

Contabilidad y Tributación. CEF

Revista mensual núm. 451 | Octubre 2020

ISSN: 1138-9540

Luces y sombras del impuesto digital

Virginia González Burgos y Ubaldo González de Frutos

La responsabilidad corporativa de emergencia en tiempos de conmoción

Francisco Javier Forcadell Martínez y Elisa Aracil
Fernández

IRPF: fiscalidad de las arras en la compraventa de inmuebles

Irene Rovira Ferrer

Responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la LGT

Jorge de Juan Casadevall

Sugerencias de incorporación de los mecanismos híbridos a la LIS

Pablo Benítez Clerie

Inmediata anulación de las liquidaciones del IBI cuando se anula el valor catastral

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Calificación de un *equity swap* combinado con una ampliación de capital

Luis A. Malvárez Pascual y M.^a Pilar Martín Zamora



Tu currículum no dice que

TE SACASTE EL GRADO MIENTRAS CUIDABAS A TU HIJO.

En la UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geostrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

Núm. 451 | Octubre 2020

Directora editorial

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

Consejo de redacción

Director (tributación) Alejandro Blázquez Lidoy. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. URJC

Subdirectora (tributación) María Luisa González-Cuéllar Serrano. Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. UC3M

Director (contabilidad) Salvador Marín-Hernández. Presidente EFAA for SMEs y Director Cátedra EC-CGE

Coordinadoras

M.^a José Leza Angulo. Área tributaria del CEF

Berta Gaubert Viguera. Área contable del CEF

Consejo asesor

Eladio Acevedo Heranz. Presidente del Ilustre Colegio Central de Titulados Mercantiles y Empresariales
Pablo de Andrés Alonso. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Autónoma de Madrid
José Manuel Calderón Carrero. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de A Coruña
Juergen B. Donges. Catedrático de Ciencias Económicas. Universidad de Colonia
Santiago Durán Domínguez. Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC)
María Antonia García Benau. Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia
Jesús Gascón Catalán. Director de la Agencia Estatal de Administración Tributaria
Silvia Gómez Ansón. Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Oviedo
José Antonio Gonzalo Angulo. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá
Pedro Manuel Herrera Molina. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UNED
Ana María Juan Lozano. Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Valencia
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
Francisco Javier Martínez García. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Cantabria
Araceli Mora Enguidanos. Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia
Francesco Moschetti. Profesor de la Universidad de Padua y Despacho Tributarista Studio Legale Tributario
Enrique Ortega Carballo. Socio Gómez Acebo y Pombo. Inspector de Hacienda (excedente)
Esther Ortiz Martínez. Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Murcia
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
José Pla Barber. Catedrático de Organización de Empresa. Universidad de Valencia
Aurora Ribes Ribes. Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alicante
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
Luis Fernando Trigo y Sierra. Socio de Broseta Abogados

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).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Sumario

Tributación

Estudios

- Luces y sombras del impuesto digital 5-38
Lights and shades of the digital economy
Virginia González Burgos y Ubaldo González de Frutos
1.º Premio «Estudios Financieros» 2020
- La tributación en el IRPF de las arras en la compraventa de bienes inmuebles 39-64
The taxation of deposits in the personal income tax in relation to the sales of real estate
Irene Rovira Ferrer
- Algunas reflexiones sobre la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria 65-92
Some reflections on joint and several liability according to the article 42.2 a) General Tax Act
Jorge de Juan Casadevall
- La incorporación al impuesto sobre sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II 93-120
Hybrid mismatches incorporation to Spanish corporate tax law. The ATAD II transposition
Pablo Benítez Clerie

Análisis doctrinal y jurisprudencial

- ¿Hacia la *administrativización* del delito fiscal? (Análisis de la STS de 2 de octubre de 2019, rec. núm. 708/2018) 121-134
Claudio García Díez
- Procede la anulación inmediata de las liquidaciones del IBI cuando se anula la valoración catastral (Análisis de la STS de 18 de mayo de 2020, rec. núm. 6950/2018) 135-144
Diego Marín-Barnuevo Fabo
- La calificación contable y fiscal de una operación de *equity swap* combinada con una ampliación de capital. La recalificación a efectos fiscales de una operación no regulada en la LIS (Análisis de la SAN de 23 de diciembre de 2019, rec. núm. 456/2016) 145-162
Luis A. Malvárez Pascual y M.ª Pilar Martín Zamora

El TSJ de Extremadura entra en el fondo del asunto sobre la legalidad del modelo 720: inicio del cómputo del plazo de prescripción y su régimen sancionador (Análisis de la STSJ de Extremadura de 27 de febrero de 2020, rec. núm. 47/2019)

163-174

Xavier Orfila Sans

Contabilidad

Estudios

La Responsabilidad Corporativa de Emergencia en tiempos de conmoción: Un marco para el análisis de la respuesta empresarial a la COVID-19

175-208

Corporate Emergency Responsibility in times of shock: An analytical framework of corporate responses to the COVID-19

1.º Premio «Estudios Financieros» 2020

Francisco Javier Forcadell Martínez y Elisa Aracil Fernández

Análisis doctrinal

Cambio en la estimación sobre el ejercicio de una opción de compra en un contrato de arrendamiento (NRV 8.ª) (Análisis de la consulta 2 del BOICAC 120, de diciembre de 2019)

209-220

Javier Collado Muñoz

Coste amortizado y clasificación en corriente o no corriente de un préstamo (Análisis de la consulta 1 del BOICAC 121, de mayo de 2020)

221-228

Ángel González García

Casos prácticos

Ⓐ Tercer ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado (caso práctico de consolidación)

229-230

Javier González Sainza

Normas de publicación

231-232

Ⓐ | 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>>.

Luces y sombras del impuesto digital

Virginia González Burgos

*Graduada en Derecho y en ADE
Pinsent Masons. Madrid*

Ubaldo González de Frutos

*Doctor de Derecho
Inspector de Hacienda del Estado
Banco Interamericano de Desarrollo*
Profesor de la UDIMA*



Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Jesús Gascón Catalán, doña Ana María Juan Lozano, don Luis Alberto Malvárez Pascual, don José Pedreira Menéndez, doña Aurora Ribes Ribes y don Luis Fernando Trigo y Sierra.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Aproximándonos al final del plazo para acordar una solución multilateral a la tributación directa de los negocios altamente digitalizados, que debía tomarse antes de fin de 2020, resulta intelectualmente estimulante contemplar cómo el Marco Inclusivo de BEPS ha roto tabúes hasta ahora incuestionables, como la supremacía de los precios de transferencia o la inatacable bilateralidad de las relaciones fiscales internacionales. Al mismo tiempo, han quedado en evidencia las tremendas limitaciones políticas y administrativas que complican el acuerdo. EE. UU. se retiró en junio de las negociaciones, lo que hace virtualmente imposible la ratificación por el Marco Inclusivo en octubre de 2020 y por el G20 en noviembre, como estaba previsto. Sin embargo, la OCDE ha seguido madurando la propuesta, por lo que no cabe excluir que en un futuro vuelva a la mesa de negociación. Por eso, en este artículo examinamos la sostenibilidad de los dos pilares que ha propuesto la OCDE: el nuevo derecho de gravamen para los países del mercado donde intervengan los gigantes digitales con presencia económica significativa, pero sin establecimiento permanente, y el nuevo impuesto multilateral antielusión denominado GloBE.

Palabras clave: impuesto sobre sociedades; fiscalidad internacional; economía digital; tratados fiscales; precios de transferencia.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

* Las opiniones vertidas por los autores son a título personal exclusivamente y no representan necesariamente a las del Banco Interamericano de Desarrollo, su Directorio Ejecutivo o los países que representan.

Cómo citar: González Burgos, V. y González de Frutos, U. (2020). Luces y sombras del impuesto digital. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 5-38.



Lights and shades of the digital economy

Virginia González Burgos

Ubaldo González de Frutos

Abstract

As we approach the deadline for a multilateral solution to the corporate taxation of highly digitalized business –it was supposed to be approved by the end of 2020– it is intellectually stimulating to realize how the BEPS Inclusive Framework has broken longstanding unquestionable taboos, such as the supremacy of transfer pricing or the bilateral nature of international tax relationships. At the same time, we have realized how strong political and administrative constraints ended up blocking the deal. In June 2020, the US withdrew from the discussions, making the consensus ratification by the BEPS Inclusive Framework in October 2020 and the G-20 in November virtually impossible. Regardless, the OECD has continued to pursue technical work, leaving the door open for a future deal. Therefore, in this article we examine the sustainability of the two pillars proposed by the OECD: the new taxing right for market jurisdictions where digital giants operate with a significant economic presence but without a permanent establishment, and the new multilateral anti-BEPS tax, the GloBE.

Keywords: corporate tax; international taxation; digital economy; tax treaties; transfer pricing.

Citation: González Burgos, V. y González de Frutos, U. (2020). Luces y sombras del impuesto digital. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 5-38.



Sumario

1. Introducción
2. La reforma en su contexto
 - 2.1. La fiscalidad de la economía digital
 - 2.2. La fatiga del impuesto sobre sociedades
3. Análisis detallado de la reforma
 - 3.1. Impuesto sobre sociedades y Tasa Google
 - 3.2. Pilar 1: Un nuevo derecho de jurisdicción para los países del mercado
 - 3.2.1. El «importe A»
 - 3.2.1.1. Ámbito objetivo
 - 3.2.1.2. Ámbito subjetivo
 - 3.2.1.3. Base de reparto
 - 3.2.1.4. Reglas de cómputo
 - 3.2.1.5. Clave de distribución
 - 3.2.1.6. Beneficiarios
 - 3.2.1.7. Mecanismo de aplicación
 - 3.2.2. El «importe B»
 - 3.2.3. El «importe C»
 - 3.2.4. Eliminación de la doble imposición
 - 3.2.5. Administración tributaria del nuevo recurso impositivo
 - 3.2.6. Un verdadero tratado multilateral
 - 3.2.7. Problemas inherentes a la solución multilateral
 - 3.3. Pilar 2: el Global anti-Base Erosion Tax (GloBE)
 - 3.3.1. Regla de inclusión de rentas
 - 3.3.2. Regla *switchover* o de cambio de método de exención a imputación
 - 3.3.3. Regla de pagos que erosionan la base
 - 3.3.4. Regla de «sometido a impuesto»
 - 3.3.5. Funcionamiento del impuesto
4. Mirando al futuro
 - 4.1. Imposición mínima
 - 4.2. Enervación del principio de entidad separada



4.3. Perspectiva sintética de la creación del valor

4.4. El modelo de relaciones fiscales bilaterales

4.5. Conclusión

Referencias bibliográficas

Bibliografía



1. Introducción

En el momento de cerrarse este trabajo para su publicación¹, parece inevitable el fracaso de la reforma fundamental del impuesto sobre sociedades que está sobre la mesa². Para que la metamorfosis se materializase, tendría que ser aprobada en octubre de 2020 por los 137 países el Marco Inclusivo de BEPS (MI en adelante)³ y, en noviembre, refrendada por el G20. En el MI la regla de voto es el consenso, de suerte que la oposición de un solo miembro supone el veto a la propuesta. Del mismo modo, aunque en el G20 no existen reglas escritas de votación⁴, tradicionalmente se ha precisado el consenso para emitir un comunicado. Habiéndose retirado EE.UU. de las negociaciones del MI en junio (The Tax Foundation, 2020), parece obvio que no existirá acuerdo, pero el Secretariado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha continuado trabajando en la propuesta a nivel técnico, anticipando tal vez un momento político más propicio. Este *impasse* concede un tiempo que los negociadores en la OCDE aprovecharán para seguir perfilando la propuesta, mientras los demás vamos familiarizándonos con los elementos fundamentales de una reforma que, de materializarse, será un importante avance para responder a los retos de la digitalización y de la globalización, con un nuevo tratado multilateral e innovadores procedimientos administrativos también con perspectiva multilateral. En consecuencia, creemos que el momento es propicio para analizar los elementos de la reforma, darlos a conocer y, modestamente, aportar elementos para el análisis.

