotación a la reserva legal	-1,5	
Beneficio distribuible	3,5	25

Si los ajustes negativos se incluyen en el patrimonio neto, la cantidad susceptible de reparto entre los socios sería de 3,5 um. La sociedad debería destinar a la reserva legal el 10 % del resultado, puesto que por el régimen de absorción de pérdidas que señala el preámbulo de la RICAC, la reserva legal efectiva sería cero, al estar destinada a la compensación de los ajustes negativos en patrimonio neto.

En caso contrario, el beneficio distribuible sería de 25 sin que procediese dotar la reserva legal porque ya habría alcanzado el 20 % del capital social. Sin embargo, la sociedad solo podría aplicar 5 um, de las que 1,5 um se destinaría a reserva legal (en coherencia con la solución anterior) y el resto 3,5 um al pago de dividendos, porque en caso contrario el pa-

patrimonio neto sería inferior al capital social, coincidiendo de esta manera el beneficio distribuable con el test del balance.

Por tanto, la conclusión a la que llegamos es que hubiese sido apropiado que los ajustes negativos en patrimonio neto se hubiesen incluido en el concepto de beneficio distribuable del artículo 3.5 de la RICAC.

3.3. Dotación de la reserva legal en el caso de que el patrimonio neto sea inferior al capital social

El artículo 28.3 de la RICAC expresa 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, *antes de dotar, en su caso, la reserva legal*.

Este texto reproduce el recogido en el segundo párrafo del artículo 273.2 del TRLSC que se completa con el inciso señalado en cursiva, que según se indica en el preámbulo de la RICAC tiene el objetivo de aclarar que:

[...] cuando existan pérdidas acumuladas y el resultado del ejercicio sea positivo, en caso de que el patrimonio neto sea inferior al capital social, el resultado del ejercicio debe destinarse a la compensación formal o saneamiento contable de las pérdidas antes de que, en su caso, proceda destinar una parte del resultado a dotar la reserva legal. Con esta precisión se mantiene y aclara la interpretación del ICAC publicada en la consulta 5 del BOICAC 99, de septiembre de 2014.

El ICAC interpretó en esa consulta que: «... si las pérdidas de ejercicios anteriores hacen que el valor del patrimonio neto de la sociedad sea inferior a la cifra de capital social, el beneficio se destinará a la compensación de esas pérdidas de forma obligatoria». Y, en consecuencia, sin que en estos casos proceda la dotación de la reserva legal ex artículo 274.1 del TRLSC.

En ausencia de ajustes negativos por cambios de valor, la regla se percibe con claridad. Si la sociedad tiene un capital social de 100 um, la reserva legal es de 15 um, las reservas voluntarias de 5, pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores por importe de -40 y obtiene un beneficio de 10 um, todo el resultado debe destinarse a la compensación de pérdidas porque el patrimonio neto (90) es inferior al capital social (100).

En este contexto, la aclaración de la norma se dirige a fijar un criterio en el supuesto en que el resultado positivo destinado al saneamiento sea superior a los resultados negativos

eliminados, en cuyo caso, procedería la dotación de la reserva legal. Este escenario se podría dar si las pérdidas reconocidas en los fondos propios fuesen inferiores al resultado del ejercicio y al mismo tiempo el patrimonio neto se situase por debajo del capital social, como se muestra en este ejemplo (donde la dotación a la reserva legal sería de 6 um):

	31-12-20X0
Capital social	100
Resultados negativos de ejercicios anteriores	-40
Resultado del ejercicio	60
Fondos propios	120
Ajustes negativos por cambios de valor	-30
Patrimonio neto	90

Es decir, el inciso analizado («... antes de dotar, en su caso, la reserva legal») parece situar la interpretación del ICAC en la segunda alternativa que se ha descrito.

Si el tratamiento de las pérdidas acumuladas en el patrimonio neto fuese homogéneo, tal y como hemos expuesto anteriormente, no parece que hubiese sido necesario incluir esa precisión, debiendo destinarse de este modo todo el beneficio a compensar pérdidas.

Al hilo de esta cuestión, y respecto a la reserva de capitalización, es oportuno recordar que la Dirección General de Tributos ha interpretado (Consultas V4962/2016 –NFC062911– y V1572/2019 –NFC072443–) que la parte del beneficio del año que no puede distribuirse libremente por tener que aplicarse a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, en virtud de lo previsto en el artículo 273 del TRLSC, deberá tener la consideración de una reserva de carácter legal de las previstas en el artículo 25.2 d) de la LIS y, en consecuencia, que el incremento de los fondos propios derivado del citado beneficio positivo no se debe tener en cuenta a los efectos de aplicar el incentivo fiscal.

3.4. Otros límites al reparto del beneficio distribuable

El artículo 28.2 del RICAC señala que, en todo caso, la distribución de beneficios solo será posible cuando el importe de las «reservas de libre disposición» sea, como mínimo, igual al valor en libros del activo en concepto de investigación y desarrollo que figure en el balance. De esta manera, la existencia de investigación y desarrollo en el activo de la sociedad determina que el beneficio distribuable deba retenerse en la sociedad y aplicarse obligatoriamente a dotar una reserva voluntaria. Sobre esta cuestión la RICAC no introduce

ninguna novedad, al margen de que la regla se predique como una limitación al reparto del «beneficio distribuible» y se utilice la expresión «reservas disponibles» en vez de «reservas de libre disposición» que es la fórmula empleada en el TRLSC.

Por último, cabe señalar que, ex artículos 326 y 328 del TRLSC, cuando la sociedad haya reducido el capital social para compensar pérdidas o para constituir o incrementar la reserva legal, no podrá distribuir dividendos hasta que esta última alcance el 10 % del nuevo capital social.

Ejercicio 2. Test del balance. Resultados negativos de ejercicios anteriores, diviendo mínimo y gastos de investigación y desarrollo

El patrimonio neto de la sociedad Z, SA presenta a 31 de diciembre de 20X0 la siguiente composición:

A) PATRIMONIO NETO	520.000
A-1) Fondos propios	520.000
I. Capital	420.000
1. Capital escriturado (50.000 accs. x 10 um)	500.000
2. (Capital no exigido)	-80.000
III. Reservas	120.000
1. Legal y estatutarias	70.000 (1)
2. Otras reservas	50.000 (2)
V. Resultados de ejercicios anteriores	-60.000
2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores)	-60.000
VII. Resultado del ejercicio	40.000
(1) Reserva legal: 70.000.	
(2) Reservas voluntarias: 50.000.	

Además se conoce que la sociedad emitió 5.000 acciones sin voto, de 10 um de valor nominal, consideradas en su totalidad como pasivo financiero, que tienen reconocido un dividendo mínimo acumulativo del 5 % (2.500 um).

Se pide:

Calcular y contabilizar el importe máximo de dividendo que se puede repartir, considerando que la partida «Investigación» del activo del balance muestra un saldo de:

- a) 10.000 um.
- b) 37.000 um.
- c) 40.000 um.

Solución

Caso a)

Cálculo del beneficio distribuible:

Resultado del ejercicio	40.000
Ajustes positivos	50.000
(+) Reservas de libre disposición	50.000
Ajustes negativos	-54.250
(-) Resultados negativos ejercicios anteriores cubiertos por los ajustes positivos	-50.000
(-) Reserva legal (1)	-4.250
(+) Gasto financiero «Dividendo mínimo»	2.500
Beneficio distribuible	38.350

(1) La reserva legal no alcanza el 20 % del capital social (500.000 + 50.000) por lo que la sociedad debe efectuar una dotación del 10 % del resultado del ejercicio. Dotación reserva legal: $10\% \times (40.000 + 2.500) = 4.250$.

El beneficio distribuible es de 38.350. De esta cantidad corresponde al dividendo mínimo 2.500, por lo tanto, el máximo dividendo ordinario que se puede repartir es de 35.850. No obstante, como paso previo, es preciso verificar que se supera el test del balance regulado en el artículo 28.2 y 3 de la RICAC.

A) Patrimonio neto contable	520.000
B) Ajustes para determinar el patrimonio neto mercantil (art. 36.1 c) CCom.)	+130.000





(+) Capital no exigido (socios por desembolsos no exigidos)	+80.000
(+) Deudas con características especiales (acciones sin voto o rescatables) (importe nominal + prima emisión)	+50.000
C) Patrimonio neto mercantil (PNM; art. 36.1 c) CCom.)	650.000

Capital social mercantil (CSM) = 550.000; Diferencia PNM – CSM = 650.000 – 550.000 = 100.000.

Nótese que en este importe se incluyen 60.000 de reserva legal neta o efectiva indisponible (70.000 – 10.000), por lo que la cuantía máxima que podría destinarse a los socios a título de dividendo ordinario sería de 100.000 – 60.000 – 4.250 (RL) = 35.750.

Ahora bien, al existir I+D por un valor en libros 10.000 um, también sería preciso considerar este segundo límite al reparto del resultado circunstancia que originaría una reducción efectiva del beneficio distribuible en el mismo importe (10.000).

Por lo tanto, el beneficio distribuible de 38.250 se aplicará como sigue:

• Reservas voluntarias destinadas a compensar materialmente la partida de «Investigación».....	10.000
• Dividendo mínimo	2.500
• Dividendo ordinario (diferencia)	25.750

La existencia de resultados negativos de ejercicios anteriores por importe de 50.000 obliga a que las reservas voluntarias por un valor de 50.000 se destinen a compensar materialmente esos resultados negativos, resultando unas reservas de libre disposición nulas. De esta forma, la sociedad únicamente podrá distribuir dividendos por importe de 25.750, ya que 4.250 se destinan a la reserva legal y 10.000 a reservas voluntarias para cubrir los gastos de I+D.

El dividendo mínimo se habrá reconocido como un gasto financiero al cierre del ejercicio 20X0:

Código	Cuenta	Debe	Haber
664	Gasto por dividendo de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero	2.500	
507	Dividendo de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero		2.500

Y en la fecha de aprobación de la propuesta de aplicación del resultado el asiento en el libro diario será el siguiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	40.000	
112	Reserva legal		4.250
526	Dividendo activo a pagar		25.750
113	Reservas voluntarias		10.000

Caso b)

Si la partida de «I+D» asciende a 37.000 el beneficio distribuible que puede destinarse al pago de dividendos se reduciría a 1.250 (38.250 – 37.000). Por lo tanto, una vez dotada la reserva legal, este beneficio distribuible solo podría destinarse al pago del dividendo mínimo, quedando pendiente de pago 1.250 (por tener carácter acumulativo). El resultado del ejercicio se destinará íntegramente a dotar la reserva legal y las reservas voluntarias.

El dividendo mínimo se habrá reconocido como un gasto financiero al cierre del ejercicio 20X0:

Código	Cuenta	Debe	Haber
664	Gasto por dividendo de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero	2.500	
507	Dividendo de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero		2.500

Y en la fecha de aprobación de la propuesta de aplicación del resultado el asiendo en el libro diario será como sigue:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	40.000	
112	Reserva legal		4.250
113	Reservas voluntarias		35.750

Caso c)

Si la partida de «I+D» asciende a 40.000 la sociedad no podrá pagar dividendo alguno porque la citada partida supera el beneficio distribuible de 38.250. Al no existir beneficio distribuible no puede pagarse dividendo ordinario, ni tampoco el dividendo mínimo de 2.500, quedando, por tanto, este último pendiente de pago (por tener carácter acumulativo). Los asientos en el libro diario son los mismos que se han realizado en la solución del caso b).

Ejercicio 3. Aplicación del resultado. Beneficio distribuible. Dotación a la reserva legal después de una reducción de capital para compensar pérdidas. Otras atenciones obligatorias. Gastos de investigación y desarrollo

El patrimonio neto de la sociedad D, SA presenta a 31 de diciembre de 20X8 la siguiente composición:

A) PATRIMONIO NETO	136.750
A-1) Fondos propios	136.750
I. Capital	100.000
1. Capital escriturado (50.000 accs. x 2 um)	100.000
III. Reservas	16.750
1. Legal y estatutarias	19.000 (1)
2. Otras reservas	-2.250 (2)
V. Resultados de ejercicios anteriores	-10.000
2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores) (3)	-10.000
VII. Resultado del ejercicio	30.000

(1) Reserva legal: 13.000; Reserva estatutaria: 6.000.
 (2) Reservas voluntarias (gastos contabilizados en reservas en el ejercicio 20X7): -2.250.
 (3) Correspondientes al ejercicio 20X7.

Adicionalmente se conoce la siguiente información:

En el ejercicio 20X6, la junta general de la sociedad acordó una reducción de capital para compensar las pérdidas del 20X5.

Los estatutos fijan la obligación de dotar una reserva indisponible del 5 % de los beneficios que solo se podrá utilizar para compensar pérdidas.

En el activo de la sociedad figuran activados gastos de desarrollo por importe de 5.000 um y lucen acciones de la sociedad dominante por importe de 10.000 um.

Se pide:

Contabilizar el asiento de aplicación del resultado si a los socios se les quiere retribuir en el importe máximo que permita la normativa mercantil.

Solución

Cálculo del beneficio distribuable:

Resultado del ejercicio	30.000
Ajustes positivos (1)	0
Ajustes negativos	-14.750
(-) Reserva legal (2)	-3.250
(-) Reserva estatutaria (3)	-1.500
(-) Reserva para acciones sociedad dominante (4)	-10.000
Beneficio distribuable	15.250

(1) Las reservas voluntarias negativas han surgido de gastos contabilizados en esta cuenta por imperativo de la norma contable. En consecuencia, serían equiparables a resultados negativos de ejercicios anteriores. El total de resultados negativos sería 12.250, que estarían cubiertos primero por la reserva estatutaria indisponible por 6.000 y luego por la reserva legal por 13.000.

(2) Como se ha producido una reducción de capital para compensar pérdidas, para poder pagar dividendos la reserva legal debe representar el 10 % del capital, es decir, debe ascender a 10.000.

En nuestro caso, la reserva legal efectiva es:

(-) Resultados negativos ejercicios anteriores	-12.250
(+) Reservas disponibles	0
(+) Reserva estatutaria	6.000
(+) Reserva legal	13.000

Por tanto, la reserva legal efectiva es 6.750. En consecuencia, se debe a reserva legal 3.250 (10 % del capital social).

(3) La reserva estatutaria hay que dotarla en un $5\% \times 30.000 = 1.500$.

(4) Por último, el artículo 23.3 de la RICAC recuerda (en línea con lo dispuesto en el art. 148 c) TRLSC) que mientras permanezcan en poder de la sociedad adquirente acciones de la sociedad dominante, en el patrimonio neto del balance se establecerá una reserva equivalente al importe de las participaciones o acciones adquiridas, computado en el activo, que deberá mantenerse en tanto no sean enajenadas.

Además, como los gastos de desarrollo (5.000) deben estar compensados por reservas disponibles, la sociedad debe destinar 5.000 del beneficio distribuable a dotar una reserva voluntaria, por lo que el máximo dividendo que se puede repartir es de 10.250.

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	30.000	





Código	Cuenta	Debe	Haber
►			
112	Reserva legal		3.250
1141	Reservas estatutarias		1.500
1140	Reserva para acciones o participaciones de la sociedad dominante		10.000
526	Dividendo activo a pagar		10.250
113	Reservas voluntarias		5.000

Si la sociedad deseara distribuir un dividendo con cargo a los beneficios del ejercicio 20X9, deberá tener en cuenta que las reservas voluntarias dotadas con cargo a la aplicación del resultado del 20X8 compensarán materialmente las pérdidas acumuladas y, en consecuencia, tendrá que volverse a realizar una nueva dotación de 5.000.