Dos son en esencia las innovaciones que integran la reforma: a) un nuevo derecho de imposición reconocido a los países-fuente para gravar en el impuesto sobre sociedades a las

¹ 23 de septiembre de 2020.

² Se trata del *Enfoque en dos pilares para solucionar los desafíos que supone la digitalización de la Economía*. (Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. OCDE, 2020).

³ Grupo de Trabajo que incluye a los 37 países miembros de la OCDE (más Costa Rica, pendiente de ratificación) y a un centenar de no miembros, para discutir el régimen fiscal internacional y la implementación del proyecto BEPS, del cual la Fiscalidad de la Economía Digital es parte. La relación de países participantes se puede ver en <<https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>>.

⁴ El G20, sin perjuicio de su alta influencia, carece de poderes delegados por los Estados. No es una persona de derecho público sino un simple club de países, sin sede, secretariado permanente ni estatuto jurídico formal, lo que hace que sus acuerdos no sean resoluciones vinculantes sino simples «comunicados».

empresas de la economía digital aunque carezcan de establecimiento permanente en el sentido tradicional del término, lo que en el argot de la OCDE se llama Pilar 1⁵ y b) un impuesto anti-BEPS para solucionar los problemas de erosión de bases y traslado de beneficios que, como reconoce la misma OCDE, el proyecto BEPS no consiguió erradicar por completo (OCDE, 2019b, p. 6)⁶. Conformando el Pilar 2, el *GloBE*⁷ protege simultáneamente las rentas de la inversión de salida (*outbound investment*) para los países exportadores de capital y la tributación en la sede de la inversión para los países importadores de capital (*inbound investment*).

Este artículo se estructura en cuatro secciones. Tras esta primera introductoria, la segunda presenta el contexto de la reforma, abordando la economía digital, pero también aspectos más profundos de la crisis del impuesto sobre sociedades. Examinamos en la tercera con cierto detalle las novedades regulatorias, en su doble pilar de a) nuevo derecho de imposición para jurisdicciones de mercado sin establecimiento permanente y b) impuesto global anti-BEPS; dejando para la última sección una reflexión sobre la sostenibilidad del modelo del impuesto sobre sociedades tal como quedaría configurado con la reforma.

2. La reforma en su contexto

Los cambios propuestos obedecen, de forma inmediata, a un estado de opinión generado en los últimos años por la baja tributación de los gigantes tecnológicos (Fernández, 2019; Cinco Días, 2018), pero también a deficiencias más profundas que hablan de un desajuste entre la economía globalizada y un impuesto concebido para economías cerradas. Veámoslo por separado.

2.1. La fiscalidad de la economía digital

Como subrayó la OCDE en el informe de la Acción 1, la rápida expansión de la economía digital ha dejado obsoleto al sistema fiscal internacional (OCDE, 2015, p. 11), establecido en un tiempo en que los principales recursos productivos eran de naturaleza inmobiliaria⁸. Dado que en el presente los elementos de creación de valor son fundamental-

⁵ En realidad, el Pilar 1 incluye también reglas de precios de transferencia por las funciones de distribución y los activos de comercialización.

⁶ [...] algunos países subrayaron los riesgos de que, incluso tras una reestructuración, grupos multinacionales digitalizados podían utilizar distribuidores locales de riesgo limitado para justificar un impuesto mínimo en la jurisdicción de mercado, mientras seguían trasladando un importe desproporcionadamente alto de beneficios a un pequeño número de filiales en ubicaciones remotas, con tal de que hubiera allí correlación con un cierto nivel de actividad física (traducción propia).

⁷ *Global Anti-Base Erosion Proposal*.

⁸ En los años 1920, a través de la Sociedad de las Naciones, antecesora de la ONU (Avi-Yonah, 2005, p. 313).

mente intangibles, hasta el punto de que, entre las diez empresas con mayor capitalización bursátil en el mundo, seis son tecnológicas⁹, es lógico que se produzcan desajustes con el consenso establecido internacionalmente¹⁰. Lo más llamativo es que, en el sistema fiscal todavía hoy vigente, la conexión o nexo que permite a un país ejercer jurisdicción tributaria sobre una empresa no residente sigan siendo los activos inmobiliarios¹¹. Esto deja fuera del esquema a las empresas tecnológicas porque las transacciones digitales ocurren en el ciberespacio, no en un territorio concreto, y por tanto no necesitan disponer de bienes raíces en otras latitudes¹². En consecuencia, no están legalmente obligadas, cuando exista un convenio de doble imposición (CDI), a pagar impuestos en la fuente (OCDE, 2015, pp. 100-102).

La venta a clientes en países donde no hay infraestructura física propia no es un fenómeno nuevo; antes de la revolución digital ya existían las ventas por catálogo (OCDE, 2015, p. 98), pero su importancia en el conjunto de la economía era marginal. Hoy en día, gracias a los avances tecnológicos, las nuevas prácticas de gestión empresarial y la liberalización del comercio, el 10 % del comercio mundial ya es *online*, y estimaciones iniciales que calculaban que se triplicaría para 2025 han quedado obsoletas por la crisis de la COVID, que ha producido un incremento del 146 % en un solo mes (Columbus, 2020).

Otro de los conceptos que el sistema tradicional del impuesto no procesa bien es la creación de valor a partir de los datos (OCDE, 2015, pp. 102 a 104). Empresas como las gestoras de redes sociales, buscadores o agregadores de noticias, entre otras, acumulan datos de los usuarios que luego *monetizan* vendiéndolos a empresas anunciadoras. Esa venta tendrá un valor cierto en el mercado o se tratará como operaciones vinculadas en su caso, pero no ocurre lo mismo con la adquisición de datos desde los usuarios. Esta es difícil de valorar porque rara vez al capturarlos se paga al titular; el usuario los cede voluntariamente, muchas veces como contraprestación por el uso gratuito de los servicios, lo cual impide asignarles un valor cierto. Tampoco hay un proceso para distribuir ese valor entre territorios, aunque parecería razonable sostener que se genera allí donde esté el usuario.

Un tercer problema es la caracterización. Los convenios siguen una metodología analítica, aplicando tratamientos diferenciados a las diversas categorías de renta que reconocen. De ese modo, tienen distinto tratamiento las operaciones empresariales ordinarias realizadas sin establecimiento permanente (EP) del que pueda tener una prestación de asistencia técnica o una plusvalía. Pues bien, la novedad de los modelos de negocio en la economía

⁹ Se trata de Microsoft, Apple, Amazon, Alphabet, Facebook y Tencent (Global Finance Magazine, 2019).

¹⁰ Aunque no existe un tratado internacional que refrende el consenso internacional, este se refleja en el Modelo de Convenio de la OCDE (2017), en su homólogo de Naciones Unidas (2017) y en las Directrices de Precios de Transferencia (OCDE, 2017).

¹¹ Según los artículos 5 y 7 del Modelo de Convenio de la OCDE. También por el artículo 5.5 el agente afecto, con capacidad para obligar al mandante, asigna jurisdicción.

¹² En inglés se refieren a esta situación como *scale without mass*: presencia económica sin presencia física.

digital plantea dudas a la hora de caracterizar las rentas generadas en sus transacciones. Un ejemplo sería los servicios de datos en la nube, que podrían ser calificados como beneficios empresariales, tributando en residencia (art. 7 CDI) como cánones (en la fuente para los CDI con art. 12) o como prestación de asistencia técnica, que en algunos convenios se equipara a los beneficios empresariales y en otros a los cánones (OCDE, 2015, p. 104).

Los primeros enfoques para resolver los desafíos de la economía digital, como la propuesta de Hongler y Pistone (2015), propusieron la creación de un establecimiento permanente virtual, donde la mera presencia económica fuera suficiente para generar derecho a la imposición. Esta es en esencia la posición que, a través de la propuesta del Grupo de los 24 «Presencia Económica Significativa», en buena medida fundamenta el Pilar 1 (Group of 24, 2017). Sin embargo, crear EP virtuales no es suficiente para resolver el problema, porque las reglas de atribución de beneficios al EP siguen siendo los precios de transferencia, y un EP sin sustancia física no ejerce funciones, detenta activos¹³, ni asume riesgos que permitan atribuirle beneficios usando las reglas de precios de transferencia. Es un problema que ya se percibió con la Acción 7 de BEPS: se crearon EP *ex novo*, pero prácticamente no tenían beneficios que computar, porque fueron estructurados de forma que no poseyeran activos intangibles, no desempeñasen funciones tipo DEMPE¹⁴, ni asumiesen riesgos, demostrando que no basta con definir el punto de conexión, es preciso encontrar un modo de asignarles beneficios (OCDE, 2019b, p. 6). Por eso, la propuesta de la OCDE de crear EP virtuales se complementa con la distribución del beneficio residual mediante fórmula.

En consecuencia, resolver el problema de la fiscalidad de la economía digital requiere profundas reformas del marco regulatorio. Quienes argumentan que esto es necesario esgrimen tres razones: insuficiencia financiera para las economías donde no radican empresas tecnológicas, porque la digitalización está progresivamente desplazando bases imponibles hacia empresas sin conexión con el terreno; falta de justicia contributiva o diseño inadecuado de los sistemas fiscales, pues la carga impositiva se redistribuye a figuras como el trabajo, el consumo o los tributos verdes (OCDE, 2015, p. 98); y competencia desleal, pues las empresas tradicionales, a la vez que soportan costes de producción más altos por tener una mayor proporción de activos fijos y de personal, padecen también mayor carga fiscal, lo que explica que el comercio *online* esté desplazando al tradicional¹⁵. En este contexto, los países tienen dos opciones: modificar el consenso internacional para actualizarlo a la economía digital o legislar sin coordinación. Desde el punto de vista del comercio y la in-

¹³ Salvo, tal vez, intangibles de comercialización.

¹⁴ Siglas de *Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation*. Es una regla antielusión insertada en las Directrices de Precios de Transferencia que permite asignar rentas a quienes realicen las funciones de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de intangibles, aunque nominalmente el titular del intangible sea un tercero.

¹⁵ En 2018 se leía: «El Corte Inglés se planta frente a Amazon: “No puede ser que nosotros paguemos impuestos y ellos no”» (El Mundo, 7 de marzo de 2018). Dos años después, la realidad es «El Corte Inglés venderá o cerrará 25 centros comerciales». (El Correo de Andalucía, 22 de enero de 2020).

versión internacional, parece que la primera opción sería deseable, pero este es un juego de suma cero donde lo que ganan unos (los países del mercado) otros lo pierden (los de residencia), y estos no parecen dispuestos a permitir que se altere el *statu quo*. Llegando casi al centenario del sistema fiscal internacional¹⁶, la cuestión del reparto de la soberanía tributaria sigue siendo una asignatura pendiente.