Dicho de otro modo, la sociedad podrá repartir la totalidad del beneficio distribuible a los socios en el año en que las reservas voluntarias alcancen la cifra de 17.250, de forma que puedan absorber materialmente las pérdidas de ejercicios anteriores y arrojen unas reservas disponibles efectivas positivas de 5.000. En ese momento no operaría el límite del artículo 273.3 del TRLSC al existir reservas disponibles netas en un importe equivalente al activo de I+D reconocido en el balance.

4. El dividendo activo a cuenta

El dividendo a cuenta es la fórmula prevista en el artículo 277 del TRLSC para que las sociedades de capital puedan repartir a los socios una parte del resultado devengado en el ejercicio. Esta distribución se efectúa a título de anticipo del dividendo ordinario o privilegiado que finalmente acuerde la junta general. Por ello, es habitual el uso de las expresiones dividendo a cuenta y dividendo complementario. En desarrollo de la regulación mercantil, el artículo 28.4 de la RICAC sujeta esta operación a las siguientes condiciones:

- Los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución. Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria.
- El reparto de un dividendo obligatorio a cuenta se contabilizará como un gasto financiero en la cuenta de pérdidas y ganancias.

c) En todo caso, el reparto del dividendo a cuenta está sujeto a las limitaciones establecidas en el apartado 2, considerando el beneficio devengado desde el fin del último ejercicio.

Respecto a qué debe entenderse por tales limitaciones, en el preámbulo de la RICAC se recuerda que consistiría en tener en cuenta la estimación del dividendo mínimo u obligatorio y el gasto por impuesto sobre beneficios. Y, lógicamente, las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por ley o por disposición estatutaria, en los términos previstos en el artículo 277 b) del TRLSC.

Una novedad destacable de la RICAC es la aclaración introducida en el artículo 28.5 para advertir que el acuerdo de distribución del dividendo a cuenta se puede adoptar:

[...] durante el ejercicio en el que se haya obtenido el resultado que es objeto de reparto, o en el ejercicio siguiente antes de la fecha de formulación de las cuentas anuales y de la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio anterior.

También es reseñable la puntualización relativa al criterio a seguir en caso de evolución adversa del negocio en el sentido de que:

Si al cierre del ejercicio el resultado fuera insuficiente para poder realizar una propuesta de aplicación del dividendo a cuenta, a raíz de una evolución adversa de la actividad desarrollada por la sociedad, el importe contabilizado como dividendo a cuenta se reclasificará a las reservas, sin perjuicio del registro contable a practicar en el caso de ejercicio de la acción de restitución regulada en el artículo 278 del TRLSC.

Es decir, en el caso de que el socio reciba un importe a cuenta y con posterioridad el resultado del ejercicio sea insuficiente para cubrir el citado importe, la sociedad no tiene derecho a recibir la devolución de lo entregado, siempre y cuando el reparto a cuenta se haya efectuado siguiendo las reglas que se han expuesto.

En caso contrario, la sociedad puede instar una acción de restitución si prueba que los perceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla (art. 278 TRLSC), aspecto que obviamente puede entrañar cierta dificultad. Sin perjuicio de estudiar esa vía, al mismo tiempo cabe recordar que sobre los administradores pende un deber de diligencia y, por lo tanto, a diferencia de los socios, el reparto incorrecto imputable a aquellos podría derivar en la exigencia de la correspondiente responsabilidad si se demuestra la irregularidad.

Ejercicio 4. Dividendo a cuenta de acciones ordinarias y sin voto

El capital social de la sociedad E, SA está constituido por las siguientes series de acciones:

- Serie A: 100.000 acciones ordinarias con un valor nominal de 10 um totalmente desembolsadas.
- Serie B: 50.000 acciones sin voto, de 20 um de valor nominal totalmente desembolsadas y que tienen derecho a un dividendo mínimo de un 5 %.

Con fecha 1 de julio 20X8 se acuerda el reparto de un dividendo a cuenta, a pagar el 1 de agosto, de la cantidad máxima posible. De este importe, el 50% se entregará a las acciones sin voto a cuenta del dividendo mínimo y el resto se entregará a cuenta del dividendo ordinario al que tienen derecho todas las acciones.

La información disponible el 1 de julio de 20X8 es la siguiente:

1. Los beneficios antes de impuestos a esa fecha han sido de 50.000 um.
2. Las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores ascienden a 10.000 um.
3. La reserva legal no alcanza el 20 % del capital y estatutariamente se establece la obligación de dotar una reserva en igual cantidad y con los mismos fines que la reserva legal.
4. El estado previsional de tesorería pone de manifiesto la existencia de tesorería suficiente para la distribución del dividendo.
5. El tipo impositivo en el impuesto sobre sociedades es del 25 %, no existiendo diferencias entre el resultado contable y la base imponible.

Se pide:

Contabilizar el dividendo a cuenta el 1 de julio y el posterior pago el 1 de agosto.

Solución

La estimación del impuesto sobre sociedades a pagar sobre los resultados obtenidos hasta el 1 de julio será la siguiente:

Base imponible impuesto sobre sociedades: $(50.000 - 10.000^1) = 40.000$.

¹ Considerando que el gasto financiero a título de dividendo mínimo no es deducible, que todos los resultados negativos de ejercicios anteriores han generado bases imponibles negativas por el mismo importe y que estas últimas pueden compensarse en su totalidad. Cuota íntegra = $40.000 \times 25\% = 10.000$.

El gasto por impuesto sobre sociedades estará constituido por el gasto corriente y el diferido:
(+) Impuesto corriente correspondiente a la cuota líquida: 10.000; (+) Impuesto diferido por la compensación de bases imponibles negativas: $25\% \times 10.000 = 2.500$.

$$\text{Resultado «mercantil»} = 50.000 - 12.500 = 37.500.$$

Reserva legal: $10\% \times 37.500 = 3.750$; Reserva estatutaria: $10\% \times 37.500 = 3.750$; Pérdidas ejercicios anteriores: -10.000.

Saldo disponible para el reparto del dividendo a cuenta:

(+) Resultado obtenido hasta el 1 de julio de 20X8	50.000
(-) Pérdidas de ejercicios anteriores	-10.000
(-) Estimación del impuesto sobre beneficios	-12.500
(-) Reserva legal	-3.750
(-) Reserva estatutaria	-3.750
Saldo disponible	20.000

De este saldo 20.000 (el 50 %) será a cuenta del dividendo obligatorio que de acuerdo con el artículo 28.4 de la RICAC se contabilizará como un gasto financiero en la cuenta de pérdidas y ganancias.

El asiento a realizar el 1 de julio de 20X8 por el reconocimiento del dividendo activo a cuenta será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
664	Gasto por dividendo de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero	10.000	
557	Dividendo activo a cuenta	10.000	
507	Dividendo de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero		10.000
526	Dividendo activo a pagar		10.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
507	Dividendo de acciones o participaciones consideradas como pasivo financiero	10.000	



Código	Cuenta	Debe	Haber
►			
526	Dividendo activo a pagar	10.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, eruos		16.200
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas (20.000 × 19%) (1)		3.800

(1) Considerando una retención del 19%.

A 31 de diciembre de 20X8, el dividendo obligatorio se contabilizará como un gasto financiero en la cuenta de pérdidas y ganancias. El dividendo mínimo de las acciones sin voto: $5\% \times 50.000 \text{ acciones} \times 20 = 50.000$. Sin embargo, de estos 50.000 ya se ha satisfecho un dividendo mínimo a cuenta de 10.000, por lo que solo procedería reconocer el resto (siempre y cuando, en esa fecha, existan beneficios distribuibles suficientes para atender este pago).

5. El dividendo en especie

En el artículo 28.7 de la RICAC se ha introducido una aclaración relevante en relación con el dividendo en especie al señalarse que:

Cuando la sociedad acuerde el pago de un dividendo mediante la entrega de un elemento patrimonial o grupo de elementos patrimoniales distintos del efectivo, si el valor contable por el que están contabilizados los citados elementos es inferior al valor razonable de la deuda reconocida con el socio, en el momento de la baja se registrará un beneficio por la diferencia entre ambos importes.

De este literal se infiere que, para poder acordar la entrega del elemento patrimonial a título de dividendo en especie, la sociedad debe disponer de un beneficio distribuible por un importe equivalente al valor razonable del citado elemento. Esto es, en caso de que la empresa pretenda entregar un terreno con un valor contable de 60 um (y un valor razonable de 1.000 um) al socio único de la sociedad, la operación solo podrá acordarse como un reparto de resultados en especie si la entidad tiene contabilizado *ex ante* un beneficio distribuible por un importe de 1.000 um, sin perjuicio de que la posterior baja genere una ganancia de 940 um.

El socio reconocerá el elemento patrimonial aplicando los criterios generales recogidos en el artículo 31 de la RICAC (art. 31.5), que se analizarán más adelante.

El segundo párrafo del artículo 28.7 concluye advirtiendo que:

[...] en caso de reparto a una empresa del grupo mediante la entrega de un negocio, la operación se contabilizará de acuerdo con el criterio regulado en la norma de registro y valoración sobre operaciones entre empresas del grupo del Plan General de Contabilidad o del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas.

El artículo 31.5 de la RICAC precisa que en este supuesto el socio también se registrará por las reglas particulares de la NRV 21.^a 2.3 del PGC.

Para ilustrar este criterio se puede analizar el caso de un grupo formado por las sociedades A, B y C participadas al 100 % de forma sucesiva ($A > B > C$), en el que la sociedad B acordase el reparto de un dividendo en especie a la sociedad A consistente en la participación (total o parcial) que B posee de C. La aplicación conjunta de la NRV 21.^a 2.3 del PGC y del artículo 28.7 de la RICAC llevaría a las siguientes conclusiones:

- 1.^a La sociedad B debería disponer de beneficio distribuible por un importe equivalente al valor razonable de la inversión en C que se fuese a emplear para cancelar la deuda con el socio a título de aplicación del resultado.
- 2.^a La baja de las acciones en C generaría un resultado en la sociedad B por diferencia entre el valor razonable de la deuda y el valor contable de la inversión en C, que se contabilizaría en una cuenta de reservas, pero que tendría la calificación de resultado «mercantil».
- 3.^a La sociedad A reconocería la inversión por su valor consolidado o en su defecto por el valor en libros que tuviese en la sociedad B, salvo que su valor teórico fuese superior, en cuyo caso se debería utilizar este último importe (aplicando por analogía el criterio recogido en la consulta 3 del BOICAC 85, de marzo de 2011 –NFC040257–). La contrapartida de la inversión en C sería una cuenta de reservas que formaría parte del resultado «mercantil» de la sociedad A.
- 4.^a A mayor abundamiento cabría sostener que se aplicaría el mismo criterio si la operación se articula como una escisión simplificada sin reducción de capital (con cargo a reservas) en la sociedad B e incorporación directa del patrimonio escindido en la sociedad A. En ambos casos, el fondo económico de la operación es el mismo y, por lo tanto, la consecuencia jurídica no debería ser diferente.

6. La participación de los administradores y los fundadores en el resultado

La retribución de los administradores se regula en el artículo 27 de la RICAC fuera del capítulo VI relativo a la aplicación del resultado. Sin embargo, en los artículos 217 y 218

del TRLSC se trata la remuneración de los administradores mediante la participación en beneficios.

Tomando como referencia esta regulación, en el artículo 27.1 de la RICAC se introducen dos aclaraciones, desde una perspectiva estrictamente contable. En primer lugar, se concreta que:

Cuando la remuneración de los administradores se vincule a los beneficios de la sociedad, en cumplimiento del sistema de retribución establecido en los estatutos, la remuneración se contabilizará como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se haya obtenido el citado beneficio.

Y, en segundo lugar, se puntualiza que:

Si la junta general determina un porcentaje diferente al inicialmente contabilizado, dentro del máximo establecido en los estatutos sociales, el posterior ajuste se reconocerá en la fecha de celebración de la junta general como un cambio de estimación contable.

A tal efecto, la NRV 22.^a, «Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables», del PGC establece que el cambio de estimación contable se aplicará de forma prospectiva y su efecto se imputará, según la naturaleza de la operación de que se trate, como ingreso o gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio o, cuando proceda, directamente al patrimonio neto.

La retribución de los administradores es un gasto deducible para las empresas (art. 15 e) LIS), siempre que la misma lo sea por el desempeño de funciones de alta dirección y otras funciones derivadas de un contrato laboral con la entidad. Además, esta retribución queda fuera del alcance del régimen de operaciones entre partes vinculadas (art. 18.2 b) LIS).

Además, en la Consulta V2978/2014 (NFC052876) se especifica que el gasto correspondiente a la retribución de los administradores tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible, siempre que el sistema de retribución recogido en los estatutos se adecue a lo dispuesto en el artículo 217 del TRLSC y el importe satisfecho no supere la cantidad fija aprobada en junta general. En lo que atañe a la previsión de que, en todo caso, el sistema de retribución luzca en los estatutos, considérese el criterio recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018.

La ventaja de los fundadores y promotores de las sociedades anónimas se regula en el artículo 27 del TRLSC. Desde una perspectiva contable, en la RICAC (art. 30.1) se aclara que estos derechos: «... no constituyen una aplicación o reparto de beneficios, a pesar de que su importe en ocasiones y según lo establecido en los estatutos de la sociedad deba calcularse tomando como referencia el resultado del ejercicio».

Esta conclusión se justifica en el artículo 30.2 de la RICAC, al señalar que: «Estas ventajas se atribuyen a los fundadores y promotores en contraprestación del servicio prestado a la sociedad en su constitución y, por lo tanto, su concesión origina el nacimiento de un pasivo financiero».

La calificación introducida por la RICAC para esta operación origina un registro contable que no está exento de dificultad. En primer lugar, es preciso hacer frente a la incertidumbre que rodea la tarea de estimar el valor inicial del pasivo. Una vez sorteado este escollo, es necesario identificar la naturaleza del gasto que, en nuestra opinión, debería lucir en la partida «Otros gastos de explotación».

Con posterioridad, el pasivo seguirá el criterio del coste amortizado. Para contabilizar los cambios en las estimaciones que se producirán en el futuro, cabría traer a colación por analogía el criterio recogido en la norma primera 1.4 de la Resolución de 1 de marzo de 2013, del ICAC, por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias. Atendiendo a este criterio, la diferencia en más o en menos entre el importe estimado en la fecha en que se otorgó el derecho y el pago real de cada periodo se reconocería como un mayor o menor gasto del ejercicio.

Además, la calificación fiscal de este gasto puede resultar controvertida. Sin perjuicio de que en la RICAC se especifique que estas ventajas no constituyen una aplicación de resultados y que guardan relación con un servicio prestado a la sociedad en la fecha de su constitución, entendemos que estas referencias van dirigidas a calificar la contrapartida del pasivo como un gasto.

Sin embargo, desde un punto de vista fiscal el pago debería encuadrarse en el artículo 15 a) de la LIS como una retribución de los fondos propios, una suerte de privilegio en las ganancias limitado a un periodo temporal, en la medida en que el fundador o promotor tendrá, con carácter general, la condición de socio. Desde esta perspectiva, la operación no tendría implicaciones fiscales (ni el registro inicial, ni la reversión del descuento financiero ni, en su caso, el posterior ajuste).

Ejercicio 5. Remuneración de administradores y fundadores

La sociedad F, SA se constituyó a inicio del año 20X0, y los fundadores de la sociedad se reservan una ventaja consistente en una participación en el 10 % de los beneficios netos obtenidos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un periodo máximo de 10 años. Al inicio de la actividad, se estima un beneficio neto de 150.000 um para los próximos 10 años.

Asimismo, en los estatutos de la sociedad se fija a los administradores una retribución del 5 % del beneficio neto, una vez deducida la reserva legal y estatutaria y de haber reconocido a los accionistas un dividendo mínimo del 4 % sobre el capital social.



La reserva estatutaria se fija en los estatutos en el 6 % del beneficio neto.

El capital social de la entidad es de 100.000 um y la reserva legal en el ejercicio 20X1 es de 2.000 um.

Se pide:

- Contabilizar la ventaja atribuida en los estatutos a los fundadores de la sociedad F, SA, en el momento de su concesión.
- Contabilizar la retribución de los administradores y los fundadores en el ejercicio 20X1, si el beneficio antes de impuestos y de la retribución de los fundadores y administradores es de 250.000 um.

Solución

Caso a)

El valor inicial de la ventaja de los fundadores, a partir de una estimación de beneficio neto de 150.000 um para los próximos 10 años, se obtendría del siguiente modo:

$$VF = 10\% \times (BN - RL) = 10\% \times (BN - 10\% \times BN) = 10\% \times (0,9 \times BN) = 0,09 \times BN = 0,09 \times 150.000 = 13.500.$$

Suponiendo un tipo de interés incremental para la sociedad del 5 % en el momento inicial: $VF = 13.500 a_{10|5\%} = 104.243,42$. El cuadro financiero de este pasivo financiero sería el siguiente:

Fecha	Interés	Amortización	Pago	Coste amortizado
1-1-20X0	–	–	–	104.243,42
31-12-20X0	5.212,17	8.287,83	–13.500	95.955,59
31-12-20X1	4.797,77	8.702,23	–13.500	87.253,36

De esta forma, la retribución de los fundadores origina en el momento de su concesión un gasto y un pasivo financiero. Este pasivo se actualizará cada año siguiendo el criterio del coste amortizado, y el gasto de cada año se irá ajustando en función de los beneficios netos reales, considerándose el ajuste como un cambio de estimación.

Código	Cuenta	Debe	Haber
65x	Gasto por ventajas de fundadores	104.243,42	



Código	Cuenta	Debe	Haber
▶			
163	Otras deudas a largo plazo con partes vinculadas		95.955,59
513	Otras deudas a largo plazo con partes vinculadas		8.287,83

Caso b)

La retribución de los administradores consiste en una participación en los beneficios del 5 % de los beneficios líquidos, después de cubrir las atenciones de la reserva legal y estatutaria y de haber reconocido a los accionistas un dividendo del 4 %. En relación con la cuantificación de la retribución de los administradores, debe tenerse en cuenta que si consiste en una participación en los beneficios, el importe debe determinarse sobre los beneficios netos (beneficios después de impuestos), pero como este importe es a su vez un gasto que influye en la cuantía del beneficio neto, debe resolverse la siguiente ecuación. Si llamamos:

BAIyAyF	Beneficio contable antes de considerar como gasto la participación de los administradores y fundadores y el impuesto sobre sociedades.
BAI	Beneficio contable antes de impuestos.
BDI	Beneficio neto una vez considerado el gasto de los administradores y fundadores y el impuesto de sociedades.
A	Importe de la retribución asignada a los administradores.
r	Porcentaje de los beneficios asignados a los administradores y fundadores
t	Tipo impositivo.
I	Importe del gasto por el impuesto sobre sociedades.
$A = r \times (BDI - RL - RE - \text{Dividendo mínimo})$	Gasto administrador.
$F = r \times (BDI - RL) - 13.500 (1)$	Gastos de fundador.
$BAI = BAIyAyF - A - F$	Beneficio antes de impuestos una vez deducido el gasto de administrador y fundador.





$$\text{BDI} = \text{BAI} - \text{A} - \text{F} - \text{I}$$

Beneficio después de impuestos.

$$\text{I} = t \times (\text{BAI} + \text{F}) \quad (2)$$

Impuesto sobre sociedades.

(1) El gasto de fundador es el 10 % del beneficio neto una vez deducida la reserva legal. Sin embargo, de este gasto una parte ya fue devengado en el año 20X0 cuando se fundó la sociedad, equivalente a la amortización del 20X1 y los gastos financieros derivados de la reversión del descuento; en total, 13.500 um.

(2) Se suma el gasto por fundador, ya que no se considera fiscalmente deducible.

$\text{BAI} - \text{AyF}$: 250.000 um; Reserva estatutaria: $6\% \times \text{BDI}$; Reserva legal: $10\% \times \text{BDI}$

El dividendo mínimo del 4 % del capital: $4\% \times 100.000 = 4.000$.

En cuanto a la reserva legal, dado que la existente no alcanza el 20 % del capital social deberá destinarse a la misma el 10 % del beneficio neto.

- $\text{A} = 5\% \times (\text{BDI} - \text{RL} - \text{RE} - \text{Dividendo } 4\%) = 4,2\% \times \text{BDI} - 200$
- $\text{F} = 10\% \times (\text{BDI} - \text{RL}) - 13.500 = 9\% \times \text{BDI} - 13.500$
- $\text{BAI} = 250.000 - (4,2\% \times \text{BDI} - 200) - (9\% \times \text{BDI} - 13.500) = 263.700 - 13,2\% \times \text{BDI}$
- $\text{I} = 25\% \times (\text{BAI} + \text{F}) = 25\% \times [(263.700 - 13,2\% \times \text{BDI}) + (9\% \times \text{BDI} - 13.500)] = 62.550 - 1,05\% \times \text{BDI}$
- $\text{BDI} = \text{BAI} - \text{I} = (263.700 - 13,2\% \times \text{BDI}) - (62.550 - 1,05\% \times \text{BDI})$

Donde, $\text{BDI} = 179.358$

De esta forma tenemos: $\text{A} = 7.333$; $\text{F} = 2.642,23$; $\text{I} = 60.666,78$

A 31 de diciembre de 20X1:

Código	Cuenta	Debe	Haber
64x	Gasto por participación de los administradores en las ganancias	7.333	
465	Remuneración pendiente de pago		7.333

Código	Cuenta	Debe	Haber
65x	Gasto por ventajas de fundadores	2.642,23	
660	Intereses de deudas	4.797,77	



Código	Cuenta	Debe	Haber
►			
513	Otras deudas a corto plazo con partes vinculadas		7.440

Código	Cuenta	Debe	Haber
630	Impuestos sobre beneficios	60.666,78	
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuestos sobre beneficios		60.666,78

7. Las primas de asistencia a la junta general y otros gastos derivados de la aprobación de las cuentas anuales

El tratamiento contable de las primas de asistencia a la junta general y los gastos necesarios para su celebración se analizan en el artículo 29 de la RICAC. En primer lugar, se precisa que estos gastos se devengan, con carácter general, en la fecha en que se realice el acto. Y, en segundo lugar, se delimita el criterio de presentación al señalar que estos importes se mostrarán en la partida «Otros gastos de explotación» de la cuenta de pérdidas y ganancias.

No obstante, como paso previo a este registro contable será preciso realizar un análisis de fondo para determinar si la prima de asistencia a junta, en esencia, constituye un dividendo. En este sentido, el artículo 29.2 dispone que:

[...] cuando pueda concluirse que el pago por tal concepto no tiene carácter compensatorio ni cabe identificarlo como una cuantía razonable para incentivar la participación de los socios en el gobierno de la sociedad, la prima de asistencia se reconocerá como una aplicación del resultado. Para realizar ese juicio se atenderá al importe de la prima de asistencia en comparación con lo que es habitual en sociedades similares, su naturaleza o las condiciones de su atribución o del elenco de los beneficiarios u otras circunstancias que concurran en el caso. En la memoria de las cuentas anuales se incluirá una explicación sobre el criterio que ha seguido la sociedad para contabilizar las primas de asistencia.

8. La contabilización de la aplicación del resultado en el socio

Los aspectos más reseñables sobre el registro y la valoración de la aplicación del resultado en el socio se incluyen en los tres primeros apartados del artículo 31 de la RICAC:

1. Los dividendos discrecionales devengados con posterioridad al momento de la adquisición de las acciones o participaciones se reconocerán como ingresos en la cuenta de pérdidas y ganancias cuando se declare el derecho del socio a recibirlos.

A estos efectos, en la valoración inicial de los instrumentos de patrimonio se registrarán de forma independiente, atendiendo a su vencimiento, el importe de los dividendos ya acordados previamente por el órgano competente en el momento de la adquisición.

Sin embargo, cuando los dividendos distribuidos procedan inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición porque se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la fecha de adquisición hasta el momento en que se acuerde el reparto, no se reconocerán como ingresos, y minorarán el valor contable de la inversión.

2. Cualquier reparto de reservas disponibles se calificará como una operación de «distribución de beneficios» y, en consecuencia, originará el reconocimiento de un ingreso en el socio, siempre y cuando, desde la fecha de adquisición, la participada o cualquier sociedad del grupo participada por esta última haya generado beneficios por un importe superior a los fondos propios que se distribuyen.

3. El juicio sobre si se han generado beneficios por la participada se realizará atendiendo exclusivamente a los beneficios contabilizados en la cuenta de pérdidas y ganancias individual desde la fecha de adquisición, salvo que de forma indubitada el reparto con cargo a dichos beneficios deba calificarse como una recuperación de la inversión desde la perspectiva de la entidad que recibe el dividendo.

En el apartado 1 se reproduce el criterio ya conocido de la NRV 9.^a 2.8 del PGC, pero en el apartado 3 se incluye una aclaración relevante al indicar que el resultado que debe considerarse para apreciar la citada regla es el individual de la sociedad participada, salvo que el reparto con cargo a esos resultados no pueda calificarse como un ingreso desde la perspectiva del inversor. En nuestra opinión, este inciso contiene una clara referencia a que en el análisis esté presente el enfoque del resultado consolidado. Esta misma previsión se infiere del literal del apartado 2. Estas novedades y aclaraciones se analizarán a continuación mediante la resolución de los siguientes ejercicios.

Ejercicio 6. Adquisición de un subgrupo y reparto de resultados

La sociedad G, SA adquiere por 33.000 um el 100 % de las participaciones de la sociedad M, SL al inicio del ejercicio 20X5 que a su vez posee el 100 % del capital de la sociedad F, SL desde el ejercicio 20X1. El patrimonio neto del subgrupo M-F, al inicio del ejercicio 20X5, tiene la siguiente composición:

	M	F
Capital social	3.000	3.000
Reservas	10.000	20.000 (1)

(1) Reservas de libre disposición: 18.000.

Inmediatamente después de la adquisición, la sociedad F, SL acuerda el reparto de las reservas de libre disposición a la sociedad M, SL y esta última, a su vez, acuerda el reparto de un dividendo a cuenta a la sociedad G, SA.

Se pide:

Contabilizar los respectivos acuerdos de reparto.

Solución

Registro en M, SL

Es claro que el reparto debe registrarse como un ingreso desde la perspectiva de la sociedad M porque de forma indubitada se ha efectuado con beneficios generados después de la fecha de adquisición.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	18.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		18.000

La renta quedará exenta de gravamen en la medida en que se cumplan los requisitos del artículo 21 de la LIS.

Registro en G, SA

En el caso de la sociedad adquirente del subgrupo sucede lo contrario. A pesar de que el dividendo a cuenta se haya acordado con cargo a un beneficio devengado en la sociedad M después de la fecha de adquisición, el análisis de fondo que se reclama en el artículo 31.3 de la RICAC pone de manifiesto que estamos ante una recuperación de la



inversión porque desde la fecha de adquisición el subgrupo adquirido no ha obtenido resultado alguno.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	18.000 (1)	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		18.000

(1) Se ha considerado repartible la totalidad del resultado porque la renta está exenta y la reserva legal ya ha alcanzado el 20 % del capital social.

El dividendo que se contabiliza como una recuperación de la inversión no tiene la calificación fiscal de renta y, por lo tanto, no forma parte de la base imponible del impuesto sobre sociedades.

Ejercicio 7. Enajenación de plusvalías adquirida y posterior reparto del beneficio

Al inicio del ejercicio 20X4, la sociedad H, SL adquiere el 100 % de las participaciones de la sociedad I, SL. El patrimonio neto de la sociedad I, SL en esa fecha y al cierre del ejercicio 20X4 tiene la siguiente composición:

	1-1-20X4	31-12-20X4
Capital social	3.000	3.000
Reservas	60.000	60.000
Resultado del ejercicio	–	375.000

El precio de adquisición de la sociedad I, SL ha sido de 438.000 um. El valor razonable de los activos netos de la sociedad I, SL coincide con su valor razonable salvo en el caso de un terreno que tiene un valor de mercado de 600.000 um y un valor en libros de 100.000 um. Ambas sociedades tributan en el impuesto sobre sociedades al 25 %.

La sociedad I, SL ha vendido el terreno en el ejercicio 20X4 y al inicio del ejercicio 20X5 acuerda el reparto de un dividendo a cuenta del ejercicio que acaba de finalizar.

Se pide:

Contabilizar en la sociedad H, SL el dividendo recibido en el ejercicio 20X4.

Solución

La venta del terreno y el posterior reparto de la plusvalía, neta del efecto impositivo, se podría calificar como una operación de recuperación, desde la perspectiva de la sociedad H, SL, porque el importe que ahora se recibe en forma de dividendo formaba parte del precio de adquisición de la inversión.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	375.000 (1)	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		375.000

(1) Se ha considerado repartible la totalidad del resultado porque ya incorpora el gasto por impuesto y la reserva legal ha alcanzado el 20 % del capital social. Además es preciso recordar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28.5 de la RICAC el dividendo a cuenta puede repartirse:

[...] durante el ejercicio en el que se haya obtenido el resultado que es objeto de reparto, o en el ejercicio siguiente antes de la fecha de formulación de las cuentas anuales y de la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio anterior.

Ejercicio 8. Reparto de la prima de emisión o asunción

La sociedad J, SA constituye la sociedad K, SL al inicio del ejercicio 20X0 y esta última, a su vez, la sociedad L, SL. El patrimonio neto de las tres sociedades en el ejercicio 20X0 y al cierre del ejercicio 20X4 es el que se muestra en las siguientes tablas.

1-1-20X0	Sociedad J	Sociedad K	Sociedad L
Capital social	60.000	3.000	3.000
Prima de emisión o asunción	—	40.000	—
Reservas	—	—	—
Resultado del ejercicio	—	—	—



31-12-20X4	Sociedad J	Sociedad K	Sociedad L
Capital social	60.000	3.000	3.000
Prima de asunción	–	40.000	–
Reservas	20.000	10.000	60.000
Resultado del ejercicio	15.000	–	4.000

Al inicio del ejercicio 20X5 la sociedad K, SL acuerda el reparto de la totalidad de la prima de asunción.

Se pide:

Contabilizar la operación en la sociedad J, SA.

Solución

En primer lugar, es preciso señalar que en la consulta 3 del BOICAC 119, de septiembre de 2019 (NFC073376), el ICAC ha interpretado que la prima de emisión o asunción y las otras aportaciones de socios deben entenderse incluidos en el concepto de reservas disponibles a efectos de lo dispuesto en el artículo 31.2 de la RICAC. En consecuencia, el reparto de la prima de asunción se calificaría como un ingreso en la sociedad J, SA porque la sociedad K, SL y su filial, la sociedad L, SL han generado beneficios desde la fecha de adquisición de la inversión por un importe superior a la prima de asunción.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	40.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		40.000

No obstante, el artículo 17.6 de la LIS estipula que el reparto de la prima de emisión solo se integrará en la base imponible de los socios cuando exceda del valor fiscal de la participación. La misma regla se debería aplicar a la prima de asunción.

Ejercicio 9. Análisis de la renta generada por la filial desde la adquisición. Inversiones sucesivas

La sociedad M, SA adquiere el 40 % de las acciones de la sociedad N, SL al inicio del ejercicio 20X5 desembolsando 20.000 um. Al final del ejercicio 20X8, se adquiere el 60 % res-

tante por 84.000 um. En esas fechas, el patrimonio neto de la sociedad N, SL es el que se muestra a continuación:

	1-1-20X5	31-12-20X8
Capital social	10.000	10.000
Reservas	40.000	100.000
Resultado del ejercicio	–	30.000

Se pide:

Contabilizar el reparto, al inicio del ejercicio 20X9, de un dividendo con cargo a reservas de la sociedad N, SL por un importe de 50.000 um.