De confirmarse la proposición de otorgar derechos de imposición a los países del mercado sin que medie un EP, y asignar bases mediante una fórmula pactada multilateralmente, se abre un nuevo capítulo en la relación fiscal entre naciones porque se abre una brecha en los dos mecanismos que hasta ahora han permitido la baja fiscalidad de las inversiones en los países en desarrollo: tratados fiscales bilaterales que logran cesiones de soberanía tributaria, y precios de transferencia de muy difícil control por cualquier administración, pero especialmente por países de escasa capacidad administrativa. Cuando la OCDE lanzó el proyecto BEPS en 2013, se aferró a sus dos dogmas sacrosantos: los precios de transferencia¹⁷ y la bilateralidad de los tratados fiscales. Hoy, la misma organización acepta la distribución formularia (OCDE, 2019a, p. 2), siquiera sea de modo marginal, y propone un tratado fiscal verdaderamente multilateral¹⁸ (OCDE, 2020, p. 20).

2.2. La fatiga del impuesto sobre sociedades

Más allá de la problemática de las empresas digitales, las tensiones en el impuesto responden a razones estructurales, y es que, pese a que sigue siendo una fuente importante de rendimientos fiscales, con el 13,3 % del total de la recaudación impositiva en términos mundiales¹⁹, desde que eclosionó la ola de globalización en los años 1990, este tributo ha ido perdiendo importancia como fuente de financiación, en un proceso impulsado en paralelo por la competencia entre países para captar inversiones extranjeras, que se ha reflejado

¹⁶ El informe de la comisión de expertos de la Sociedad de las Naciones que produjo el primer modelo de Convenio se emitió en 1928, pero la Comisión fue constituida en 1921.

¹⁷ En el Plan de Acción de BEPS de 2013 se leía:

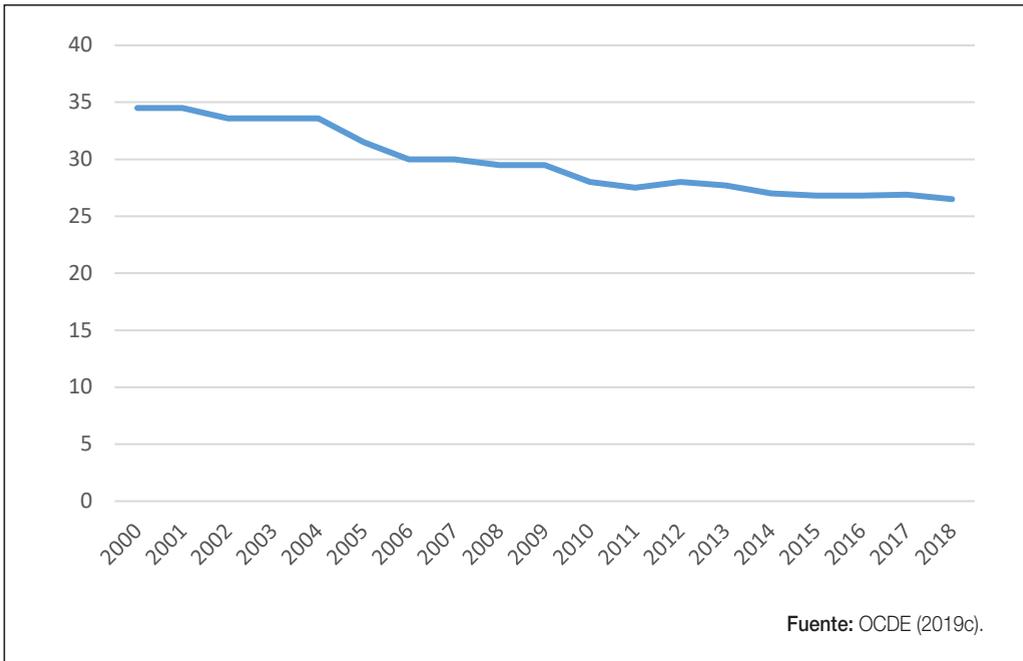
Existe un consenso entre los gobiernos en que pasar a un sistema de prorrateo de los beneficios de acuerdo con una fórmula no es una alternativa viable; tampoco está claro que los cambios de comportamiento que puedan adoptar las empresas como respuesta al uso de una fórmula conduzcan a decisiones de inversión que sean más eficientes y neutrales en términos de imposición que el sistema actual de seguir el principio de entidad separada (OCDE, 2013 p. 16).

¹⁸ Para implementar las medidas de BEPS ya se aprobó un tratado multilateral, pero solo era colectivo en su forma, porque en el fondo no era sino un vehículo para reformar tratados bilaterales. En esta ocasión, en cambio, el tratado va a ser multilateral también en su contenido, hasta el punto de que la OCDE lo califica como a *true multilateral convention* (OCDE, 2020, p. 20).

¹⁹ Como media en las 88 jurisdicciones que se contemplan en la publicación de la OCDE Estadísticas del Impuesto sobre Sociedades, siendo más importantes en África (15,3 %) y en América Latina (15,4 %) que en la OCDE (9 %) (OCDE, 2019c).

en bajadas sostenidas del tipo de gravamen (gráfico 1) y en el movimiento hacia impuestos de base territorial en detrimento del periclitado modelo de renta mundial (Matheson *et al.*, 2013, p. 3). Junto a ello, las prácticas elusivas generalizadas han terminado por madurar la noción de que una reforma es ineluctable.

Gráfico 1. Media mundial de tipos nominales en el impuesto sobre sociedades 2000-2018



La elusión fiscal protagonizada por las multinacionales ciertamente ha acelerado el detrimento del impuesto como fuente financiera, porque usando artificios legales los contribuyentes trasladan bases desde los países de alta tributación a centros financieros o territorios *offshore*, causando un agujero de entre el 4 y el 10 % de los ingresos por el impuesto sobre sociedades a nivel mundial, es decir, entre 100.000 y 240.000 millones de dólares por año (OCDE, 2019d).

La historia es bien conocida y no es preciso insistir mucho: el Informe BEPS de febrero de 2013 denunció una serie de problemas (OCDE, 2013a), y unos meses más tarde articuló un Plan de Acción (2013b) para solventarlos, pero su éxito fue moderado porque, incluso después de implementar las reformas, las multinacionales han seguido estructurando sus negocios mediante distribuidores locales de riesgo limitado, pagando así un impuesto mínimo en la jurisdicción del mercado, al tiempo que siguen transfiriendo un volumen desproporcionadamente alto de utilidades a entidades del grupo sitas en territorios fiscalmente rentables, con el sencillo expediente de incrementar moderadamente su nivel de actividad

física, por ejemplo, prestando funciones de control de riesgo o de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación de intangibles (OCDE, 2019b, p. 6).

En definitiva, persiste un problema fundamental de diseño de las normas que regulan la tributación de las multinacionales, pues para una economía globalizada tenemos un conjunto de sistemas nacionales superpuestos y normalmente descoordinados. Las 15 acciones de BEPS que debían solventar estos problemas fueron formalmente completadas en 2015, pero en realidad no fue así, y la evidencia más clara es la Acción 1, dedicada a la fiscalidad de la economía digital, para la cual en 2015 no se propuso solución alguna; antes bien, ante la imposibilidad de lograr un consenso sobre soluciones al problema de *scale without mass*²⁰, se aplicó un silogismo más bien sofista: puesto que no es posible delimitar la economía digital del resto de la economía –se argumentó–, la economía digital no existe y, por tanto, su tributación no puede ser un problema. Sin embargo, muchos países sí sentían que los problemas de la fiscalidad de la economía digital eran reales, y empezaron a aplicar medidas unilaterales²¹. Incluso la Unión Europea propuso pasar a la acción desengañada con la falta de progreso en el seno de la OCDE (Comisión Europea, 2017). Era evidente que la Acción 1 se había cerrado en falso, como muestran los trabajos posteriores en el seno del Grupo de Trabajo sobre la Economía Digital de la OCDE. Otra prueba de que BEPS no funcionó como se esperaba son los diversos impuestos anti-BEPS que fueron entrando en vigor, sobre todo en países anglosajones, como el *Diverted Profits Tax* del Reino Unido en 2015 (HMRC, 2018), el de Australia (2017), y más recientemente el *Base Erosion Anti Abuse Tax* (BEAT) de la reforma de Trump (2018). Ante la evidencia de que los tributos anti-BEPS son necesarios, la OCDE decide ahora aplicar el *GLoBE*, una capa adicional con reglas de cierre para asegurar la tributación mínima en los países de residencia para las inversiones de salida y en los países de la fuente en las inversiones de arribada.

3. Análisis detallado de la reforma

A continuación examinamos los pormenores del proyecto de la OCDE tal como se ha presentado al público (OCDE, 2020). Los grupos de trabajo han seguido analizando problemas y proponiendo soluciones, que en su momento conoceremos, pero la información publicada es suficiente para hacernos una idea cabal. Ahora bien, antes de proseguir hay que aclarar que la reforma digital del impuesto sobre sociedades no es el llamado «Google

²⁰ Podríamos traducir por «volumen sin infraestructura física». Esta expresión no nace en el ámbito fiscal, sino económico. Para entenderla, pensemos en la diferencia entre una multinacional antigua como Ford y una moderna como WhatsApp. Para que Ford lograra tener presencia en todo el mundo, tuvo que poner fábricas prácticamente en todos los países. Hoy, WhatsApp tiene presencia mundial con solo 55 empleados (Page, 2017).

²¹ Una recopilación de medidas unilaterales para la fiscalidad de la economía digital (retenciones, EP virtual, DST «Tasa Google») lista 45 países con propuestas en distinto grado de implementación (KPMG, 2020, p. 5).

Tax», aunque personas generalmente bien informadas tienden a confundirlo, afirmando que es multilateral, e incluso que la OCDE lo recomienda²², cuando lo que hace es combatirlo²³.

3.1. Impuesto sobre sociedades y Tasa Google

Por «Tasa Google» se conoce a un tributo indirecto sobre el volumen de facturación de las empresas digitales. Su origen se remonta a los impuestos sobre el volumen de negocio descritos en la Acción 1 de BEPS (2015, p. 140), como la leva de compensación de la India, Italia, Hungría o Francia. Más tarde, ganó predicamento cuando la Unión Europea lo propuso como solución a corto plazo de los problemas de la fiscalidad de la economía digital, gravando con un porcentaje a los ingresos de ciertas actividades (Comisión Europea, 2017). Es un híbrido interesante, porque busca compensar el hueco en el impuesto sobre sociedades, pero no es un tributo directo. Por otro lado, aun siendo indirecto no se repercute a los consumidores, sino que se hace pagar al empresario. Su base no es el beneficio sino el volumen de ventas, lo cual tiene la ventaja de que no pueda considerarse un tributo análogo al impuesto sobre sociedades, y con ello tiene un hueco para gravar «rentas» –en realidad un sustituto imperfecto como son las ventas– generadas sin mediación de EP, lo que no sería posible en caso de existir un convenio²⁴. Por el contrario, esas mismas son también sus desventajas, porque al gravar ingresos brutos no guarda relación con el beneficio de las empresas digitales que supuestamente desea compensar; incluso si el tipo de gravamen es alto, puede absorber todo el beneficio. Además, estando al margen de los convenios, no puede proteger a los obligados contra prácticas de discriminación.