Solución

En la consulta 9 del BOICAC 113, de marzo de 2018 (NFC068023), el ICAC interpreta que para juzgar la procedencia de los beneficios que se distribuyen (antes o después de la fecha de adquisición), cabría concluir que, con carácter general, todo reparto de reservas que reduzca los fondos propios de la sociedad participada hasta un importe equivalente al precio de adquisición de la inversión, minorado en el importe de las plusvalías adquiridas, debería reconocerse como un ingreso en las cuentas anuales del socio.

De esta interpretación se desprende que cualquier reparto que reduzca los fondos propios hasta un importe de 104.000 se reconocería como un ingreso y el exceso como una recuperación de la inversión. Por lo tanto, un reparto de hasta 36.000 (140.000 – 104.000) se reconocería como un ingreso.

A la misma conclusión se llega si se calcula la parte proporcional de la renta generada desde que la sociedad M, SL participa en el capital de la sociedad N, SL.

Beneficios generados después de la fecha adquisición = $40\% \times (100.000 - 40.000 + 30.000) = 36.000$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	50.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		36.000
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		14.000

Ejercicio 10. Dividendo acordado después de una reestructuración de sociedades bajo control común

La sociedad O, SA posee el 100 % de las participaciones representativas del capital de las sociedades P, SL y Q, SL desde su constitución, el 1 de enero de 20X2. El precio de adquisición de ambas inversiones fue de 3.000 um coincidente con el capital social creado. Al cierre del ejercicio 20X4, el patrimonio neto de las sociedades P, SL y Q, SL tiene la siguiente composición:

	Sociedad P	Sociedad Q
Capital social	3.000	3.000
Reservas	10.000	20.000
Resultado del ejercicio	5.000	7.000
Total	18.000	30.000

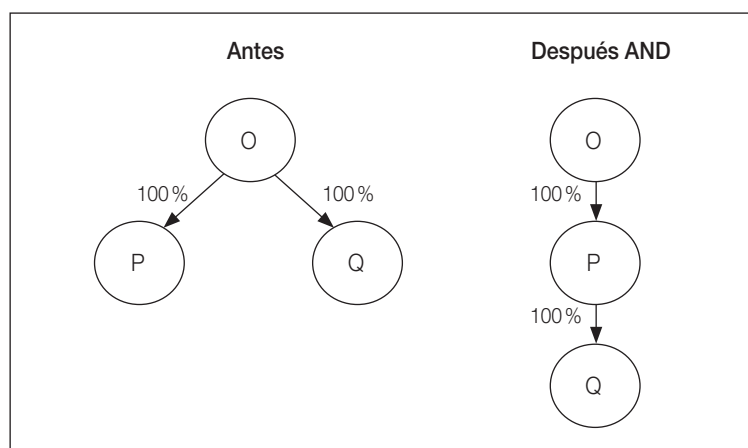
Al inicio del ejercicio 20X5, la sociedad O, SA aporta la inversión en la sociedad Q, SL a la sociedad P, SL. Todas las sociedades del grupo cumplen la definición de negocio.

Se pide:

Contabilizar la aportación no dineraria y el posterior reparto de reservas por importe de 10.000 um por parte de la sociedad Q, SL y la sociedad P, SL.

Solución

La situación antes y después de la reestructuración descrita sería la siguiente:



La interpretación del ICAC publicada en la consulta 3 del BOICAC 85, de marzo de 2011 (NFC040255), señala que la sociedad P, SL debería reconocer la inversión en Q, SL por el valor consolidado o, en su defecto (si este valor no está disponible), por el valor en libros en el aportante (la sociedad O, SA), salvo que los fondos propios de Q, SL superasen ese importe, en cuyo caso se podrá emplear este último importe.

En nuestra opinión, del literal de la consulta no puede entenderse que, en ausencia de valores consolidados, el ICAC plantea una opción de registro de contable. Si existe valor consolidado se deberá emplear este importe y si no está disponible se deberá utilizar el mayor importe entre el valor en libros de la inversión y su valor teórico contable. En nuestro ejemplo, en ausencia de un valor consolidado la inversión se contabilizaría por 30.000.

Al inicio del ejercicio 20X5, por la aportación no dineraria.

- Registro en la sociedad P, SL

Código	Cuenta	Debe	Haber
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas (Q)	30.000	
100	Capital social		3.000
110	Prima de asunción		27.000

- Registro en la sociedad O, SA

Código	Cuenta	Debe	Haber
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas (P)	30.000	
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas (Q)		3.000
113	Reservas		27.000

El artículo 17.3 de la LIS dispone que los elementos patrimoniales aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación, así como los valores adquiridos por canje, se valoren de acuerdo con lo establecido en el capítulo VII del título VII. Por su parte, el artículo 80 de la LIS estipula que no se integrarán en la base imponible del impuesto sobre sociedades las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión del canje de valores, siempre que cumplan los requisitos regulados en ese artículo. Los valores recibidos por los socios se valorarán, a efectos fiscales, por el valor fiscal de los entregados.

De acuerdo con este criterio, en la sociedad P, SL, el valor fiscal de la inversión en Q, SL será de 3.000, circunstancia que llevaría a contabilizar un pasivo por impuesto diferido ($25\% \times 27.000$) salvo que la menor valoración fiscal no tenga incidencia en la carga tributaria futura por el hecho de que la plusvalía fuese a quedar exenta.

En la sociedad O, SA las acciones de la sociedad P, SL tendrán un valor fiscal de 3.000, lo que exigiría reconocer un pasivo por impuesto diferido, salvo que esa menor base fiscal carezca de incidencia en la carga tributaria futura. El abono en las reservas formará parte del resultado «mercantil» del ejercicio 20X5.

Al inicio del ejercicio 20X5, por el reparto de las reservas.

a) Por el reparto de Q a P

El artículo 31.2 de la RICAC estipula que cualquier reparto de reservas disponibles se calificará como una operación de «distribución de beneficios» y, en consecuencia, originará el reconocimiento de un ingreso en el socio, siempre y cuando, desde la fecha de adquisición, la participada o cualquier sociedad del grupo participada por esta última haya generado beneficios por un importe superior a los fondos propios que se distribuyen.

Para aplicar este criterio, desde la perspectiva de la sociedad P, SL, es preciso traer a colación el criterio publicado en la consulta 20 del BOICAC 85, de marzo de 2011 (NFC040269), en la que se aclara que la fecha a considerar en una operación como la descrita a los efectos de computar los beneficios generados desde la fecha de adquisición sería la propia fecha de incorporación de las acciones de Q, SL al patrimonio de la sociedad P, SL.

En consecuencia, el reparto de reservas se reconocería como una recuperación de la inversión porque la sociedad Q, SL acaba de ser adquirida. La interpretación del ICAC parece sostenerse en el hecho de que el canje de valores en la sociedad O, SA ya ha traído consigo de forma indirecta el reparto de la renta acumulada desde la fecha de adquisición por la sociedad Q, SL, sin perjuicio de que el ingreso se deba registrar en una cuenta de reservas.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000	
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas (Q)		10.000

Sin perjuicio de lo anterior, en los supuestos en que la inversión se deba reconocer por el valor en libros de la sociedad aportante, por ser este importe superior al valor teórico contable de la sociedad aportada, opinamos que el adecuado tratamiento contable del reparto en las dos sociedades debería conducir a reconocer sendos ingresos aplicando de manera indirecta en la sociedad intermedia el criterio recogido en el artículo 31.2 de la resolución.

b) Por el reparto de P a O

Considerando el criterio incluido en el artículo 31.2 de la RICAC es claro que el reparto de reservas a la sociedad O, SA deber reconocerse como un ingreso porque desde la fecha de adquisición la sociedad P, SL ha generado beneficios por un importe superior a las reservas que se distribuyen.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		10.000

No obstante, si la inversión se hubiese aportado a una sociedad de nueva creación (en lugar de a la sociedad P, SL), la sociedad O, SA habría reconocido el reparto de reservas (prima de emisión) como una recuperación de la inversión.

9. Conclusiones

La reforma contable del año 2007 introdujo un fraccionamiento en el resultado del ejercicio que hasta la fecha se reconocía en la cuenta de pérdidas y ganancias. A partir de ese momento, algunos ingresos y gastos pasaron a presentarse directamente en el patrimonio neto, para su posterior reclasificación a pérdidas y ganancias, y otros se empezaron a imputar directamente en los fondos propios.

A pesar del cambio contable, la Ley 16/2007 sentó las bases para preservar la neutralidad, a efectos mercantiles, del proceso de armonización de la normativa nacional con las normas internacionales de contabilidad. En este contexto, el test del balance regulado en el artículo 273 del TRLSC presenta una complejidad nada desdeñable.

La RICAC ha introducido en este terreno algunas aclaraciones relevantes que facilitarán la correcta aplicación del citado test como por ejemplo la definición del beneficio distribuable. El cálculo de esta magnitud, a riesgo de poder haber eclipsado el propio test, permite identificar el importe máximo que la sociedad puede destinar al pago de dividendos. Y, adicionalmente, aclara la forma de cálculo de la reserva legal neta o efectiva al enunciar el orden de compensación material de las pérdidas que se infiere del artículo 274.2 del TRLSC.

No obstante, también consideramos oportuno que en el futuro se emita alguna aclaración relativa al alcance de los efectos jurídicos de los ajustes negativos que, en nuestra opinión, deberían integrarse en la cuantificación del beneficio distribuable. Del mismo modo, sería recomendable que el TRLSC prescribiese la compensación formal obligatoria de las pérdidas con las reservas destinadas a ese fin, con el objetivo de evitar las asimetrías que pueden surgir en la actualidad.

Desde la perspectiva del socio, los criterios para contabilizar el reparto del beneficio distribuable se han mantenido en una ambigüedad aparentemente calculada. En este sentido, en el artículo 31 se percibe una aproximación a los principios que informan la determinación de



la renta consolidada, pero sin llegar a expresar una regla expresa en tal sentido dejando con ello un adecuado margen de maniobra a los responsables de formular las cuentas anuales.

Para finalizar es justo reconocer la oportunidad de la norma aprobada por el ICAC, y la subordinación prudente que en todo momento ha mantenido respecto a la regulación mercantil, en un terreno, por lo demás, huérfano de pronunciamientos oficiales.

Con esta resolución, nuestro normalizador contable ha contribuido a favorecer el debate sobre las dudas que hasta la fecha rodeaban la aplicación del resultado. Una vez recibidas todas esas aportaciones, no vemos impedimento para que, en caso de juzgarse necesario, se introduzcan en un futuro las mejoras oportunas.

Tratamiento contable de un acuerdo firmado por una empresa con un proveedor para la fijación del precio de las existencias que se compromete a adquirir en un determinado plazo

Análisis de la consulta 4 del BOICAC 115, de septiembre de 2018

Carlos Calderero Parlange

Profesor del CEF-

Extracto

■ Tratamiento contable del compromiso en firme para la adquisición de existencias.

Consulta 4

Sobre el tratamiento contable de un acuerdo firmado por una empresa con un proveedor para la fijación del precio de las existencias que se compromete a adquirir en un determinado plazo.

Respuesta:

Una empresa firma un acuerdo con uno de sus proveedores dentro del cual las compras de material que realice dentro de un determinado plazo y hasta una determinada cantidad serán a un precio fijado, y las compras que realice una vez finalizado ese plazo o que excedan de la cantidad acordada serán al precio de mercado existente en ese momento.

El consultante pregunta si este acuerdo debe contabilizarse como un instrumento de cobertura.

La norma de registro y valoración (NRV) 9.^a, «Instrumentos financieros», del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en su apartado 5.4, señala (la cursiva es nuestra):

5.4. Contratos que se mantengan con el propósito de recibir o entregar un activo no financiero

Los contratos que se mantengan con el propósito de recibir o entregar un activo no financiero de acuerdo con las necesidades de compra, venta o utilización de dichos activos por parte de la empresa, se tratarán como anticipos a cuenta o compromisos, de compras o ventas, según proceda.

No obstante, se reconocerán y valorarán según lo dispuesto en esta norma para los instrumentos financieros derivados, aquellos contratos que se puedan liquidar por diferencias, en efectivo o en otro instrumento financiero, o bien mediante el intercambio de instrumentos financieros o, aun cuando se liquiden mediante la entrega de un activo no financiero, la empresa tenga la práctica de venderlo en un periodo de tiempo corto e inferior al periodo normal del sector en que opere la empresa con la intención de obtener una ganancia por su intermediación o por las fluctuaciones de su precio, o el activo no financiero sea fácilmente convertible en efectivo

Por tanto, con carácter general y en la medida en que la empresa no realice ningún desembolso en el momento de la firma del acuerdo, el compromiso en firme relacionado con las existencias no se reflejará ni en el balance ni en la cuenta de pérdidas y ganancias, y solo se informará de la operación en la memoria de las cuentas anuales, salvo que el compromiso en firme tuviera que calificarse como un contrato oneroso porque los costes que conlleve el cumplimiento del contrato excedan a los beneficios económicos que se esperen recibir del mismo, en cuyo caso se deberán aplicar los criterios establecidos en la NRV 15.^a, «Provisiones y contingencias», del PGC para registrar el impacto derivado del contrato oneroso.

Si la empresa realizara un desembolso a cuenta de futuras compras, ese importe deberá contabilizarse como un anticipo a proveedores.

Ejemplo

La sociedad anónima Aragonesa, SA, dedicada a la fabricación y venta de cortinas y manteles, acuerda el 1 de enero de X1 con uno de sus proveedores que, hasta el 1 de julio de dicho ejercicio, todo el algodón que adquiera lo obtendrá a 10 um la tonelada, siempre que no exceda las 100.000 toneladas en dicho periodo. Una vez concluido el periodo, o adquiridas las 100.000 toneladas, Aragonesa, SA deberá pagar el precio de mercado del momento en el que realice las futuras compras.

En el momento de la firma del contrato, 1 de enero de X1, Aragonesa, SA desembolsa a su proveedor 10.000 um.

Aragonesa, SA ha adquirido durante los seis primeros meses de X1 85.000 toneladas de algodón. En septiembre de X1 realiza un nuevo pedido de 10.000 toneladas, cuando el precio asciende a 11 um por tonelada.

Se pide:

Contabilizar la operación en Aragonesa, SA.

Solución

1 de enero de X1. Por la firma del contrato y el desembolso de 10.000 um:

Código	Cuenta	Debe	Haber
407	Anticipos a proveedores	10.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.000

Primer semestre de X1. Por las compras y la cancelación del anticipo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
601	Compra de materias primas	850.000	
407	Anticipos a proveedores		10.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		840.000

Por las compras de septiembre de X1:

Código	Cuenta	Debe	Haber
601	Compra de materias primas	110.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		110.000

Tratamiento contable de la venta de unas parcelas (NRV 4.^a)

Análisis de la consulta 2 del BOICAC 118, de junio de 2019

Javier López Aguilar

Profesor del CEF.-

Extracto

- I Análisis práctico del tratamiento contable de la venta de unas parcelas.

Consulta 2

Sobre el tratamiento contable de la venta de unas parcelas.

Respuesta:

La entidad consultante forma parte de un grupo que se dedica al sector turístico y su actividad consiste en construir y adquirir inmuebles para su arrendamiento a otras empresas del grupo.

La sociedad es propietaria del edificio que constituyen las oficinas y sede social del grupo y que arrienda a otras sociedades del mismo grupo. La sociedad adquirió cinco parcelas urbanas colindantes en un polígono industrial de reciente desarrollo.

El destino del terreno adquirido era la construcción de la nueva sede social corporativa del grupo, recuperando la inversión a través del arrendamiento a distintas sociedades del grupo como venía haciendo hasta la fecha. A tales efectos la sociedad encargó la redacción de un proyecto básico de construcción de un edificio de oficinas, solicitó presupues-

tos de ejecución de dicho proyecto básico y tramitó y obtuvo la correspondiente licencia municipal de obras en relación con tres de las cinco parcelas adquiridas, quedando el resto como reserva de suelo para futuras ampliaciones de las oficinas. La consultante señala que el inicio de la construcción de las oficinas se ha demorado durante cerca de cuatro años, debido a diferentes modificaciones del proyecto.

No obstante, antes de iniciarse las obras de construcción, la sociedad ha recibido una oferta de compra que doblaba el precio de adquisición y ha vendido los solares. El año anterior a la venta la sociedad había obtenido la renovación de la licencia de obra.

La consulta versa sobre si, en aplicación del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, y su normativa de desarrollo, la transacción de venta de dichos solares se debe tratar como un ingreso ordinario dentro del importe neto de la cifra de negocios o como un beneficio por enajenación de inmovilizado.

Por otro lado, se plantea si la respuesta sería diferente para los dos solares contiguos y adquiridos y enajenados conjuntamente que no se incluían en el proyecto para la construcción del edificio de la sede corporativa del grupo, a la espera de definir su destino dentro de la actividad ordinaria de la sociedad.

Las inversiones inmobiliarias se definen en la quinta parte del PGC, subgrupo 22, «Inversiones inmobiliarias», como:

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

- Su uso en la producción o suministro de bienes o servicios, o bien para fines administrativos; o
- Su venta en el curso ordinario de las operaciones.

A los efectos del tratamiento contable, la norma de registro y valoración 4.^a, «Inversiones inmobiliarias», estipula que los criterios contenidos en las normas de registro y valoración 2.^a y 3.^a, relativas al inmovilizado material, también se aplicarán a las inversiones inmobiliarias.

Sobre esta materia, en desarrollo del PGC se ha publicado la Resolución de 1 de marzo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias cuya norma quinta se dedica a las inversiones inmobiliarias.

En el apartado 1, «Definición», de esta norma quinta se expresa lo siguiente:

1. Son inversiones inmobiliarias las definidas en el Plan General de Contabilidad como activos no corrientes que sean inmuebles y que se posean para obtener rentas, plusvalías o ambas, en lugar de para:

a) Su uso en la producción o suministro de bienes o servicios distintos del alquiler, o bien para fines administrativos; o

b) Su venta en el curso ordinario de las operaciones de la empresa.

2. Los terrenos y edificios cuyos usos futuros no estén determinados en el momento de su incorporación al patrimonio de la empresa se calificarán como inversión inmobiliaria. Asimismo, los inmuebles que estén en proceso de construcción o mejora para su uso futuro como inversiones inmobiliarias, se calificarán como tales.

3. En aquellos casos en los que un inmueble se destine tanto para la generación de plusvalías o rentas como para la producción o suministro de bienes o servicios, incluyendo su utilización para fines administrativos, resultarán de aplicación de forma separada los criterios establecidos en las normas primera a cuarta inclusive de esta resolución y en la norma quinta siempre que los distintos componentes puedan ser vendidos de forma independiente. En caso contrario, el inmueble solo podrá calificarse como inversión inmobiliaria cuando se utilice una porción insignificante del mismo para la producción o suministro de bienes o servicios o para fines administrativos.

4. La prestación de servicios complementarios a los ocupantes de un inmueble no impedirá su tratamiento como inversión inmobiliaria en la medida en que dichos servicios puedan ser calificados como poco significativos en relación al contrato global.

Por su parte, en el apartado 3, «Cambio de destino», de la citada norma quinta se indica que:

3.2 Reclasificación de inversiones inmobiliarias a existencias.

La reclasificación tendrá lugar cuando la empresa inicie una obra encaminada a producir una transformación sustancial del inmueble con la intención de venderlo. Si se decide enajenar o disponer por otra vía del inmueble, sin llevar a cabo una obra sustancial con carácter previo, el inmueble se seguirá considerando una inversión inmobiliaria. Asimismo, si la entidad inicia una obra sobre una inversión inmobiliaria que no tiene por objeto el cambio de la utilidad o función desempeñada por el activo, no procederá su reclasificación durante la nueva etapa de desarrollo.

En conclusión, si las parcelas no se poseen para su venta en el curso ordinario de las actividades de la empresa, la enajenación de las fincas destinadas a su arrendamiento no debe producir un cambio de destino manteniéndose el activo como inversión inmobiliaria y, por tanto, el resultado de la operación no debería recogerse como importe de la cifra de negocios en la cuenta de pérdidas y ganancias. La misma solución cabría otorgar a las dos fincas colindantes adquiridas y enajenadas conjuntamente que no se incluían en el proyecto para la construcción del edificio de la sede corporativa del grupo.

A mayor abundamiento se informa acerca de qué debe entenderse por «poseer un inmueble para su venta en el curso ordinario de las actividades de la empresa», en la consulta 1 publicada en el BOICAC 96, de diciembre de 2013 (NFC049787), se incluye la siguiente explicación:

Adicionalmente, en desarrollo de esta definición puede concluirse que si el modelo de negocio de la empresa consiste en la tenencia de inmuebles con el objetivo de obtener ganancias en el largo plazo, a la espera de que se produzca una variación en su valor razonable que le permita obtener una adecuada rentabilidad, dichos inmuebles se calificarán como inversiones inmobiliarias porque en estos casos será difícil identificar un ciclo normal de explotación. Esta conclusión no varía si el inmueble está en proceso de construcción o mejora.

Por el contrario, si los inmuebles se adquieren con el propósito de venderlos en el curso ordinario de las actividades del negocio o bien se encuentran en proceso de construcción o desarrollo con vistas a dicha venta, por ejemplo, propiedades adquiridas exclusivamente para su enajenación en el corto plazo o para concluir su desarrollo inmobiliario y proceder a su venta, estos activos se calificarán como existencias.

Ejemplo

La sociedad XXX forma parte de un grupo y su actividad consiste en construir y adquirir inmuebles para su arrendamiento a otras empresas del grupo. Es propietaria del edificio que constituyen las oficinas y sede social del grupo y que arrienda a otras sociedades del mismo grupo.

XXX adquirió seis parcelas urbanas colindantes en un polígono industrial por un importe de 7.200.000 euros. El destino de estas era la construcción de la nueva sede social del grupo, recuperando la inversión mediante el arrendamiento a las distintas sociedades del grupo. Incurred en unos costes de 250.000 euros por la redacción de un proyecto de construcción de un edificio de oficinas y por la correspondiente licencia municipal de obras en relación con tres de las seis parcelas adquiridas, quedando el resto para futuras ampliaciones.

Transcurridos cinco años sin haberse iniciado la construcción debido a diferentes modificaciones del proyecto, la sociedad XXX ha recibido una oferta de compra por dichas parcelas por un importe de 14.000.000 de euros y ha enajenado las mismas.

Previo a su enajenación, la sociedad obtuvo la renovación de la licencia de obra.

Se pide:

Realizar los asientos en la sociedad XXX.

Solución

En la fecha de adquisición de las parcelas la entidad XXX procede a darlas de alta como inversión inmobiliaria, al ser su destino la obtención de rentas mediante su arrendamiento (NRV 4.^a del PGC).

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales	7.200.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		7.200.000

Por los costes incurridos en el proyecto y en las licencias, se incrementa el valor de la inversión (NRV 4.^a que nos remite a las NRV 2.^a y 3.^a del PGC).

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales	250.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		250.000

Transcurridos cinco años se recibe una oferta de compra y la entidad procede a la enajenación de las mismas. Tal como nos indica la consulta, este hecho no provoca en ningún caso la reclasificación de las mismas (manteniendo este criterio para aquellas que no habían sido incluidas en el proyecto, pero su destino seguía siendo el mismo en el futuro), debiéndose mantener como inversión inmobiliaria y, por tanto, el resultado no debe reconocerse como importe neto de la cifra de negocios en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	14.000.000	
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales		7.450.000
772	Beneficios procedentes de inversiones inmobiliarias		6.550.000



Ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Técnico de Administración Pública (rama económica) al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos

Fernando Vallejo Torrecilla

Licenciado en Ciencias Empresariales

(Convocatoria aprobada por Resolución 246/2018, de 31 de enero, de la Directora General de Función Pública y publicada en el Boletín Oficial de Navarra, número 38, de 22 de febrero de 2018).

Sumario

- Caso 1. Emisión de obligaciones convertibles.**
- Caso 2. Proyecto de inversión.**
- Caso 3. Estadística.**
- Caso 4. Fusión por absorción.**
- Caso 5. Cálculo del resultado y unidades a vender a partir de la rentabilidad económica deseada.**
- Caso 6. Contabilidad pública. Subvenciones concedidas.**
- Caso 7. Contabilidad pública. Inmovilizado material. Provisión.**
- Caso 8. Contabilización de un contrato de construcción a largo plazo según el grado de avance.**



Caso práctico núm. 1

Emisión de obligaciones convertibles

Para hacer frente a sus necesidades financieras, la sociedad Alfa, SA decide emitir el 1 de enero de 2019 un total de 15.000 obligaciones convertibles. Cada obligación tiene un valor nominal de 1.000 euros. Su vencimiento tendrá lugar a los 3 años, siendo la emisión a la par y ofreciendo un cupón anual al final de cada ejercicio a un tipo de interés nominal anual del 5 %. A la fecha de vencimiento, cada obligación se convertirá en 50 acciones ordinarias (valor nominal 10 €). Los gastos originados por la emisión ascienden a 10.000 euros. Se sabe, además, que cuando las obligaciones se emiten, la tasa de interés vigente para un título de deuda similar, pero sin opción de conversión, es del 6 %.

Se pide:

Determinar el valor en libros inicial asignado a los componentes de pasivo y patrimonio neto en la sociedad emisora Alfa, SA.

Nota: omita cualquier tipo de consideración de naturaleza fiscal.

Solución

Las obligaciones convertibles se consideran instrumentos financieros compuestos que se regulan en la norma de valoración 11.^a del Plan General de Contabilidad (PGC), epígrafe 5.2:

5.2. Instrumentos financieros compuestos

Un instrumento financiero compuesto es un instrumento financiero no derivado que incluye componentes de pasivo y de patrimonio simultáneamente. Si la empresa hubiese emitido un instrumento financiero compuesto, reconocerá, valorará y presentará por separado sus componentes.

La empresa distribuirá el valor en libros inicial de acuerdo con los siguientes criterios que, salvo error, no será objeto de revisión posteriormente:

- Asignará al componente de pasivo el valor razonable de un pasivo similar que no lleve asociado el componente de patrimonio.
- Asignará al componente de patrimonio la diferencia entre el importe inicial y el valor asignado al componente de pasivo.
- En la misma proporción distribuirá los costes de transacción.

La valoración del componente de un pasivo similar, sin opción de conversión, al 6 %, se obtiene mediante el valor actual de los flujos esperados:

$$0,05 \times 1.000 a_{\overline{3}|6\%} + 1.000 \times (1,06)^{-3} = 973,27$$

Y el componente de patrimonio neto se calcula por diferencia: $1.000 - 973,27 = 26,73$.

La valoración total de ambos componentes, teniendo en cuenta que los gastos de emisión se descuentan proporcionalmente al valor de cada componente, será:

Pasivo	%	Patrimonio neto	%	Total
$15.000 \times 973,27 = 14.599.050$	97,327	$15.000 \times 26,73 = 400.950$	2,673	15.000.000
$-10.000 \times 0,97327 = -9.732,70$		$-10.000 \times 0,02673 = -267,3$		-10.000
14.589.317,30		400.682,70		14.990.000

No obstante lo anterior, con posterioridad a la publicación de la convocatoria de la oposición, ha entrado en vigor la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital.

Esta resolución regula en sus artículos 42 y 43, que a continuación se transcriben, los aspectos contables de las obligaciones convertibles y con mayor extensión que el PGC.

Artículo 42. Las obligaciones convertibles.

1. Las obligaciones convertibles en un número fijo de acciones de la sociedad, a opción del inversor u obligatoriamente si se produce un evento futuro, se califican como un instrumento financiero compuesto, de acuerdo con las definiciones incluidas en el artículo 3 y lo previsto en el artículo 4.

En la fecha de reconocimiento inicial, el emisor de estas obligaciones determinará el importe en libros del componente de pasivo, medido por el valor razonable de

un pasivo similar que no lleve asociado un componente de patrimonio, pero que incluya, en su caso, los eventuales elementos derivados implícitos que no sean de patrimonio.

2. El importe en libros del instrumento de patrimonio, representado por la opción de conversión del instrumento en acciones comunes, se determinará deduciendo el valor razonable del pasivo financiero del valor razonable del instrumento financiero compuesto considerado en su conjunto. En ningún caso se producirán pérdidas ni ganancias en el reconocimiento inicial.

Los gastos de transacción relativos a la emisión de un instrumento financiero compuesto se distribuirán entre los componentes de pasivo y de patrimonio del instrumento, en proporción a la valoración inicial de ambos componentes.

La separación de los componentes del instrumento financiero compuesto efectuada en el momento inicial no se revisará a lo largo de la vida de la operación.

Artículo 43. Las obligaciones o instrumentos similares obligatoriamente convertibles en acciones o con relación de canje variable.

1. Las obligaciones y otros instrumentos similares obligatoriamente convertibles en un número fijo de acciones se contabilizarán como un instrumento de patrimonio, salvo que otorguen al inversor un derecho a recibir una retribución obligatoria. En caso contrario, las obligaciones o instrumentos similares se calificarán como un instrumento financiero compuesto siguiendo los criterios establecidos en el artículo 41.

2. Por el contrario, las obligaciones y otros instrumentos similares que establezcan cláusulas de conversión por las que se estipule una relación de canje que obligue a la entrega de una cantidad variable de acciones propias se contabilizarán como un pasivo financiero de acuerdo con lo establecido en el artículo 4, o como un instrumento financiero híbrido si a la vista de las condiciones de emisión se pudieran identificar derivados implícitos que no sean de patrimonio.

Lo anterior, en ausencia de derivados implícitos, se puede resumir de la siguiente forma:

Tipo de conversión para el inversor			
		Voluntaria u obligatoria dependiendo de evento futuro	Obligatoria
Número de acciones a entregar	Fijo	Instrumento compuesto	Instrumento de patrimonio
	Variable	Pasivo financiero	Pasivo financiero

En el supuesto presentado, el enunciado indica que al vencimiento las obligaciones se convertirán en acciones, es decir, parece que la conversión es obligatoria y no depende de ningún evento futuro. Por otra parte, el número de acciones a entregar no es fijo, pues

aunque su valor nominal está dado, su valor real es variable y, en consecuencia, también lo será el número de acciones entregadas.

Por ello, es plenamente de aplicación el artículo 43 de la resolución del ICAC, por lo que la emisión del supuesto deberá contabilizarse como pasivo financiero.

Caso práctico núm. 2

Proyecto de inversión

La sociedad Beta, SL está efectuando su planificación financiera para los próximos años. Como consecuencia de un proyecto de expansión sabe que necesitará adquirir una flota de camiones cuyo importe ascenderá a 500.000 euros dentro de 5 años. En la actualidad solamente dispone de 200.000 euros, por lo que debe diseñar una estrategia de inversión que le permita hacer frente a su proceso de expansión. La empresa utiliza capitalización compuesta.