En el plan de la Comisión, este impuesto debería pervivir mientras se llega a la solución definitiva, que, de forma similar a la propuesta de reforma que analizamos, atribuiría bases a los territorios donde exista una interacción significativa con los usuarios por canales digitales, aun sin presencia física en el territorio. La propuesta de la Comisión no llegó a aprobarse por todos los Estados: Irlanda, Finlandia, Dinamarca y Suecia la rechazaron, y fue formalmente abandonada un año después de ser anunciada. Sin embargo, el borrador de la directiva se utilizó por varios Estados miembros para aprobar sus Google Taxes de manera unilateral, como el Reino Unido (HMRC, 2019), Francia (2019) o España (2019). Nuestro Consejo de Ministros dio el visto bueno al Proyecto de Ley del impuesto sobre determinados servicios digitales (ISDSD) y lo publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de enero

²² Por ejemplo, «La OCDE diseña una “tasa Google” para que las multinacionales tributen donde tengan sus usuarios» (El País, 9 de octubre de 2019) o «El G20 impulsa la tasa Google» (La Vanguardia, 21 de octubre de 2019).

²³ El acuerdo multilateral que promueve la OCDE debe incluir la retirada de medidas unilaterales y comprometerse a no imponer otras en el futuro (OCDE, 2020, p. 20).

²⁴ Artículo 2 del Modelo de Convenio de la OCDE, «This Convention shall apply to taxes on income and on capita» los tributos indirectos están al margen de los convenios.

de 2019, aunque eventualmente no se tramitó por la convocatoria de elecciones generales. El 19 de febrero de 2020 de nuevo volvió a aprobarlo (El Derecho, 2020), pero su recorrido parlamentario es incierto a la luz de la excepcionalidad causada por la crisis del coronavirus y de los riesgos de que EE. UU. adopte medidas de retorsión, al modo de lo que sucedió en Francia, que lo suspendió para evitar la guerra arancelaria con EE. UU. (KPMG, 2019).

La «Tasa Google» parece una solución simple y expeditiva, pero raramente soluciones sencillas resuelven problemas complejos, y este lo es. Deshacer el nudo gordiano de la fiscalidad digital exige ir mucho más allá de la Tasa Google, una solución unilateral y provisional para captar una parte del beneficio en el territorio sin necesidad de modificar tratados y convenios. Si el G20 ratifica en noviembre una solución a largo plazo, las Tasas Google existentes en el mundo tendrán menos justificación, y de hecho la OCDE ya ha advertido que para acogerse al derecho de imposición nuevo, es condición necesaria desmantelarla (OCDE, 2020, p. 20). Ahora bien, en caso de que no haya acuerdo, cabe que muchos países que no la tienen todavía decidan implantarla, aunque tendrán que ponderar los costes de una guerra arancelaria. Del mismo modo, aun en el escenario de que haya acuerdo multilateral, los países en desarrollo calcularán si les conviene unirse al mecanismo multilateral de compensación a países del mercado, o si les resulta más sencillo y rentable administrar la Tasa Google.

3.2. Pilar 1: Un nuevo derecho de jurisdicción para los países del mercado

Ya sabemos que la tecnología digital permite llegar a consumidores y usuarios sin necesidad de instalaciones físicas. Este hecho se predica de muchos modelos de negocio, pero su efecto es más intenso para quienes prestan servicios *online* a usuarios remotos, recopilan datos de clientes que luego monetizan, o realizan actividades de mercadotecnia y fidelización desde ubicaciones remotas. Cuando el número de usuarios supera un cierto umbral y su presencia económica es significativa, el consenso emergente es atribuir derechos de imposición activa al país donde está la base de usuarios, con un nuevo nexo o punto de conexión no vinculado ya a la presencia física, sino a las ventas. No existe todavía acuerdo sobre el umbral mínimo de ventas en un territorio, que podrá ser fijo para todos o variable por jurisdicción para que también los países más pequeños puedan beneficiarse del nuevo enfoque, pero sí parece claro que el nexo se vinculará al mercado porque la base de consumidores es menos manipulable por el contribuyente que los factores de producción. Este derecho de imposición se denomina en el proyecto «importe A».

3.2.1. El «importe A»

La auténtica innovación de esta propuesta es asignar una participación en el beneficio residual de la multinacional a los países del mercado, lo que exige primero determinar una base (la porción de ese beneficio residual a repartir al mercado) y luego asignar la alícuota a cada

una de las jurisdicciones participantes. Este derecho abre grandes expectativas para las jurisdicciones de mercado, porque esta especie de establecimiento permanente virtual –aunque no reciba esta denominación en la propuesta– les permitirá recaudar el impuesto sobre sociedades de ciertas empresas digitales, algunas entre las más rentables del mundo, que participan en la vida económica de su país de manera importante y continuada sin necesidad de infraestructura local u operaciones en el territorio. No menos novedosa es la forma de asignar rentas a dichos nexos porque, dejando de lado la hasta ahora inatacable supremacía de los precios de transferencia, se recurre a una fórmula de distribución basada en la cifra de ventas.

La nueva regla del nexo se concibe como una cláusula autónoma, separada del tradicional concepto de EP de los convenios para evitar efectos colaterales no deseados sobre las reglas existentes. Por consiguiente, una entidad digital con EP puede estar sujeta en el territorio por ambos conceptos. De esta forma, se garantiza la neutralidad entre los diversos modelos de negocio y se capturan todas las formas de implicación remota en un mercado.

3.2.1.1. Ámbito objetivo

Este importe A se refiere exclusivamente a la economía digital, dejando fuera otras actividades. La definición del ámbito objetivo incluye a dos tipos de negocio: los servicios digitales estandarizados y automáticos y los negocios digitales orientados al consumidor²⁵. Los servicios digitales automatizados no necesitan infraestructura física local, solo la existencia de usuarios en red. El concepto incluye los motores de búsqueda, redes sociales, plataformas de mercado, de contenidos audiovisuales, musicales, de juegos recreativos, servicios de computación en la nube y anuncios *online*. El segundo tipo de actividad gravada son los negocios digitales orientados al consumidor, categoría que en algunos modelos de negocio, como las plataformas de mercado, se solapa con la primera, y que comprende desde los minoristas tradicionales cuya forma de relación con el cliente se ha digitalizado hasta las plataformas multifacéticas *online*. También estarán incluidos los que distribuyen productos a través de terceros que solo prestan servicios accesorios como empaquetado o ensamblaje, y los que comercian con productos patentados o registrados en acuerdos de distribución tipo franquicia. En cambio, no estarán incluidas las empresas mayoristas. También quedará fuera la industria extractiva, porque se considera que la imposición sobre las materias primas es competencia exclusiva del país donde yacen, y de modo análogo los productos agrícolas y forestales. No estará incluido el sector financiero por dos razones: una parte importante de su negocio se dirige a empresarios o profesionales; y están sometidos a regulación y supervisión para proteger los intereses del país donde residen, lo cual significa que normalmente el beneficio residual se produce en el mercado local, aunque negocios tipo Fintech como préstamos de particular a particular podrían entrar en la definición. También quedarán fuera los tradicionales negocios de la navegación aérea y marítima. Para

²⁵ En inglés, *consumer facing business*.

multinacionales con dos o más ramas de actividad, unas incluidas en el ámbito objetivo y otras excluidas, se produce una sujeción parcial siempre y cuando la parte sujeta supere un cierto umbral de rentas, expresado en una cifra absoluta –pendiente de determinar– con el argumento de evitar costes indirectos a aquellas cuyo principal negocio sea otro.

3.2.1.2. Ámbito subjetivo

Con el mismo argumento de reducir los costes de cumplimiento se excluye a las pequeñas y medianas empresas (pymes). La definición del umbral que cualifique a una empresa como grande no está todavía cerrada, pero la cifra de 750 millones que determina la obligación de presentar el informe país-por-país²⁶ parece difícil de eludir. Nótese la abultada diferencia con el umbral de 50 millones de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado²⁷, o los 100 millones que en España determinan la adscripción a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes²⁸. Acordar el umbral no será fácil porque, si la diferencia parece muy abultada en Europa, qué decir en otras regiones de menor capacidad económica. Si el umbral que determina la exclusión subjetiva se fija en 750 millones de euros, la capacidad recaudatoria del nuevo mecanismo quedará seriamente comprometida.

3.2.1.3. Base de reparto

Cuando la OCDE habla de la participación en el beneficio residual por los países del mercado, parece asumir que existe una definición pacífica de ese concepto, pero no es así. La propuesta, desde luego, no lo define, como tampoco los textos legales ni la literatura económica (Beer *et al.*, 2020, p. 5). De igual modo, el concepto carece de anclaje conceptual en las normas internacionales de contabilidad y no se refleja en la información financiera (*ibid.*, p. 7). La referencia más inmediata está en las Directrices de la OCDE, donde se usa el análisis residual en el método de la distribución del resultado (OCDE, 2017b, pp. 156 y ss.). La forma de proceder es muy similar en ambos casos. En el método de distribución del resultado se divide en dos fases el beneficio total obtenido en operaciones vinculadas. En la primera, a cada participante se le asigna un beneficio tal que constituya una remuneración suficiente por la operación que ha efectuado. Generalmente, este rendimiento básico se determina tomando como referencia los beneficios obtenidos en el mercado en una operación similar efectuada por empresas independientes. En la segunda fase, el beneficio (o pérdida) residual resultan-

²⁶ En España, modelo 231 de «Declaración de información país por país», aprobada por la Orden HAC/941/2018.

²⁷ El anexo I del Reglamento (UE) N.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014.

²⁸ Resolución de 26 de diciembre de 2005, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se establece la estructura orgánica de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, modificada posteriormente.

te tras la asignación efectuada en la primera fase se asigna a las partes sobre la base de un análisis de los hechos y circunstancias que muestre cómo se habría dividido ese beneficio (o pérdida) residual entre empresas independientes. Esta es claramente la inspiración para el reparto del beneficio residual de las empresas digitales: se detrae una retribución mínima para las funciones rutinarias, y el importe resultante, que es el beneficio (o pérdida) no rutinario o residual, se distribuye entre todas las jurisdicciones donde haya nexo de mercado.