Se pide:

- a) Determine el tipo de interés efectivo anual al que se debería de invertir el montante actual para poder hacer frente al proyecto de expansión.
- b) El banco Épsilon ofrece a la empresa un producto financiero que le podría resultar interesante para llevar a cabo el proyecto anterior. Mediante la inversión de una determinada cuantía al inicio de cada mes durante el citado plazo de 5 años, con una progresión aritmética mensual de 10 euros, se obtendrá al final del último periodo un montante de 500.000 euros. Considerando una tasa de actualización del 10 % efectivo anual, determine cuál es la cuantía que la empresa debería efectuar como primera aportación.

Solución

Apartado a)

El tipo de interés efectivo será el necesario para alcanzar el importe de 500.000 euros al cabo de 5 años, teniendo en cuenta que se dispone de un capital inicial de 200.000 euros.

$$200.000 \times (1 + i)^5 = 500.000$$

$$i = (5/2)^{0,2} - 1 = 0,201124$$

$$i = 20,1124 \%$$

Apartado b)

El enunciado no indica qué rentabilidad se obtiene de los 200.000 euros iniciales, por lo que se puede suponer que no se obtiene ninguna o bien que se pueden invertir al 10 % efectivo anual.

En el primer caso será necesario alcanzar al final de los 5 años un importe de 300.000 euros, mediante el valor final de una renta prepagable, fraccionada, variable en progresión aritmética de razón $d = 10$ mensuales y de $5 \times 12 = 60$ mensualidades, valorada al 10 % efectivo anual.

$$\left[\left(a_1 + \frac{d}{i_{12}} \right) s_{\overline{n}|i_{12}} - \frac{nd}{i_{12}} \right] (1 + i_{12}) = 300.00, \text{ donde } i_{12} = 1,10^{1/12} - 1 = 0,00797414$$

Sustituyendo los diferentes valores numéricos:

$$\left[\left(a_1 + \frac{10}{0,00797414} \right) s_{\overline{60}|0,00797414} - \frac{60 \times 10}{0,00797414} \right] (1,00797414) = 300.000$$

Despejando, $a_1 = 3.616,16$ (la validez de este resultado puede comprobarse mediante una hoja Excel).

En el caso de poderse obtener una rentabilidad del 10 % para los 200.000 euros de capital inicial, se tendrá que cambiar únicamente el segundo miembro de la ecuación anterior, que quedará:

$$\left[\left(a_1 + \frac{10}{0,00797414} \right) s_{\overline{60}|0,00797414} - \frac{60 \times 10}{0,00797414} \right] (1,00797414) = 500.000 - 200.000 \times 1,10^5$$

Obteniéndose en este caso para $a_1 = 2.033,95$.

Si en lugar de un 10 %, se pudiera obtener otra rentabilidad, bastaría con incluirla en la expresión anterior en lugar del 10 %.



Caso práctico núm. 3

Estadística

Apartado 1

En la encuesta sobre la estructura de las explotaciones agrícolas para el año 2016 se muestran, entre otros, los siguientes datos con relación a las explotaciones ubicadas en la Comunidad Foral de Navarra:

Superficie agraria utilizada (SAU) (en Ha)	Número de explotaciones
0 a < 10	6.892
10 a < 20	2.202
20 a < 30	1.196
30 a < 50	1.483
50 a < 100	1.352

Se pide:

Estimar la media y el intervalo mediano.

Apartado 2

Durante el año 2018, un estudio realizado a una muestra de 10 agricultores, revela la siguiente información:

Agricultor		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Producción (Tm)	Y	10	15	12	14	18	15	15	20	25	30
SAU (Ha)	X	10	8	6	5	6	5	5	15	30	20

Además, se sabe que:

$$\sum_{i=1}^{10} X_i Y_i = 2.270 \quad \sum_{i=1}^{10} X_i^2 = 1.836 \quad \sum_{i=1}^{10} X_i = 110 \quad \bar{Y} = 17,4$$



$$\sum_{i=1}^{10} Y_i = 174 \quad \sum_{i=1}^{10} Y_i^2 = 3.364 \quad \sum_{i=1}^{10} X_i^2 Y_i^2 = 1.069.898 \quad \bar{X} = 11$$

Se pide:

Estimar una recta de regresión por mínimos cuadrados ordinarios donde la producción obtenida (Y) venga explicada por la superficie agraria utilizada (X).

Solución

Apartado 1

Para el cálculo de la media (se entiende que se trata de la media aritmética simple), teniendo en cuenta que los datos están agrupados por intervalos, se utilizará la marca de clase o punto medio de cada intervalo (media aritmética de los valores extremos).

Marca de clase	Frecuencias	MC × Frecuencias
5	6.892	34.460
15	2.202	33.030
25	1.196	29.900
40	1.483	59.320
75	1.352	101.400
Totales	13.125	258.110

Y la media aritmética será: $258.110/13.125 = 19,66$.

En cuanto al intervalo mediano, ordenados los valores observados de menor a mayor, es aquel en el que se encuentra la mediana, valor que divide en dos mitades los valores observados, coincida o no con alguno de ellos.

En este caso, al ser el número de observaciones de 13.125 y $13.125/2 = 6.562,5 < 6.892$, la mediana se encuentra en el primer intervalo, por lo que este será el intervalo que la contiene.

Apartado 2

Se trata de una regresión lineal con una única variable explicativa X = superficie agraria utilizada (SAU).

La ecuación de la recta de regresión de Y (producción) sobre X (SAU) es: $Y = a + b X$.

Donde $a = \bar{y} - b\bar{x}$

$$b = \frac{S_{xy}}{S_x^2} = \frac{\sum xy - N\bar{x}\bar{y}}{\sum x^2 - N\bar{x}^2} = \frac{2.270 - 10 \times 11 \times 17,4}{1.836 - 10 \times 121} = 0,56869$$

$$a = 17,4 - 0,56869 \times 11 = 11,14441$$

Por lo que la recta de regresión lineal es: $Y = 11,14441 + 0,56869 X$.

Caso práctico núm. 4

Fusión por absorción

La empresa Up, SA ha negociado durante meses la compra de la empresa Mute, SA, y, finalmente, las juntas generales de ambas sociedades ratifican el acuerdo de fusión por absorción por el que la empresa Up, SA adquiere a la empresa Mute, SA.

El acuerdo de fusión se hará efectivo el día 1 de agosto de 2018.

La empresa Up, SA presenta a 31 de diciembre de 2017 el siguiente patrimonio neto:

Patrimonio neto y pasivo	31-12-2017
A) PATRIMONIO NETO	789.000
A-1) Fondos propios	799.000
I. Capital	500.000
1. Capital escriturado	500.000





Patrimonio neto y pasivo	31-12-2017
▶	
II. Prima de emisión	110.000
III. Reservas	119.000
1. Reserva legal	99.000
2. Reserva voluntaria	20.000
VII. Resultado del ejercicio	80.000
VIII. (Dividendo a cuenta)	(10.000)
A-2) Ajustes por valoración en activos disponibles para la venta	(10.000)

Información complementaria

1. El capital social está compuesto por 10.000 acciones de 50 euros de valor nominal.
2. Up, SA posee 1.000 acciones de la empresa Mute, SA, valoradas en balance por 46.800 euros.
3. Up, SA mantiene una inversión en investigación y desarrollo por valor de 150.000 euros.

Antes del acuerdo de fusión, la empresa Up, SA ha realizado las siguientes operaciones, todas ellas aprobadas por su junta general de accionistas:

1. Repartir el máximo dividendo permitido por ley entre sus accionistas.
2. Ampliar el capital social emitiendo 2 acciones nuevas por cada 4 acciones antiguas de 50 euros de valor nominal. El valor de emisión de las acciones supera en 0,36 euros el valor teórico de las acciones de Up, SA antes de la ampliación y se desembolsa en el momento de la suscripción el 100 % del importe de la ampliación.

Por su parte, la empresa Mute, SA presenta a 31 de diciembre de 2017 el siguiente patrimonio neto:

Patrimonio neto y pasivo	31-12-2017
A) PATRIMONIO NETO	468.000



Patrimonio neto y pasivo	31-12-2017
►	
A-1) Fondos propios	468.000
I. Capital	300.000
1. Capital escriturado	300.000
II. Prima de emisión	100.000
III. Reservas	28.000
1. Reserva legal	20.000
2. Reserva voluntaria	8.000
V. Resultados de ejercicios anteriores	(20.000)
VII. Resultado del ejercicio	60.000

El capital social está compuesto por 10.000 acciones de 30 euros de valor nominal.

Antes del acuerdo de fusión, la empresa Mute, SA ha realizado las siguientes operaciones, todas ellas aprobadas por su junta general de accionistas:

1. Repartir el máximo dividendo permitido por ley entre sus accionistas.

En relación con las valoraciones de fusión de ambas sociedades, un experto independiente ha valorado lo siguiente:

El valor razonable del patrimonio neto de la sociedad Mute, SA en 600.000 euros, mientras que el valor razonable del patrimonio de Up, SA coincide con su valor en libros.

Se pide:

1. Calcular los valores teóricos justo antes de la fusión para ambas sociedades.
2. Calcular el número de acciones a emitir por Up, SA para pagar a los accionistas de Mute, SA.

Nota: omita cualquier tipo de consideración de naturaleza fiscal.

Solución

Sociedad Up

Esta sociedad es la absorbente desde un punto de vista mercantil y adquirente desde un punto de vista contable.

Operaciones previas a la absorción

Para resolver el ejercicio hay que establecer algunas suposiciones previas puesto que el enunciado omite, entre otras cosas¹, un dato importante que tiene repercusión en el cálculo del valor teórico de las acciones de Up: en qué momento se percibe el dividendo repartido por Mute, ya que el valor de emisión en la ampliación de capital que se propone en la junta general será diferente según dicho dividendo se incluya en el cálculo o no.

En la resolución propuesta que se presenta a continuación, se va a suponer que dicho dividendo se percibe con posterioridad a la ampliación de capital propuesta en la junta.

1. Reparto del dividendo máximo

En primer lugar, debe cumplirse lo establecido en el artículo 274 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) relativo a la reserva legal.

Artículo 274. Reserva legal.

1. En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social.

En este caso, habría que dotar el 10 % de $80.000 = 8.000$ euros. No obstante, la reserva legal alcanza con 1.000 euros adicionales el 20 % del capital social por lo cual este año se dotarán solo 1.000 euros.

Por otra parte, debe cumplirse también, si se desea repartir dividendos, el artículo 273 del TRLSC en lo relativo a los gastos de investigación y desarrollo.

¹ No se indica cuándo han sido adquiridas las acciones de Mute. Su valor supone el 10 % del valor de Mute en libros según su balance. No obstante, tiene repercusión en el reflejo de los dividendos, ya que, si estos corresponden inequívocamente a resultados obtenidos por Mute con anterioridad a la fecha de adquisición de la participación, el reflejo contable de dichos dividendos supondría un abono en la cuenta de la inversión y no en la cuenta 760, tal y como establece el PGC en su norma de valoración 9.^a, epígrafe 2.8.

Artículo 273. Aplicación del resultado.

3. Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance.

Los gastos de I+D ascienden a 150.000 euros y las reservas disponibles (Prima de emisión + Reserva voluntaria = 110.000 + 20.000) ascienden a 130.000, por lo cual hay que detraer 20.000 euros adicionales.

El máximo dividendo asciende, por tanto, a: $80.000 - 1.000 - 20.000 = 59.000$ euros.

De este importe hay que descontar el dividendo a cuenta, por lo que el dividendo complementario máximo que puede aprobar la junta asciende a 49.000 euros.

2. Ampliación de capital

Las acciones se emiten por un importe superior en 0,36 euros a su valor teórico, que en este caso es:

$$\frac{\text{Patrimonio neto}}{\text{Número de acciones en circulación}} = \frac{789.000 - 49.000}{10.000} = 74$$

Si se emiten 2 acciones nuevas por cada 4 antiguas, se emitirán un total de 5.000 acciones nuevas, por $74 + 0,36 = 74,36$ euros.

El patrimonio neto tras la ampliación ascenderá a $740.000 + 5.000 \times 74,36 = 1.111.800$.

Sociedad Mute

Esta sociedad es la absorbida desde un punto de vista mercantil y adquirida desde un punto de vista contable.

Operaciones previas a la absorción

1. Reparto del dividendo máximo

Al igual que en el caso anterior, en primer lugar, debe cumplirse lo establecido en el artículo 274 del TRLSC relativo a la reserva legal.

En este caso, habría que dotar el 10 % de $60.000 = 6.000$ euros.

En cuanto a las pérdidas acumuladas, el artículo 273 establece:

Artículo 273. Aplicación del resultado.

2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, solo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta.

El patrimonio neto a considerar en ambas sociedades es el establecido en el artículo 36 del Código de Comercio:

A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto.

En este caso, al no haber patrimonio neto inferior a la cifra de capital social (al ser la prima de emisión y las reservas superiores a las pérdidas), no es necesario compensar pérdidas.

Por lo tanto, el importe máximo que se puede repartir como dividendo es de 60.000 – 6.000 euros = 54.000 euros.

El dividendo por acción supone $54.000/10.000$ acciones = 5,4 euros por acción.

Al tener Up 1.000 acciones de Mute, recibirá $1.000 \times 5,4 = 5.400$ euros de dividendos, previamente a la fusión, ya que una vez absorbida Mute, queda extinguida y no reparte ya nada.

2. Valor teórico de las acciones antes de la fusión

El valor teórico de Mute es: $600.000/10.000$ acciones = 60 por acción.

Y en la sociedad Up hay que tener en cuenta el dividendo percibido de Mute y el ajuste de la participación en ella (1.000 acciones).

• Patrimonio neto tras la ampliación de capital	1.111.800
• Dividendo percibido de Mute	5.400
• Ajuste de la participación en Mute a su valor razonable (1.000 × 60 – 46.800)	13.200
• Total patrimonio neto previo a la fusión	1.130.400
• Valor teórico de fusión de la acción de Up (1.130.400/15.000)	75,36 euros

Para calcular el número de acciones a emitir por Up, hay que tener en cuenta el valor teórico de las acciones de ambas sociedades así como el hecho de que Up ya posee 1.000 acciones de Mute.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Artículo 25. *Tipo de canje.*

1. En las operaciones de fusión el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que participan en la misma debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio.
2. Cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.

En la mayoría de los libros de contabilidad que tratan el tema, el cálculo de la relación de canje se omite o se calcula a partir del valor total patrimonial de la sociedad adquirida, 600.000 en este caso, con un planteamiento sencillo, que no es operativo más que en contados casos de sociedades con pocos socios.

En este caso, con este planteamiento, descontando de las 10.000 acciones de Mute las 1.000 que ya posee Up, se llega a:

$$\text{Acciones a emitir: } [(10.000 - 1.000) \times 60] / 75,36 = 7.165,61 \text{ acciones}$$

Se emitirán 7.165 acciones nuevas y la diferencia en efectivo.

Como ya se ha expuesto, este planteamiento es correcto desde un punto de vista puramente aritmético, pero alejado de la realidad. Con este mismo planteamiento, si se desea calcular el tipo o relación de canje, se tendrá:

$$75,36 / 60 = 1,256$$

Es decir, 1,256 acciones de Mute de 60 euros de valor teórico de fusión a cambio de una acción de 75,36 de valor teórico de fusión de Up.

Es obvio que estos valores no tienen ningún sentido práctico, puesto que la relación de canje debe establecerse en términos de números enteros, lo más reducidos posibles (sin divisores comunes, por tanto) y compensar la diferencia, en su caso, mediante una entrega en dinero (a entregar siempre por parte de la empresa que emite las acciones) sujeta al límite del 10 % del nominal de las acciones entregadas, tal y como establece la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades de capital.

A la relación de canje más reducida se puede llegar por simple tanteo:

3 acciones de Up + compensación en efectivo $\times$ 4 acciones de Mute

$$3 \text{ de Up} \times 75,36 + 13,92 \text{ en efectivo} = 240 = 4 \text{ de Mute} \times 60$$

El efectivo entregado por Up, 13,92 euros por cada 4 acciones de Mute, no supera el 10 % del nominal de las acciones entregadas por Up:

$$3 \times 50 = 150 \text{ nominales}; 13,92 < 10 \% \text{ de } 150 = 15$$

En cuanto a las acciones a emitir:

Sociedad absorbida Mute	Acciones
Acciones que componen su capital social	10.000
– Acciones propias	–
= Acciones en circulación	10.000
– Acciones que ya posee Up de Mute	(1.000)
= Acciones a canjear de Mute	9.000
Acciones a entregar según la relación de canje calculada anteriormente	$(9.000/4) \times 3 = 6.750$
– Acciones propias de Up	–
= Total acciones a emitir por Up	6.750

Obsérvese que este número de acciones, planteado correctamente a partir de la relación de canje, difiere sustancialmente del planteamiento que pudiera denominarse aritmético calculado anteriormente (7.165 acciones). Como es lógico, el importe pagado en dinero también cambiará sustancialmente.

Por último, cabe comentar que las cifras proporcionadas por el enunciado parecen estar pensadas para un resultado exacto. En este sentido, puede comprobarse que, si no se tiene en cuenta el dividendo de Mute recibido por Up, el valor patrimonial de esta será:

• Patrimonio neto tras la ampliación de capital	1.111.800
• Ajuste de la participación en Mute a su valor razonable (1.000 × 60 – 46.800)	13.200
• Total patrimonio neto previo a la fusión	1.125.000
• Valor teórico de fusión de la acción de Up (1.125.000/15.000)	75 euros

Y el número de acciones a emitir por Up:

$$\text{Acciones a emitir: } [(10.000 - 1.000) \times 60] / 75 = 7.200 \text{ acciones}$$

O, si se calcula la relación de canje: 4 de Up de 75 = 300 = 5 de Mute de 60.

Y las acciones a emitir a partir de la relación de canje serán:

$$(10.000 - 1.000) = 9.000 \text{ acciones a canjear} \times 4/5 = 7.200 \text{ acciones.}$$

Pero como ya se ha señalado, este resultado es incorrecto, pues el dividendo de Mute se recibe por Up antes de la fusión necesariamente y dicho importe debe ser tenido en cuenta en el cálculo del patrimonio neto de Up a fin de determinar el valor teórico de su acción a efectos de la operación de fusión.

Sociedad absorbida Mute	Acciones
Acciones que componen su capital social	10.000
– Acciones propias	–
= Acciones en circulación	10.000
– Acciones que ya posee Up de Mute	(1.000)
= Acciones a canjear de Mute	9.000
Acciones a entregar según la relación de canje calculada anteriormente	(9.000/5) × 4 = 7.200
– Acciones propias de Up	–
= Total acciones a emitir por Up	7.200

Coincide la cifra de acciones a emitir calculada por ambos métodos (el global o aritmético y el obtenido mediante la relación de canje) por ser la relación de canje exacta, cosa que en la realidad no se da, salvo que se manipulen las valoraciones, como sucedía años atrás.

Caso práctico núm. 5

Cálculo del resultado y unidades a vender a partir de la rentabilidad económica deseada

La empresa Mar, SA se dedica a la fabricación y comercialización de ordenadores portátiles. Concretamente, elabora un único modelo de ordenador portátil de gama alta que ensambla en su planta de producción en Navarra y comercializa a través de distribuidores especializados. Los bajos niveles de rentabilidad obtenidos por la empresa en el año 2018 y la entrada de nuevos competidores ha provocado que la Dirección de la compañía esté valorando la posibilidad de cambiar su estrategia a partir del año 2019. La idea del gerente es producir ordenadores portátiles de gama media y distribuirlos directamente al consumidor final. El Consejo de Administración ha acordado que el gerente lleve a cabo un estudio de mercado para valorar si el cambio de estrategia permitirá alcanzar en 2019 una rentabilidad económica del 5 % o superior.

Para analizar las posibilidades de lograr el objetivo fijado por el consejo de administración, el gerente ha formado un equipo multidisciplinar que ha presentado los siguientes datos:

Los ordenadores portátiles de gama media se venden normalmente a 800 euros, lo que supondría una reducción de 150 euros respecto al precio de los ordenadores portátiles que se venden actualmente.

Los ordenadores portátiles de gama media también utilizan componentes de peor calidad, por lo que se ha estimado que su coste podría reducirse en 20 euros por cada ordenador portátil.

La empresa considera los componentes como su único coste variable.

Se estima que la empresa tiene capacidad productiva suficiente para fabricar todos los ordenadores de gama media necesarios para satisfacer la demanda. Además, no se considera necesario incrementar el porcentaje de amortización utilizado hasta el momento, por tanto, se mantiene el mismo procedimiento de amortización lineal constante.

Finalmente, la venta directa de los nuevos ordenadores portátiles reducirá el periodo medio de cobro, si bien esta medida no tendrá una influencia sobre el valor del saldo de clientes. Sin embargo, debido a la necesidad de incrementar la capacidad productiva, la empresa ha estimado que va a necesitar mantener en *stock* 32 unidades de los componentes (son la única materia prima que utiliza la empresa) necesarios para fabricar un ordenador portátil de gama media. El responsable financiero del equipo ha previsto que la tesorería generada en 2019 será de 85.153 euros.

Se pide:

1. Calcular el resultado antes de intereses e impuestos a partir del cual la empresa obtendría una rentabilidad económica superior al 5 %.
2. Calcular el número de unidades vendidas a partir del cual la empresa podría alcanzar una rentabilidad económica superior al 5 %.

Para ayudar a resolver el ejercicio, el opositor dispone del balance de situación y de la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa en el año 2018.

Nota: para calcular la rentabilidad económica deberán utilizarse los valores medios de la inversión.

Balance de situación:

Activo	31-12-2017	31-12-2018
Activo no corriente	742.000	636.000
Inmovilizado	1.060.000	1.060.000
Amortización acumulada	-318.000	-424.000
Activo corriente	145.000	208.511,80
Productos terminados	0	0
Materias primas	0	0
Clientes	95.000	95.000
Tesorería	50.000	113.511,80
Total activo	887.000	844.511,80



Patrimonio neto y pasivo	31-12-2017	31-12-2018
Patrimonio neto	358.061,50	365.556,80
Capital	108.061,50	108.061,50
Resultado y reservas	250.000	257.495,30
Pasivo no corriente	474.919,10	431.546,40
Préstamos a largo plazo	474.919,10	431.546,40
Pasivo corriente	54.019,40	47.408,60
Préstamos a corto plazo	42.522,30	43.372,70
Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades	11.497,10	4.035,90
Total patrimonio neto y pasivo	887.000	844.511,80

Cuenta de pérdidas y ganancias:

	31-12-2018
Importe neto de la cifra de negocios	475.000
Variación de productos terminados	0
Aprovisionamientos	-100.000
Gastos de personal	-120.000
Otros gastos de explotación	-127.120
Amortización del inmovilizado	-106.000
Resultado de explotación	21.880
Ingresos financieros	0
Gastos financieros	-10.348,83
Resultado financiero	-10.348,83
Resultado antes de impuestos	11.531,17
Impuesto sobre sociedades	-4.035,91
Resultado del ejercicio	7.495,26

Solución

Apartado 1

- Precio de venta en 2018 del ordenador de gama alta: $800 + 150 = 950$.
- De la cuenta de resultados de 2018, se obtiene que las unidades vendidas de gama alta en 2018 son: $475.000/950 = 500$ ordenadores.
- Puesto que el aprovisionamiento incluye los componentes del ordenador como única materia prima de la empresa, su coste unitario en 2018 es: $100.000/500 = 200$ euros por ordenador.

A partir de estos datos, las previsiones para 2019 son:

• Nuevo precio de venta	800
• Nuevo coste unitario ($200 - 20$)	180
• Margen variable unitario ($800 - 180$)	620

Para calcular la rentabilidad económica hay que obtener la inversión estimada a finales de 2019 y promediarla con la de 2018, ya que el enunciado indica que hay que calcularla sobre los valores medios de la inversión.

Hay que tener en cuenta que las unidades compradas serán superiores a las vendidas, a fin de dejar a fin de año en el inventario las 32 unidades que se desea mantener. No obstante, el gasto por aprovisionamiento, es decir, el consumo de materias primas, dependerá de la producción, no de las compras, ya que la existencia final queda en balance.

El valor del activo previsto a finales de 2019, teniendo en cuenta que el saldo mantenido en balance de clientes y las inversiones en inmovilizado no varían, será:

Activo a finales de 2019 = Activo al finalizar 2018 + Tesorería generada en 2019 +
+ Stock de 32 componentes – Aumento en amortización acumulada por la dotación
del año (igual que el anterior).

$$844.511,80 + 85.153 + 32 \times 180 - 106.000 = 829.424,80$$

$$\text{Promedio de inversión en 2019: } (844.511,80 + 829.424,80)/2 = 836.968,30$$

Resultado antes de intereses e impuestos requerido para alcanzar una rentabilidad económica del 5 % sobre la inversión media: $0,05 \times 836.968,30 = 41.848,42$.

Por lo tanto, la empresa debería obtener un resultado antes de intereses e impuestos superior a 41.848,42 euros si desea alcanzar una rentabilidad económica superior al 5 %.



De acuerdo con esta cifra, si se consideran como fijos todos los gastos excepto los de aprovisionamiento (el enunciado indica que los componentes son el único coste variable), la cuenta de resultados prevista para 2019 será:

Cuenta de pérdidas y ganancias	2019
Margen bruto (Ventas netas – Aprovisionamiento)	394.968,42
Variación de productos terminados (igual que en 2018)	–
Gastos de personal (igual que en 2018)	–120.000
Otros gastos de explotación (igual que en 2018)	–127.120
Amortización (igual que en 2018)	–106.000
Resultado antes de intereses e impuestos	41.848,42

El importe del margen bruto se ha calculado sumando al resultado antes de intereses e impuestos requerido los diversos gastos, que no varían, ya que el único coste variable según el enunciado son los componentes (aprovisionamiento).

Apartado 2

Teniendo en cuenta el nuevo margen variable unitario previsto para 2019 de 620 euros por ordenador de gama media vendido, para obtener un margen bruto total de 394.968,42 euros será necesario vender: $394.968,42/620 = 637,04$ unidades.

Por lo tanto, a partir de 638 unidades vendidas la empresa podrá alcanzar una rentabilidad superior al 5 %.

Caso práctico núm. 6

Contabilidad pública. Subvenciones concedidas

Una entidad pública, con régimen presupuestario, gestiona en su ejercicio presupuestario corriente, en el ámbito de sus competencias, las siguientes subvenciones:

1. Para financiar la adquisición de inmovilizado, ha gastado presupuestariamente y abonado subvenciones de carácter reintegrable a dos beneficiarios, 2.000 euros a cada uno, condicionadas al cumplimiento de unos requisitos por parte de los beneficiarios, tras el cumplimiento de los cuales dejarán de tener el carácter de reintegrables.
 - El primer beneficiario, después de serle abonados los 2.000 euros, renuncia a la subvención. En consecuencia, la entidad pública dicta en el mismo ejercicio acto administrativo de reintegro de ayudas por el total de la subvención más una cuantía en concepto de intereses por un importe de 100 euros, quedando ambas cuantías pendientes de cobro al cierre del ejercicio.
 - El segundo beneficiario, que ha percibido otros 2.000 euros, ha cumplido las condiciones en el ejercicio, dentro del plazo establecido, con lo que la subvención abonada deja de tener el carácter de reintegrable al cierre del ejercicio.
2. Para financiar gastos del ejercicio se han concedido diversas subvenciones. La tramitación de estas subvenciones se describe a continuación:
 - Se ha gastado crédito por 10.000 euros, quedando pendiente de pago al final del ejercicio un importe de 2.000 euros.
 - Varias solicitudes por valor de 3.000 euros no han llegado a ser gastadas presupuestariamente, quedando pendientes de reconocimiento de obligación presupuestaria. No obstante, se dispone de toda la documentación necesaria presentada en tiempo y forma por los beneficiarios, que ha sido revisada y comprobada por el ente público, no habiendo duda alguna acerca del derecho a percibir subvenciones por los beneficiarios por importe de 3.000 euros.
 - Un total de solicitudes por importe de 5.000 euros tampoco han llegado a ser gastadas presupuestariamente al cierre del ejercicio. Para estas solicitudes, se cuenta con la documentación justificativa, pero no ha dado tiempo a ser revisada por la entidad pública, por lo que se desconoce si el importe de 5.000 euros será finalmente gastado presupuestariamente en el próximo ejercicio. No obstante, la entidad pública estima que al cierre del ejercicio han cumplido las condiciones para el reconocimiento de la subvención diversas solicitudes valoradas en 1.500 euros, de las que no existe ninguna duda que se concederá la subvención en el ejercicio siguiente.

Se pide:

1. Registro contable de las operaciones del ejercicio presupuestario corriente del ente público.
2. Calcular el gasto presupuestario ejecutado y el gasto contable en el ejercicio presupuestario corriente.



Solución

Apartado 1

1. Subvenciones de capital

Por las dos subvenciones de capital concedidas de 2.000 euros cada una que, con independencia de que sean reintegrables, han consumido crédito presupuestario:

Por la fase A:

Código	Cuenta	Debe	Haber
030	Créditos disponibles	4.000	
004	Presupuesto de gastos: gastos autorizados		4.000

Por la fase D:

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Presupuesto de gastos: gastos autorizados	4.000	
005	Presupuesto de gastos: gastos comprometidos		4.000

Por la fase O:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5420	Créditos a corto plazo por subvenciones reintegrables	4.000	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas		4.000

En la cuenta 5420 se ha recogido el importe de las subvenciones concedidas que tienen naturaleza de reintegrable, tal y como indica el enunciado.

Por el pago:

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas	4.000	
571	Bancos e instituciones de crédito. Cuentas operativas		4.000

Posteriormente, por el primer beneficiario, el cual renuncia a la subvención, debiendo de reintegrar la misma más intereses de demora:

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Deudores por derechos reconocidos	2.100	
5420	Créditos a corto plazo por subvenciones reintegrables		2.000
769	Otros ingresos financieros		100

En cuanto al segundo beneficiario, al haber cumplido los requisitos exigidos y dejar de tener carácter reintegrable la subvención:

Código	Cuenta	Debe	Haber
651	Subvenciones	2.000	
5420	Créditos a corto plazo por subvenciones reintegrables		2.000

2. Subvenciones corrientes

Por las subvenciones corrientes concedidas por 10.000 euros que han consumido crédito presupuestario:

Por la fase A:

Código	Cuenta	Debe	Haber
030	Créditos disponibles	10.000	
004	Presupuesto de gastos: gastos autorizados		10.000

Por la fase D:

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Presupuesto de gastos: gastos autorizados	10.000	
005	Presupuesto de gastos: gastos comprometidos		10.000



Por la fase O:

Código	Cuenta	Debe	Haber
651	Subvenciones	10.000	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas		10.000

Por el pago:

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas	8.000	
571	Bancos e instituciones de crédito. Cuentas operativas		8.000

Por las solicitudes por importe de 3.000 que no se han gastado presupuestariamente:

Por la fase A:

Código	Cuenta	Debe	Haber
030	Créditos disponibles	3.000	
004	Presupuesto de gastos: gastos autorizados		3.000

Por la fase D:

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Presupuesto de gastos: gastos autorizados	3.000	
005	Presupuesto de gastos: gastos comprometidos		3.000

Y por las obligaciones pendientes de aplicación al presupuesto, siendo procedente la misma:

Código	Cuenta	Debe	Haber
651	Subvenciones	3.000	
413	Acreedores por operaciones pendientes de aplicar a presupuesto		3.000



Y por las solicitudes por importe de 5.000 que no se han gastado presupuestariamente:

Por la fase A:

Código	Cuenta	Debe	Haber
030	Créditos disponibles	5.000	
004	Presupuesto de gastos: gastos autorizados		5.000

Por la fase D:

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Presupuesto de gastos: gastos autorizados	5.000	
005	Presupuesto de gastos: gastos comprometidos		5.000

Por el importe estimado (se entiende incluido en el importe de 5.000 anterior) sobre el que no existen dudas en su cumplimiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
651	Subvenciones	1.500	
588	Provisión a corto plazo para transferencias y subvenciones		1.500

Los anteriores importes (5.000 y 3.000 €) se aplicarán, en su caso, al presupuesto del ejercicio próximo, una vez revisada y aprobada la documentación justificativa y dictado el correspondiente acto administrativo de reconocimiento de obligación.