Hasta aquí lo que se deduce de la propuesta, pero esta noción de alto nivel deberá perfilarse más para que no sea una fuente de inseguridad jurídica y de disputas entre países. El primer escollo es determinar el beneficio residual. En puridad, habría que partir del beneficio contable consolidado y detraer el beneficio «rutinario», que equivale a la retribución de los factores de producción: un rendimiento mínimo de los activos medios poseídos en el ejercicio, los gastos de personal, los intereses por fondos ajenos y tal vez una retribución nocial a los fondos propios²⁹. El problema de esta definición es que es sumamente compleja y además volátil si intervienen los precios de transferencia. En su estudio de febrero de 2020, el Fondo Monetario Internacional (FMI) sugiere dos modos simplificados: el beneficio residual sería el exceso sobre un retorno mínimo a los activos fijos tangibles, que podría ser el 10 %, o un margen bruto sobre el costo de ventas en exceso del 5 % (Beer *et al.*, 2020, p. 18). La OCDE también propone una fórmula simplificada, en este caso poniendo en relación el beneficio antes de impuestos y la cifra de ventas. Cuando aquel sea superior al 10 %, o el 20 % del volumen de operaciones, habría superbeneficio³⁰. El siguiente escalón es distribuirlo entre jurisdicciones participantes. Una primera decisión es dividirlo entre las jurisdicciones de mercado y la de residencia de la matriz, pues no todo el valor residual corresponde al mercado; puede obedecer a una posición monopolística de hecho o de derecho, a una estrategia empresarial acertada o a la tenencia de intangibles valiosos, elementos que difícilmente se puede atribuir al mercado. No dice nada la propuesta de 30 de enero sobre el reparto entre casa central y mercados, pero en los cálculos de impacto publicados en febrero se asume que el porcentaje que iría al mercado es el 20 % (OCDE, 13 de febrero de 2020). La siguiente etapa es, ahora sí, distribuir ese 20 % del residual entre las jurisdicciones de mercado, utilizando como clave de reparto la facturación.

Ahora bien, algunos países han hecho ver que el beneficio residual no se genera de forma homogénea en todo el conglomerado empresarial que constituye una multinacional. Al contrario, las que tienen varias ramas de negocio o implantación geográfica amplia habitualmente utilizan una medida del beneficio residual generado los distintos ámbitos funcionales (por departamentos o por productos) o incluso territoriales, para el reparto a los directivos

²⁹ La deducción de esta retribución mínima al capital es consustancial a la noción económica del beneficio residual, pero nada se dice al respecto en la versión del impuesto publicada por la OCDE el 30 de enero de 2020.

³⁰ Estos umbrales no están en el documento de consulta de 30 de enero, pero sí en las estimaciones de impacto que publicó posteriormente (OCDE, 13 de febrero de 2020).

de los incentivos por desempeño. En suma, si por motivos de definición del hecho imponible es necesario diferenciar las ramas de negocio sujetas de las exentas, por razones políticas probablemente será preciso también, dentro de las primeras, diferenciar entre segmentos de la empresa para que la asignación del beneficio residual se haga con justicia. Esta operación, que la OCDE denomina «diferenciación digital» (OCDE, 2020, p. 14), se materializa en un análisis también en dos fases, pero limitado a áreas de negocio o regiones geográficas. Para calcularlo, habría que partir de una cifra de beneficio por área o segmento de actividad y restar las rentas atribuibles a las funciones rutinarias respectivas, lo cual plantea dos problemas: uno de administración, porque requiere ordenar la información financiera de forma específica, y otro de valoración de transacciones intragrupo, porque de nuevo los precios de transferencia van a entrar en el mecanismo de determinación del beneficio, en detrimento de la seguridad jurídica y tal vez generando tensiones entre países beneficiarios, porque la diferenciación digital puede resultar en que una multinacional con beneficio residual a nivel mundial no lo obtenga en todas las jurisdicciones, o que teniéndolo no supere un umbral mínimo, resultado que va a ser difícil de aceptar por las jurisdicciones perjudicadas.

3.2.1.4. Reglas de cómputo

No hay muchos detalles en la propuesta de la OCDE, salvo que los cálculos empiezan en los estados financieros consolidados (OCDE, 2020, p. 13). Parafraseando a las Directrices (2017b, p. 158), será necesario que la contabilidad de todas las entidades integrantes del grupo esté expresada utilizando la misma base en lo que se refiere a prácticas contables (NIIF o GAAP de residencia de la matriz) y moneda, para poder combinarlas posteriormente. Dado que aplicar un estándar u otro influye directamente en la determinación de los beneficios objeto de distribución, será necesario analizar hasta qué punto usar un estándar u otro influye en la determinación de los resultados, aunque la mayor parte de las variaciones entre estándares contables se refiere a diferencias temporales y no permanentes. En ausencia de normas armonizadas, la contabilidad financiera es el punto de partida. La utilización de otros datos financieros, como la contabilidad de costes, será necesaria para determinar cuentas de resultados por líneas de producto o región, pero es necesario que esos datos existan, sean fiables, comprobables y estén lo suficientemente desagregados. También lo será especificar cuál va a ser la magnitud base para calcular los beneficios residuales, si el beneficio antes de impuestos u otra más apropiada, como el activo fijo o la cifra de ventas, dictar normas para la segmentación por líneas de actividad o regiones geográficas, y examinar posibles medidas de simplificación, el tratamiento de las pérdidas³¹ y la compensación a futuro.

³¹ Según el estudio del FMI, el porcentaje de multinacionales con beneficio residual negativo puede ser sustancial. Dependiendo de la forma de calcularlo, podría estar entre porcentajes de un solo dígito y volúmenes muy considerables, incluso superiores al 50 %. La cuestión de cómo resolver el tema del beneficio residual negativo se ha indicado como una dificultad en la escasa literatura existente, pero está lejos de hallarse resuelta (Beer *et al.*, 2020, p. 19).

3.2.1.5. Clave de distribución

Como sabemos, la propuesta se olvida de los precios de transferencia, incapaces de resolver la asignación, y se apoya en una fórmula de reparto. Puesto que el punto de conexión es el mercado, parece lógico que la fórmula de reparto excluya factores relacionados con los *input* y que se fije solo en la cifra de ventas, naturalmente limitada a las ventas digitales. Las que realice la empresa por medio de establecimiento permanente siguen las reglas generales de asignación de beneficios vía precios de transferencia.

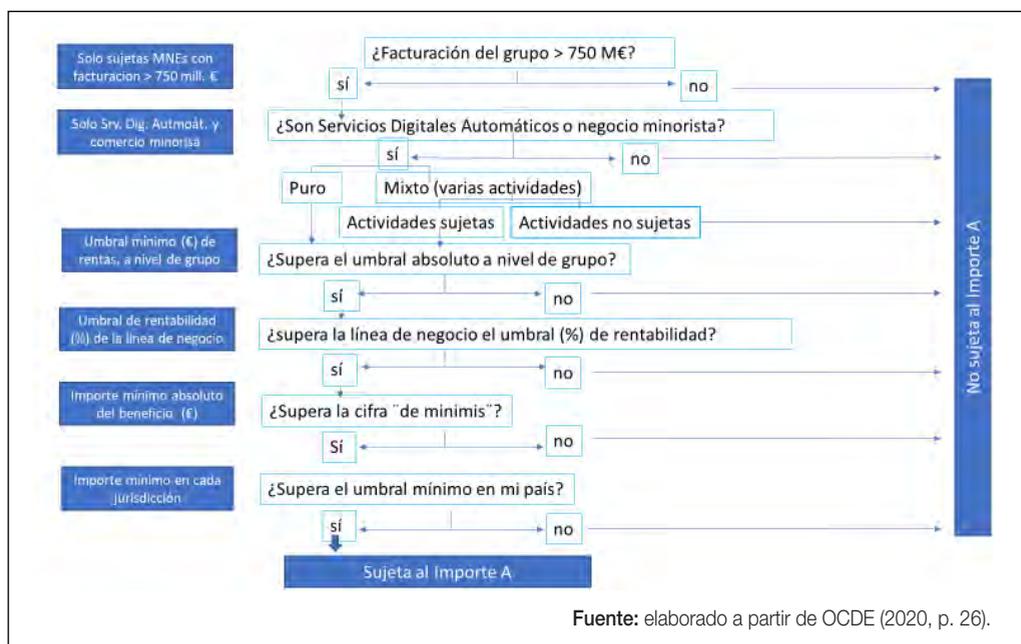
3.2.1.6. Beneficiarios

El importe así determinado se atribuye a las jurisdicciones donde la multinacional tenga clientes, pero no alcanza a todos los países del mercado, solo a aquellos que a) participen en el esquema y b) les correspondan utilidades que superen el mínimo definido para cada jurisdicción.

3.2.1.7. Mecanismo de aplicación

Como se aprecia en el gráfico 2, el árbol de decisión incorpora una serie de exclusiones que conducen a que las rentas sujetas a este reparto sean bastante limitadas.

Gráfico 2. Procedimiento para determinar la sujeción al importe A



En suma, el importe A representa una gran innovación sobre el esquema tradicional, asignando rendimientos al país de la fuente aun sin presencia física o agentes autorizados para contratar, si bien su impacto recaudatorio aparece bastante mermado por las exclusiones.

3.2.2. El «importe B»

Este concepto retribuye las funciones básicas de mercadotecnia y distribución que tengan lugar en el país del mercado, y su importe viene determinado por la normativa habitual de precios de transferencia. Conceptualmente, estas funciones se compensan mediante el beneficio ordinario y, por ende, no están comprendidas en el importe A.

La propuesta novedosa del importe B es estandarizar la retribución de los distribuidores que actúan como agentes. No se trata, por tanto, de un derecho nuevo de jurisdicción, porque es preciso que exista un EP tradicional. Lo que sí es novedoso es simplificar la determinación del margen aplicando un margen fijo, no como puerto seguro ni régimen opcional, sino como una presunción *iuris et de iure* que aporta simplicidad y seguridad jurídica y libera a las administraciones de destinar recursos a comprobar actividades de escaso valor añadido (OCDE, 2020, p. 16). Hasta ahí la simplificación, porque, para que el resultado sea justo y consistente con el principio de libre competencia, el margen tendrá que ser diferente para cada nivel de funcionalidad, tipo de actividad e incluso región. Otro matiz es que este importe B incluye exclusivamente actividades rutinarias de distribución; en cuanto intervengan intangibles de mercado o compensación por la asunción de riesgos, esos conceptos van al importe C.

La definición de lo que constituye actividades de distribución básicas o rutinarias, las exclusiones y el margen de retribución requerirá un acuerdo general, pero no necesariamente cambios a los tratados, porque el mecanismo se apoya en la aplicación de los precios de transferencia, cubiertos por el artículo 9 de los existentes. También será necesario definir un indicador de beneficio sobre el que aplicar el margen fijo, el propio porcentaje a aplicar, la mediana, estudios de comparabilidad a utilizar para ese porcentaje, así como si procede hacer diferenciación entre regiones y sectores empresariales.

3.2.3. El «importe C»

Este tramo retribuye otras funciones de distribución ubicadas en el país, distintas de las del apartado B, que se determinarán utilizando también la técnica de los precios de transferencia. De nuevo, nos encontramos con una provisión aclaratoria que no innova el ordenamiento jurídico existente. En este componente se incluye, por ejemplo, la retribución de mercado que corresponda a intangibles de comercialización con un punto de conexión en la jurisdicción del mercado, como un derecho de distribución en exclusiva o una marca registrada. En las primeras redacciones de la propuesta, este importe C aparecía ligado exclusivamente

a los valores determinados por la actividad comprobadora de la administración, pero en la versión de 30 de enero de 2020 abarca también a rentas que deben declararse en periodo voluntario. Con todo, conserva las referencias a la necesaria coordinación de las actividades de comprobación en distintas jurisdicciones para dar seguridad jurídica a los contribuyentes.