Apartado 2

De acuerdo con los datos anteriores, se tendrá:

	Gasto presupuestario	Gasto contable
Subvenciones de capital		
Beneficiario 1	2.000	0
Beneficiario 2	2.000	2.000





	Gasto presupuestario	Gasto contable
►		
Subvenciones para gasto corriente		
Importe de 10.000	10.000	10.000
Importe de 3.000	0	3.000
Importe de 5.000	0	1.500
Total	14.000	16.500

Caso práctico núm. 7

Contabilidad pública. Inmovilizado material. Provisión

En la contabilidad de un ente público, con régimen presupuestario, figuran al inicio del ejercicio 2013, entre otras, las siguientes cuentas con sus correspondientes saldos:

- 211, «Construcciones»: 20.000 euros.
- 143, «Provisión a largo plazo por desmantelamiento, retiro, rehabilitación del inmovilizado no financiero»: 2.100 euros.
- 2811, «Amortización acumulada de construcciones»: 2.000 euros.

Las construcciones se adquirieron al inicio del ejercicio 2012 y se amortizan linealmente durante 10 años. Se estimó, al adquirirlas, que después de 10 años se incurriría en un coste de 3.257,79 euros para su retiro y rehabilitación. El tipo de interés compuesto utilizado es del 5 %.

Al inicio del ejercicio contable de 2014 se obtiene una nueva estimación para la provisión, incrementándose en esta fecha el valor actual de los recursos necesarios para la rehabilitación futura en un valor de 1.000 euros.

En el ejercicio de 2015, desde el comienzo, se decide cambiar el criterio de valoración de todo el inmovilizado material. A partir de este momento se aplica el criterio de revalo-

rización, utilizando el valor razonable en su valoración. Consecuentemente, incrementa el valor de las construcciones en 5.000 euros.

Se pide:

1. Registro de los apuntes contables del ente público, de los años 2013 a 2015, sin tener en cuenta las fases de ejecución presupuestaria que no supongan alteración patrimonial alguna.
2. Obtener el saldo al cierre del ejercicio 2015 para las cuentas que se indican a continuación: 211, 143, 2811 y 136.

Solución

Aunque el enunciado no lo solicita, se presentan también los asientos relativos al ejercicio 2012.

Ejercicio 2012

El valor actual de la provisión para desmantelamiento es: $\frac{3.257,79}{1,05^{10}} = 2.000$

Y la contabilización de la fase O por la adquisición:

Código	Cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	20.000	
143	Provisión a largo plazo por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado no financiero		2.000
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto de gastos corriente		18.000

A fin de ejercicio, por la amortización: $20.000/10 = 2.000$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6811	Amortización de construcciones	2.000	
2811	Amortización acumulada de construcciones		2.000



Y por la actualización de la provisión: $2.000 \times 0,05 = 100$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	100	
143	Provisión a largo plazo por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado no financiero		100

Saldos de las cuentas en este momento:

Ejercicio	211	2811	143
2012	20.000	2.000	2.100
Saldos al cierre de 2012	20.000	2.000	2.100

Ejercicio 2013

A fin de ejercicio, por la amortización: $20.000/10 = 2.000$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6811	Amortización de construcciones	2.000	
2811	Amortización acumulada de construcciones		2.000

Y por la actualización de la provisión: $2.100 \times 0,05 = 105$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	105	
143	Provisión a largo plazo por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado no financiero		105

En cuanto a los saldos:

Ejercicio	211	2811	143
2012	20.000	2.000	2.100



Ejercicio	211	2811	143
▶			
2013		2.000	105
Saldos al cierre de 2013	20.000	4.000	2.205

Ejercicio 2014

Al realizarse una nueva estimación de la provisión, procede realizar un ajuste de acuerdo con la cifra que ya proporciona el enunciado a su valor actual, lo que supone añadirle 1.000 euros al existente en este momento, con contrapartida en la cuenta 211, tal y como establece la norma de registro y valoración 17.^a del Plan General de Contabilidad Pública, relativa a provisiones, en su epígrafe 1.4.2 a.1).

Código	Cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	1.000	
143	Provisión a largo plazo por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado no financiero		1.000

No se hace necesario calcular un nuevo tipo de interés para la actualización de la provisión, ya que el aumento en la misma ya está actualizado con lo cual se alcanzará el valor final modificado sin necesidad de calcular un nuevo tipo.

En cuanto a los saldos:

Ejercicio	211	2811	143
2012	20.000	2.000	2.100
2013		2.000	105
2014 - inicio	1.000		1.000
Saldos al inicio de 2014	21.000	4.000	3.205

Y al cierre, teniendo en cuenta el ajuste anterior, que modificará la amortización del edificio de forma prospectiva, de acuerdo con la norma de registro y valoración 21.^a, epígrafe 2, relativo al cambio de estimaciones, se tendrá por la nueva cuota de amortización: $(21.000 - 4.000)/8 = 2.125$.



Código	Cuenta	Debe	Haber
6811	Amortización de construcciones	2.125	
2811	Amortización acumulada de construcciones		2.125

Y por la actualización de la provisión: $3.205 \times 0,05 = 160,25$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	160,25	
143	Provisión a largo plazo por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado no financiero		160,25

En cuanto a los saldos:

Ejercicio	211	2811	143
2012	20.000	2.000	2.100
2013		2.000	105
2014	1.000	2.125	1.160,25
Saldos al cierre de 2014	21.000	6.125	3.365,25

Ejercicio 2015

Al cambiarse al modelo de revalorización, procede incrementar el importe de la cuenta 211 con abono a la 136.

Código	Cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	5.000	
920	Ajustes positivos en la valoración del inmovilizado no financiero por aumento de su valor razonable		5.000

A fin de ejercicio, por la nueva cuota amortización, distinguiendo la parte del coste original y el importe revalorizado:

- Coste original: misma amortización que en 2014 2.125
- Revalorización: $5.000/7$ años restantes de vida útil 714,29

Código	Cuenta	Debe	Haber
6811	Amortización de construcciones	2.125	
821	Ajustes negativos en la valoración del inmovilizado no financiero por amortizaciones	714,29	
2811	Amortización acumulada de construcciones		2.839,29

Y por la actualización de la provisión: $3.365,25 \times 0,05 = 168,26$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	168,26	
143	Provisión a largo plazo por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado no financiero		168,26

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9 utilizadas, a fin de determinar el saldo de la 136:

Código	Cuenta	Debe	Haber
920	Ajustes positivos en la valoración del inmovilizado no financiero por aumento de su valor razonable	5.000	
821	Ajustes negativos en la valoración del inmovilizado no financiero por amortizaciones		714,29
136	Ajustes por valoración del inmovilizado no financiero		4.285,71

En cuanto a los saldos finales solicitados:

Ejercicio	211	2811	143	136
2012	20.000	2.000	2.100	
2013		2.000	105	
2014	1.000	2.125	1.160,25	
2015	5.000	2.839,29	168,26	4.285,71
Saldos al cierre de 2015	26.000	8.964,29	3.533,51	4.285,71

Caso práctico núm. 8

Contabilización de un contrato de construcción a largo plazo según el grado de avance

La compañía de aviación Fly, SA contrata el 30 de junio de 2015 la construcción de tres aviones a Contratas, SA. En las condiciones firmadas en el contrato se establece la fecha de entrega el día 30 de junio de 2017 y el precio de venta en 1.500 millones de euros. Dicho importe se recibirá mensualmente, al final de cada mes, en partes iguales, a lo largo del periodo pactado en el contrato.

Contratas, SA cuenta con un sistema de información contable que le permite realizar estimaciones razonables y fiables de los ingresos, gastos y grado de terminación del contrato. Además, no existen riesgos que puedan hacer fracasar la ejecución del contrato o el cobro del mismo. Por todo ello, Contratas, SA utiliza en su contabilidad el método del grado de avance o porcentaje de realización de contrato.

Contratas, SA estimó los siguientes gastos para la construcción de los tres aviones:

- 900 millones de euros de gastos de materiales, servicios exteriores y personal.
- 5 % de amortización sobre los gastos previstos citados anteriormente.

Una vez firmado el contrato y comenzado los trabajos para la construcción de los tres aviones, los gastos realizados por Contratas, SA durante los años 2015 y 2016 han sido los siguientes:

- Año 2015: 150 millones más un 5 % en concepto de gastos de amortización.
- Año 2016: 650 millones más un 5 % en concepto de gastos de amortización.

Al final del año 2016, Contratas, SA revisó la estimación de los gastos totales del contrato, previéndose, para los 3 años del periodo, un total de 1.100 millones de euros, más un 5 % de gastos de amortización.

Finalmente, los gastos realizados en 2017 fueron de 350 millones de euros, más un 5 % de gastos de amortización.

Se pide:

Realizar las anotaciones contables en Contratas, SA desde el 30 de junio de 2015 al 30 de junio de 2017 que procedan por el método del grado de avance o porcentaje de realiza-

ción, así como calcular el beneficio contable que le proporciona la ejecución del contrato en cada uno de los tres años, 2015, 2016 y 2017.

Nota: considere que los efectos de la actualización de flujos de efectivo no son significativos, por tanto, no deben ser tenidos en cuenta en la resolución del ejercicio.

Solución

Para el cálculo del resultado imputable a cada ejercicio y otras magnitudes para la contabilización, las cifras se presentan a continuación, en millones de euros.

	Ejercicio 2015		Ejercicio 2016		Ejercicio 2017	
Ingresos del contrato	1.500		1.500		1.500	
Modificaciones en precio	–		–		–	
Menos:						
Coste acumulado a fin de ejercicio	157,50		840		1.207,50	
Coste estimado para terminar	787,50	(945)	315	(1.155)	–	(1.207,50)
Resultado (estimado para 2015 y 2016, real para 2017)	555		345		292,50	
% de terminación = Coste acumulado/Total coste estimado						
Ejercicio 2015: 157,5/945	16,67 %					
Ejercicio 2016: 840/1.155			72,72 %			
Ejercicio 2017: contrato completo					100 %	
Resultado obtenido hasta fin del ejercicio según el grado de avance	92,50		251		292,50	
Resultado imputado a ejercicios anteriores	–		92,50		251	
Resultado imputable al ejercicio	92,50		158,50		41,50	
Cobrado	375		750		375	





	Ejercicio 2015	Ejercicio 2016	Ejercicio 2017
►			
Ingresos devengados (Costes del ejercicio + Resultado imputable)	250	841	409
Anticipo de clientes (diferencia entre lo cobrado y los ingresos devengados)	125	(91)	(34)

Hay que tener en cuenta que el cuadro anterior, en la realidad, se irá elaborando año a año, de acuerdo con la información disponible sobre los costes de cada ejercicio y los acumulados así como la relativa a ingresos y las estimaciones sobre la previsible evolución futura de ambos.

Los ingresos que se devengan en cada ejercicio se calculan de forma tal que una vez descontados los diversos costes incurridos en ese mismo ejercicio se obtenga el resultado imputable al mismo, calculado según el grado de avance.

Es decir:

Ingresos devengados – Costes incurridos = Resultado imputable al ejercicio, de donde:
Ingresos devengados = Costes incurridos + Resultado imputable.

Las amortizaciones se han supuesto que son un coste variable, calculado como un 5 % del resto de costes, tal y como indica el enunciado.

Contabilización

En la contabilización no se van a utilizar las cuentas específicas de las empresas constructoras, recogidas en la Orden de 27 de enero de 1993 por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Constructoras.

Ejercicio 2015

Por los costes incurridos, que se suponen pagados, excepto la amortización, que nunca supone un pago:

Código	Cuenta	Debe	Haber
60, 62, 64, 68	Materiales, gastos de personal, servicios exteriores, amortización del inmovilizado	157,50	



Código	Cuenta	Debe	Haber
►			
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		150
28	Amortización acumulada del inmovilizado		7,50

En cuanto a los cobros, aunque son mensuales, se presenta un único asiento resumen para el total cobrado en 2015 ($1.500 \times 6/24 = 375$).

El exceso cobrado sobre los ingresos devengados calculados según el grado de avance, tal y como se ha presentado en el cuadro inicial, se considera como anticipo del cliente, que se irá cancelando conforme se dé la situación contraria.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	375	
705	Prestaciones de servicios		250
438	Anticipos de clientes		125

En cuanto al resultado del ejercicio:

Código	Cuenta	Importes
705	Prestaciones de servicios	250
60, 62, 64, 68	Materiales, gastos de personal, servicios exteriores, amortización del inmovilizado	(157,50)
–	Resultado según grado de avance	92,50

Ejercicio 2016

Por los costes incurridos, que se suponen pagados:

Código	Cuenta	Debe	Haber
60, 62, 64, 68	Materiales, gastos de personal, servicios exteriores, amortización del inmovilizado	682,50	

►



Código	Cuenta	Debe	Haber
►			
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		650
28	Amortización acumulada del inmovilizado		32,50

En cuanto a los cobros, aunque son mensuales, se presenta un único asiento para el total de cobros de 2016. La diferencia con los ingresos devengados supone una compensación de parte del anticipo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	750	
438	Anticipos de clientes	91	
705	Prestaciones de servicios		841

En cuanto al resultado del ejercicio:

Código	Cuenta	Importes
705	Prestaciones de servicios	841
60, 62, 64, 68	Materiales, gastos de personal, servicios exteriores, amortización del inmovilizado	(682,50)
–	Resultado según grado de avance	158,50

Ejercicio 2017

Por los costes incurridos, que se suponen pagados:

Código	Cuenta	Debe	Haber
60, 62, 64, 68	Materiales, gastos de personal, servicios exteriores, amortización del inmovilizado	367,50	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		350
28	Amortización acumulada del inmovilizado		17,50



En cuanto a los cobros, aunque son mensuales, se presenta un único asiento para el total de cobros de 2017, que suponen el total pendiente hasta completar el precio del contrato:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	375	
438	Anticipos de clientes	34	
705	Prestaciones de servicios		409

La diferencia con los ingresos devengados supone la compensación de otra parte del anticipo, con lo cual la cuenta que recoge este queda finalmente saldada.

En cuanto al resultado del ejercicio:

Código	Cuenta	Importes
705	Prestaciones de servicios	409
60, 62, 64, 68	Materiales, gastos de personal, servicios exteriores, amortización del inmovilizado	(367,50)
–	Resultado según grado de avance	41,50

Resumiendo toda la información anterior en un cuadro:

	2015	2016	2017	Totales
Ingresos devengados	250	841	409	1.500
Coste de producción	157,50	682,50	367,50	1.207,50
Resultado	92,50	158,50	41,50	292,50
Cobros	375	750	375	1.500
Anticipo cliente	125	(91)	(34)	0
Costes pagados	150	650	350	1.150
Amortización 5 %	7,50	32,50	17,50	57,50