3.2.4. Eliminación de la doble imposición

Un problema que surge con el cálculo del importe A es que, metodológicamente, se parte de cuentas financiero-fiscales que ya han distribuido territorialmente el beneficio del grupo, por lo que el importe A viene a ser una enmienda a las cuentas fiscales de la multinacional. En consecuencia, puesto que las distintas filiales ya han determinado sus beneficios e ingresado las cuotas, para el importe A tendremos que desfiscalizar una proporción equivalente del beneficio predeterminado, ya que de otro modo se gravaría dos veces. Esto exige definir un sistema nuevo, porque los mecanismos tradicionales de exención o imputación no son aplicables a esta situación. También será preciso aclarar si la doble imposición tiene que ser eliminada en la fuente o en residencia.

Otras situaciones de doble imposición surgirán de los ajustes al importe C por actuaciones administrativas. Como es habitual, las actas por regularización de precios, o por establecimiento permanente, alterarán la distribución originaria de la multinacional, pero en el escenario donde se aplique la distribución del «importe A», afectará también a dicho monto, así en la base de reparto como en la alícuota local. Este será el caso si la regularización se refiere a intangibles de comercialización en la jurisdicción, como marcas o derechos limitados de distribución. Entonces, reajustar los beneficios implicará cambiar el importe del beneficio residual, su asignación territorial y probablemente devolver parte del impuesto pagado a las jurisdicciones que lo hayan ingresado, lo que aboca a procedimientos amistosos que tendrán que ser multilaterales.

3.2.5. Administración tributaria del nuevo recurso impositivo

Hasta la fecha, el diseño de medidas de aplicación del nuevo recurso se orienta por seguir las reglas de la declaración país-por-país, lo cual parece lógico. Si se confirma este esquema, los deberes formales de cumplimiento incumbirán a la matriz, y el interlocutor administrativo será el país de la sede. Para reducir costes de cumplimiento y asegurar la consistencia, habrá que acordar reglas para el proceso de cumplimiento, desde las que atañen al contribuyente como las que regulen el flujo de información y transferencias financieras entre administraciones.

La participación en el importe A por los países del mercado no estará seguramente exenta de tensiones administrativas y políticas entre jurisdicciones, porque la perspectiva de los países donde reside la multinacional es muy distinta de la de los mercados. Para estos, se

trata de un recurso fiscal que no requiere intervención activa, y por tanto de demanda ilimitada, en tanto que los países de residencia van a tener la presión de la relación con la empresa y con los países beneficiarios. Para evitar que proliferen las disputas será preciso diseñar un sistema de reglas simple y un acuerdo internacional sobre la fórmula de distribución. Tales reglas deberían dejar claros todos los aspectos del importe A, empezando por la aplicación subjetiva, la delimitación de líneas de negocio por actividad y o territorio, la atribución de costes centralizados para hallar el beneficio residual, la compensación de pérdidas entre líneas de negocio o de ejercicios pasados, si existe nexo en una jurisdicción en particular, y cuál es la jurisdicción que debe eliminar la doble imposición.

Un escollo obvio es el ejercicio de las funciones de control. Si la competencia para inspeccionar el importe A se atribuye a todos los países beneficiarios, la lista de inspectores llamando a la puerta va a ser larga, lo que lleva a restringir la función de control a la Hacienda del país de residencia de la matriz. Si esto es así, con los importes A y B blindados, los países del mercado frustrados con el resultado no tendrán más recurso que recurrir al importe C, con ajustes por DEMPE a los intangibles de mercado, o recurrir a cláusulas generales como la simulación o el abuso del derecho. Dado que cualquier regularización del importe C comporta un ajuste de los precios de transferencia y además otro del importe A, se multiplican las oportunidades para los conflictos, que ahora serían multilaterales, abocando a procedimientos amistosos que, en ausencia de reglas vinculantes, serían descoordinados, lentos e ineficientes.

Para evitarlo, la OCDE propone la seguridad jurídica *ex ante* siguiendo la experiencia del programa ICAP (OCDE, 2019e). Sugiere se constituyan paneles de expertos que revisarían la propuesta de la multinacional sobre los importes A, B y C, y así cerrarían la puerta a ajustes locales. Esta propuesta requerirá un acuerdo internacional para que todos se sometan al dictamen del panel y una base jurídica a nivel de cada país. Además, habrá que trabajar las reglas de gobernanza y procedimiento para asegurar que las jurisdicciones de mercado estén debidamente representadas, aunque muchos tendrán difícil designar funcionarios con conocimientos suficientes. En su lugar, se propone crear un cuerpo de expertos internacionales que pueda actuar por delegación, cuestión nada clara porque demanda crear un marco jurídico para el ejercicio de sus competencias, hallar un recurso financiero estable y garantizar que ese cuerpo de expertos internacionales esté exento de sesgos.

3.2.6. Un verdadero tratado multilateral

En definitiva, el nuevo recurso fiscal demanda cambios en los tratados fiscales por razones sustantivas –los tratados vigentes impiden el gravamen de rentas empresariales de no residentes sin EP– y de procedimiento, pues el marco de aplicación del nuevo recurso fiscal es multilateral por naturaleza. A diferencia del enfoque de pares de relaciones bilaterales amparadas en una norma multilateral como el que usó la OCDE en el instrumento multilateral de la Acción 15 o en el intercambio automático de información financiera, ahora la OCDE está

promoviendo un verdadero tratado multilateral (OCDE, 2020, p. 20), que tendría que superponerse a los bilaterales existentes y regular todos los elementos estructurales del importe A: ámbito, definición de nexo, asignación de bases entre territorios, eliminación de la doble imposición y medidas de prevención de disputas. El acuerdo debe incluir la retirada de medidas unilaterales tipo *Google Tax* existentes y el compromiso de no poner otras en el futuro (OCDE, 2020, p. 20). También requerirá un periodo transitorio para que las multinacionales puedan adaptar sus sistemas contables, por ejemplo a la segmentación digital, y preparar un diseño eficaz para los mecanismos de seguridad jurídica *ex ante* que resulten atractivos para los contribuyentes y garanticen que la adhesión surta efectos en todos los países.

3.2.7. Problemas inherentes a la solución multilateral

La solución propuesta es audaz, pero no está exenta de problemas. A saber:

Tabla 1. Problemas inherentes al nuevo derecho de imposición

- 1. Complejidad normativa.** Al mantener el concepto de EP y los precios de transferencia para las rentas primarias (*i.e.*, las no residuales), se superponen nuevas reglas sobre un sistema ya suficientemente complejo.
- 2. Inseguridad jurídica.** Se utiliza el concepto de beneficio residual como si fuera un término de perfiles claros, cuando no lo es. No solo está por definir en el tratado multilateral, tampoco está previsto en las normas de contabilidad. Además, como puede variar por cada línea de negocio o territorio, surge la necesidad de diferenciar no solo entre actividades sujetas y no sujetas sino también, dentro de las sujetas, entre las más rentables y las menos. Tampoco está claro si el porcentaje de beneficio residual sujeto al importe A será el mismo para todas las actividades digitales o si habrá diferentes porcentajes por tipos de actividad.
- 3. Tratamiento de pérdidas.** Parece más fácil repartir beneficios que pérdidas. Será necesario un tratamiento específico, que razonablemente podría ser el diferimiento. Una situación especial será aquella en que hay pérdidas en las cuentas consolidadas mientras que a nivel local hay beneficios rutinarios que retribuir por el importe B y C.
- 4. Oportunidades de planificación.** Al limitarse a servicios digitales estandarizados y negocios al detall, aparecerán problemas de delimitación subjetiva y por ende operaciones de reestructuración empresarial.
- 5. Difícil de administrar para la empresa.** Las multinacionales con dos o más ramas de actividad tendrán que llevar contabilidad separada. Además, como solo está sujeto el comercio al detall, tendrán que separar entregas a empresarios o profesionales del consumidor final. Finalmente, puede haber negocios cuya rentabilidad residual varíe geográficamente, en cuyo caso tendrán que diferenciarlo también. Dividir en segmentos de actividad con ese detalle generará complejidad, y habrá que ver qué nivel de segmentación es practicable y verificable. Además, siendo la base los beneficios consolidados del grupo a nivel mundial, hay dudas sobre el sistema contable aplicable para grupos implantados en territorios con estándares contables distintos.





6. **Imperfecta asignación de flujos.** La clave de distribución del importe A serán las ventas en el territorio, pero este vector no captura todo el valor creado en el territorio en todas las situaciones, como ocurre por ejemplo con la publicidad *online*, pues las agencias suelen estar en territorios terceros.
7. **Escaso potencial recaudatorio.** Como hemos visto en el gráfico 2, existen numerosas exclusiones al cálculo del beneficio residual: por actividad de la empresa, por tamaño, por tipo de cliente, por rentabilidad mínima, por umbrales absolutos o relativos, etc., que relativizan mucho la importancia de este recurso (véase epígrafe 4.5).
8. **Difícil de administrar,** porque exige complejos y costosos mecanismos de aplicación multilateral actualmente inexistentes (véase epígrafe 3.2.5).
9. **Monopolizado por los países desarrollados.** Es un tributo para favorecer a las jurisdicciones del mercado, pero se les excluye de la administración porque se propugna un esquema *one-stop-shop* para declaraciones y pagos en el domicilio fiscal de la matriz.
10. **Escasamente atractivo para los países en desarrollo** por su escaso potencial como fuente de ingresos, gran complejidad y alienación del mecanismo administrativo. Será difícil ponerse de acuerdo en el porcentaje de rentas residuales a atribuir al mercado, en el margen para las actividades rutinarias del tramo B, en el factor de la fórmula de reparto de las bases del nuevo derecho de imposición. Habrá que hacer estudios de impacto de las propuestas, pero no será fácil conseguir un acuerdo político de todos los miembros del MI.
11. **Inestable.** Aunque la voluntad de la OCDE sea estabilizar el sistema fiscal internacional (OCDE, 2020, p. 8), se introduce marginalmente el paradigma de la fiscalidad unitaria sobre el antiguo, generando un híbrido cuya sostenibilidad se antoja complicada.

3.3. Pilar 2: el Global anti-Base Erosion Tax (GloBE)

El Pilar 2 se dedica a todas las cuestiones de BEPS no resueltas todavía y distintas de la fiscalidad digital. Asumiendo que, pese a las reglas de BEPS, siguen transfiriéndose beneficios a territorios de conveniencia, concede el derecho de gravar esos beneficios transferidos que, en virtud de tratados o de la legislación nacional del país de destino, no hayan sido efectivamente sometidos a tributación. Inspirado en los impuestos anti-BEPS anglosajones, contiene un conjunto de reglas coordinadas para retrotraer las bases expatriadas. Con ello, se mantiene en el territorio de residencia una parte significativa de los beneficios, gravándolos cuando otras jurisdicciones no hayan ejercido su derecho de gravamen o, en general, las rentas se hayan visto sometidas a bajos niveles de imposición. El impuesto se complementa con otra regla que dificulta o deniega la deducción de pagos que erosionan la base (sobre todo, intereses, cánones y pagos por servicios) y que protege especialmente a los países de la fuente.

La primera propuesta de *GloBE* se presentó en enero (2019a) y ha madurado rápidamente. Se sometió a una consulta pública en marzo de 2019, precedida por un documento público el 13 de febrero (2019b), que aclara que el componente internacional de esta medida es que, más allá de que se implemente mediante leyes nacionales, requiere cambios a los tratados porque es preciso coordinar la aplicación de estas reglas para evitar que se produzca doble imposición si dos o más países aplican simultáneamente reglas de no deducción o de inclusión de rentas. Los numerosos comentarios recibidos llevaron a plantear un programa de trabajo en mayo (2019f). Una nueva consulta se celebró en diciembre de 2019, previa publicación de un borrador para comentarios (2019g) y finalmente se actualizó en enero de 2020. A partir de la constatación de que existen rentas que se han trasvasado a otros territorios, pero que allí no se han gravado efectivamente, se propone reintegrar esas bases al territorio de la residencia con estos mecanismos:

3.3.1. Regla de inclusión de rentas

De modo análogo a las reglas de compañías foráneas controladas (CFC), conocida en nuestra ley como «transparencia fiscal internacional», las reglas de inclusión de ingresos obligan a una sociedad a integrar en sus bases rentas transferidas a una entidad vinculada si ese ingreso no está sujeto a un gravamen mínimo efectivo en el lugar de residencia, reduciendo el incentivo para trasladar rentas a territorios de baja imposición mediante estructuras como supercapitalización de entidades en paraísos fiscales u *offshorization* de intangibles o de riesgos.

Se precisa primero acordar cuál es tipo efectivo mínimo de gravamen, todavía bajo discusión, y fijar un procedimiento para calcular si se ha pagado esa tasa mínima, lo cual será difícil teniendo en cuenta los diferentes estándares contables y los ajustes fiscales aplicables, incluyendo diferencias temporales y permanentes. Las reglas de aplicación deberían reducir los ajustes para minimizar la complejidad y los costos de cumplimiento, tanto para los contribuyentes como para las administraciones. Otras cuestiones son cómo atacar las técnicas de *blending* (combinar ingresos sometidos a alta y baja fiscalidad para ajustar la tributación efectiva a la tasa mínima legal), o la necesidad de excluir del cómputo rentas que están sujetas a regímenes fiscales de vigilancia especial, como las *patent box* de la Acción 5 de BEPS.

3.3.2. Regla *switchover* o de cambio de método de exención a imputación

Otra técnica para asegurar la imposición en origen es dejar de aplicar el método de exención de las rentas generadas en EP o filiales y pasar a de deducción en residencia de las cuotas efectivamente soportadas. Este cambio solo afectaría a tratados donde se conceda la utilización del método de exención o se reconozcan ambos, y sería preciso modificarlos.

3.3.3. Regla de pagos que erosionan la base

Deniega la deducibilidad de los pagos hechos a entidades del grupo que tributen por debajo de un umbral mínimo, de forma similar a las reglas antiparaiso. Mientras que la regla de inclusión de ingresos protege fundamentalmente al país de la matriz, la regla de pagos que erosionan la base favorece a las jurisdicciones de residencia al negar una deducción o hacer un ajuste equivalente con respecto a los pagos intragrupo. Esta regla se puede diseñar de modo absoluto, es decir, limitando la deducción de pagos a entidades vinculadas por intereses, cánones, cargos por servicios, etc., o bien de modo relativo, teniendo en cuenta no solo la naturaleza del pago, sino la contribución efectiva de la receptora de la renta.

3.3.4. Regla de «sometido a impuesto»

Toma su nombre del tenor de los convenios en los artículos de intereses y cánones. Tradicionalmente «sometido a impuestos» no se ha interpretado literalmente, como efectivamente sujeto, sino como formalmente sujeto. Ahora, se propone una interpretación literal y denegar los beneficios del tratado si las rentas que no se han gravado (o lo han hecho a un nivel muy bajo) en el otro Estado. La regla plantea dudas sobre si se aplicará solo a entidades vinculadas o a todas, la definición de la vinculación en el caso afirmativo, y el umbral mínimo de tributación que se consideraría razonable para entender que está efectivamente sujeto.

3.3.5. Funcionamiento del impuesto

Con todas las rentas «devueltas» al país de origen, se conforma una base a la cual se aplicará el tipo de gravamen del *GloBE*, hoy por hoy pendiente de decidir. En la práctica, la matriz calculará las rentas de las filiales y será responsable de que estén pagando un impuesto mínimo en cada país donde esté establecido, por encima de un umbral pendiente de determinar. Diseñar el *GloBE* es difícil porque tiene que cumplir con las normas de los tratados y respetar las libertades fundamentales de la Unión Europea. Además, implica complicaciones técnicas nada desdeñables, como el uso de los estados financieros para determinar la base a nivel mundial cuando no hay un estándar contable único en el mundo, el nivel mínimo aceptable para la tributación de una multinacional que tenga negocios en países de alta y baja tributación, o las exenciones y exclusiones. El impuesto funcionaría como un impuesto mínimo alternativo, y las reglas se implementarían mediante cambios en la legislación doméstica y en los tratados, necesitando de un orden de prelación o de aplicación subsidiaria para evitar la doble imposición.

4. Mirando al futuro

En esta sección examinamos la sostenibilidad de las medidas propuestas, algo fundamental en una reforma que se justifica por la necesidad de estabilizar el sistema fiscal inter-

nacional (2020, p. 8). Como se argumenta en el epígrafe 2.2, el impuesto sobre sociedades está afectado no solo por la digitalización, sino también por la globalización, con una serie de problemas recopilados por el FMI (2019) y el Banco Mundial (2019). La pregunta que cabe es si la propuesta del MI va a resolverlos de forma permanente.

Tabla 2. Problemas fundamentales de la fiscalidad internacional

- a) El considerar que solo hay nexo si existe presencia física.
- b) Las múltiples limitaciones de los precios de transferencia, que permiten a las multinacionales seguir extrayendo rentas de la fuente sin contribuir a las arcas locales.
- c) La pervivencia de la competencia fiscal entre naciones (*the race to the bottom*).
- d) La distribución de los derechos de imposición entre los países de residencia y fuente, problemas especialmente serios para las economías en desarrollo porque los tratados fiscales les han impuesto cesiones de soberanía, carecen de instrumentos legales adecuados y de recursos administrativos suficientes para luchar contra la elusión fiscal, y se mueven en un marco de creciente complejidad que agrava sus carencias.

4.1. Imposición mínima

Establecer impuestos mínimos sobre la inversión de salida (*outbound investment*), algo que hace el Pilar 2, no solo protege las bases imponibles en la jurisdicción de residencia de la matriz, además tiene efectos favorables en las jurisdicciones de la fuente, siempre que sean territorios de fiscalidad normal, porque teóricamente limita la competencia fiscal: el incentivo a conceder vacaciones fiscales por parte de los países importadores de capital no debería existir ya, pues las rentas que no paguen en el país de la fuente pagarán en residencia.

Igualmente positiva es la propuesta, también del Pilar 2, de exigir una tributación mínima a la salida de rentas en los países importadores de capital, especialmente para los países en desarrollo, con menor capacidad administrativa. Estos tributos existen ya, en buena medida, en la legislación de la mayoría de los países (en normas antiparaíso, de subcapitalización, de precios de transferencia, etc.) pero no son muy eficaces. Una formulación más sistemática debería mejorarlos. El único problema es una posible disuasión de la inversión extranjera, algo que podría solventar un tratado multilateral de amplio alcance. La imposición mínima combinada entre residencia y fuente plantea un frente común contra los territorios *offshore*, los cuales, considerando también las normas de transparencia e intercambio de información tributaria, tendrán que reorientarse hacia servicios como el turismo o una industria financiera competitiva para garantizar su sostenibilidad, pero en general esto no afecta a la estabilidad del sistema fiscal internacional.

4.2. Enervación del principio de entidad separada

Menos estable parece la mezcla del principio de plena competencia con la fiscalidad unitaria, porque son modelos antitéticos. El principio de entidad separada, consagrado en la legislación nacional de la mayoría de los países y en la práctica totalidad de los convenios de doble imposición, niega la relevancia fiscal del grupo consolidable, fijándose exclusivamente en el beneficio que quepa atribuir a cada entidad por separado³², pero el principio de entidad separada y el modelo de retribución a los factores de producción han demostrado ser una base inadecuada para avanzar de verdad, porque la ubicación de los factores es sumamente manipulable (FMI, 2019a, p. 1). Por eso ahora las multinacionales digitales pasan a tratarse como un sujeto único, estableciendo mecanismos de coordinación de las administraciones y reparto de los beneficios con una fórmula predeterminada. La solución puede ser pragmática, pero no es sólida porque se hace sin abandonar el principio de entidad separada y las relaciones bilaterales como fundamento dominante. Como se ha argumentado en el epígrafe 3.2.7, la solución híbrida generará mayor complejidad, inseguridad jurídica y oportunidades de planificación.

El principio de plena competencia constituye un expediente técnico extremadamente útil para resolver las complejas cuestiones que implicaría determinar la base imponible mundial de un grupo multinacional y asignarla a cada uno de los territorios donde genera valor, lo cual lo convirtió en dogma hasta fecha muy reciente. Pese a las invitaciones de la doctrina a aplicar fórmulas alternativas (Avi-Yonah *et al.*, 2009), los redactores de BEPS excluyeron desde el inicio cualquier cambio a los precios de transferencia (OCDE, 2013, p. 16). Sin embargo, ya no se pueden seguir ocultando sus importantes carencias, como la incapacidad para capturar las sinergias entre entidades dentro de un grupo, o su utilización abusiva por las multinacionales. En consecuencia, ahora el importe A del Pilar 1 da relevancia fiscal al grupo, convirtiéndolo en un sujeto pasivo único, aunque la doctrina oficial es todavía que el método formulario ni tiene una superioridad técnica respecto del principio de plena competencia, ni su aplicación práctica estaría exenta de dificultades (1.16 a 1.32 de las Directrices, OCDE, 2017b). La solución unitaria solventaría el problema, reconocido hasta por la propia OCDE (2019a, párr. 7) de que las reglas de Precios de Transferencia funcionan bien para transacciones rutinarias pero no para la atribución de beneficios no rutinarios a intangibles, y de que extender el principio de plena competencia a todas las situaciones es fuente de complejidad y conflicto. Por tanto, una solución más clara y administrable es positiva, especialmente para los países en desarrollo. El problema está en la muy reducida extensión de la parte de las rentas que se canalizan por el modelo unitario-formulario, limitada a la economía digital, que no llega al 10 % del beneficio residual de las multinacionales³³. No

³² Sin perjuicio de que la legislación nacional pueda admitir la tributación consolidada de las entidades residentes integrantes de un grupo, como hace nuestra Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, en los artículos 55 a 75.

³³ El estudio del FMI sobre los aspectos económicos del beneficio residual de las multinacionales abarca agricultura, pesca y bosques, construcción, finanzas, seguros, fabricación, comercio minorista, servicios,

parece que los argumentos para dejar de aplicarla al transporte, la fabricación y distribución de bienes de consumo, la industria farmacéutica, financiera y aseguradora, u otras muy internacionalizadas, sean suficientemente sólidos. Al contrario, en cada oportunidad para promover una reforma se manifestará la tensión por extender el modelo unitario-formulario a cualquier negocio multinacional.

4.3. Perspectiva sintética de la creación del valor

Otro punto de fricción es haber alterado el modelo de asignación de bases a territorios desde una visión analítica o del valor añadido, que retribuye a los factores en la cadena de producción, a una visión sintética o de asignación por el mercado, que no considera la ubicación de los elementos que añaden valor, sino la clientela. La propuesta de asignar bases a los territorios en razón del mercado es bastante radical porque incluso ideas tan innovadoras para asignar bases a territorios sin EP como «intangibles de comercialización» e incluso «contribución de los usuarios», que ha examinado el Grupo de Trabajo de la Economía Digital, son consistentes con el modelo tradicional al atribuir valor a factores de producción que pueden adscribirse a un territorio; en cambio la propuesta de Presencia Económica Significativa, que se ha impuesto, abandona el modelo tradicional de asignación de valor a los factores de producción para confiar solo en el mercado. No carece de lógica; si el mercado determina el nexo, es razonable que también sirva para asignar bases. El problema es que la propuesta del MI es una estación intermedia en el viaje hacia la asignación de valor por la clientela, siendo su término final el impuesto sobre sociedades en destino (Auerbach *et. al.*, 2017), que ya estuvo muy cerca de imponerse en EE. UU. en la reforma de Trump (Weisbach, 2017). En los trabajos preparatorios del MI³⁴ se aprecia cómo la atribución parcial de rentas a territorios utilizando los factores de producción (80 %) y mercado (20 %) es arbitraria.

Puede argumentarse que la solución híbrida es buena porque toma lo mejor de cada alternativa. Por ejemplo, mantener un vínculo con los factores de producción ofrece a los países en desarrollo de una base conceptual para gravar los recursos naturales y la industria extractiva. Ahora bien, también generará problemas de vulnerabilidad a las tácticas de planificación porque persisten e incluso aumentan los incentivos a la manipulación estratégica de los factores de producción por las multinacionales y al comportamiento estratégico por los países, que pueden poner tipos de gravamen diferenciados al beneficio rutinario y al residual.

transporte, comunicación y energía, comercio al por mayor y otras actividades industriales. De las 8.800 grandes multinacionales que analiza, las digitales serían parte de las 841 de servicios y de las 673 de comercio minorista (2020, p. 13).

³⁴ En los cálculos de impacto publicados en el *webcast* del 13 de febrero de 2020.

4.4. El modelo de relaciones fiscales bilaterales

Otro concepto que será difícilmente sostenible es el modelo de relaciones fiscales bilaterales, por la simple razón de que no es adecuado a una economía globalizada. Lo lógico es que las relaciones fiscales internacionales se rijan por un tratado multilateral, como fue la intención originaria del Comité de Expertos de Naciones Unidas en 1921, de la Organización para la Cooperación y Seguridad en Europa en 1958 y de su sucesor, la OCDE, en 1963. A diferencia del enfoque de pares de relaciones bilaterales amparadas en una norma multilateral como el de la Acción 15 de BEPS o en el intercambio automático de información financiera, ahora la OCDE está promoviendo un verdadero³⁵ tratado multilateral para el importe A, pero quiere seguir con relaciones bilaterales para todo lo demás. La OCDE no argumenta la superioridad técnica de la bilateralidad, lo que hace pensar en razones políticas, como mantener las concesiones hechas por los países en desarrollo, presumiblemente difíciles de lograr otra vez en un escenario donde se hiciera *tabula rasa* de lo pactado hasta ahora. Técnicamente, la solución multilateral limitaría la complejidad, las dificultades de administración, y la dispersión de los tratados bilaterales (Lepard, 1999, p. 62). El nuevo recurso fiscal exige un nuevo instrumento por razones sustantivas –los tratados vigentes impiden el gravamen de rentas empresariales de no residentes sin EP– y de procedimiento, pues el marco de aplicación del nuevo recurso fiscal es multilateral por naturaleza. Si es deseable para el importe A, no se comprende por qué no sería bueno un tratado multilateral único, elaborado a partir de los modelos de OCDE y Naciones Unidas, que fije las reglas, las uniformice y simplifique su aplicación.

4.5. Conclusión

En su conjunto, la reforma se antoja corta. De acuerdo con el FMI, los beneficios declarados por las 10.000 multinacionales más grandes del mundo ascendieron a 5,3 trillones, pero en esa cifra se engloban todas las MNE, no solo las digitales, y todos los beneficios, no solo el residual. La OCDE deja los beneficios de la reforma en el 4 % de los ingresos mundiales por el impuesto sobre sociedades, lo que serían 100.000 millones de dólares por año (*webcast* de 13 de febrero de 2020), pero ese importe engloba no solo el nuevo derecho digital, también el nuevo gravamen mundial anti-BEPS. Desglosando entre ambos, según sus propias cifras (13 de febrero de 2020, p. 20) al impuesto digital corresponde solo un 0,7 %, lo que equivaldría a 17,500 millones, una cifra demasiado magra.

El importe en última instancia dependerá de la negociación política en asuntos como el umbral de sujeción (¿750 millones de euros?), el método de cálculo del beneficio residual (¿sobre activos, sobre ventas, sobre costo de los bienes vendidos?), y la porción del beneficio residual que se asigna al mercado (¿80/20?). Dado que los beneficios residuales

³⁵ *A true multilateral convention* (OCDE, 2020, p. 20).

a nivel mundial están concentrados en EE. UU., Reino Unido, Japón, China y Hong Kong, pues albergan el 1 % de las empresas más grandes y un tercio de los beneficios residuales a nivel mundial (FMI, 2019b, p. 46), si se quiere que esos países firmen es previsible que la negociación política lleve a drásticas reducciones del *quantum* del importe A.

Desde el punto de vista conceptual o de los fundamentos de la fiscalidad societaria internacional, la propuesta resulta ambigua. Introduce elementos muy novedosos como la imposición unitaria y la asignación por el mercado, pero lo hace de una forma casi experimental, intentando minimizar los daños al sistema, que en su mayoría conserva los rasgos tradicionales, por lo que las multinacionales podrán seguir navegando el sistema con amplio margen de discrecionalidad.

No se brinda tampoco una solución al problema de residencia y fuente. Ciertamente es que la asignación de algunos rendimientos a jurisdicciones de mercado es un avance en la dirección de la equidad fiscal entre naciones, pero todo lo demás queda inalterado. Ya el tratado multilateral de la Acción 15 de BEPS fue una oportunidad perdida para abordar un nuevo marco de relaciones fiscales internacionales, y parece que en el que se anuncia para repartir el recurso digital, los avances no van a ser mayores.

Podrá argumentarse que, pese a todo, la propuesta materializa importantes avances respecto del inmovilismo actual, pero ese pragmatismo no debería ocultar la frustración por no haber alcanzado cotas de mayor altura. Considerando que a los países en desarrollo se les pide que, a cambio de su participación en el nuevo recurso, sigan manteniendo las concesiones fiscales en los tratados bilaterales existentes y que renuncien a implementar medidas unilaterales para gravar a las multinacionales de la economía digital, veremos si el resultado final es satisfactorio para todos o se puede decir, con Horacio, que *parturient montes, nascetur ridiculus mus*.

Referencias bibliográficas

- Auerbach, A.; Devereux, M.; Keen, M. y Vella, J. (2017). Destination-Based Cash Flow Taxation. *Oxford Centre for Business Taxation, Working Paper 17-01*. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2908158>.
- Avi-Yonah, R. (2005). All of a Piece Throughout: The Four Ages of U.S. International Taxation. *Virginia Tax Review*, 25 (2).
- Avi-Yonah, R.; Clausing, K. y Durst, M. (2009). Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split. *Florida Tax Review*, 9 (5), 497-553. Recuperado de <<http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1773&context=articles>>.
- Banco Mundial. (2019). *International Tax Reform, Digitalization, and Developing Economies*. [PDF] Recuperado de <<http://documents.worldbank.org/curated/en/735001569857911590/pdf/International-Tax-Reform-Digitalization-and-Developing-Economies.pdf>>
- Beer, S.; Mooij, R de; Hebous, S.; Keen, M. y Liu, L. (2020). *Exploring Residual Profit Allocation*. FMI, febrero 2020. Recuperado de <<https://www.imf.org/~media/Files/Publications/WP/2020/English/wpia2020049-print-pdf.ashx>>.
- Cinco Días. (12 de octubre de 2018): *Airbnb solo pagó 72.000 euros en el impuesto de sociedades en 2017*. Recuperado de <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/10/11/companias/1539254190_379579.html>.
- Columbus, L. (28 de abril de 2020). *How Covid-19 is transforming E-Commerce*. Forbes. Recuperado de <<https://www.forbes.com/sites/louiscolumbus/2020/04/28/how-covid-19-is-transforming-e-commerce/>>.
- Comisión Europea. (2017). *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo: Un sistema impositivo justo y eficaz en la Unión Europea para el Mercado Único Digital*. Recuperado de <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0547>>.
- Congreso de EE.UU. (2018). *Tax Cuts and Jobs Act*. Recuperado de <<https://www.congress.gov/115/bills/hr1/BILLS-115hr1enr.pdf>>.
- El Correo de Andalucía. (22 de enero de 2020). *El Corte Inglés venderá o cerrará 25 centros comerciales*. Recuperado de <<https://elcorreoweb.es/economia/el-corte-ingles-vendera-o-cerrara-25-centros-comerciales-JC6253931>>.
- EIDerecho.com. (19 de febrero de 2020). Recuperado de <<https://elderecho.com/proyectos-ley-los-impuestos-servicios-digitales-transacciones-financieras>>.
- El Mundo. (7 de marzo de 2018). *El Corte Inglés se planta frente a AMAZON: «No puede ser que nosotros paguemos impuestos y ellos no»*. Recuperado de <<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2018/03/06/5a9ec40e468aeb267e8b45de.html>>.
- Expansión. (21 de enero de 2020). *Emmanuel Macron y Donald Trump pactan una tregua sobre la Tasa Google para evitar una escalada en la guerra comercial*. Recuperado de <<https://www.expansion.com/economia/2020/01/21/5e26cd01468aebf5678b45a0.html>>.
- Fernández, E. (15 de septiembre de 2019). *Gigantes digitales, impuestos minúsculos: Google, Apple, Facebook y Amazon pagan 23,9 millones al año*. Recuperado de <<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2019/09/15/5d7be3c6fdddf34208b45ad.html>>.

- Fondo Monetario Internacional. (2019a). Corporate Taxation in the Global Economy. *Policy Paper No 19/007*. Washington D.C. Recuperado de <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2019/03/08/Corporate-Taxation-in-the-Global-Economy-46650>>.
- Fondo Monetario Internacional. (2019b). *Tributación Internacional de Empresas*. Documento de Política del FMI. Recuperado de <<https://www.imf.org/~media/Files/Publications/PP/2019/Spanish/PPSA2019007.ashx>>.
- Global Finance Magazine. (29 de agosto de 2019). *World's Largest Companies 2019*. Recuperado de <<https://www.gfmag.com/global-data/economic-data/largest-companies>>.
- Gobierno de Australia. (2017). *El Diverted Profit Tax*. Recuperado de <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2017A00021>>.
- Gobierno de Francia. (2019). LOI n.º 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés.
- Group of 24. (2017). *Proposal for Addressing Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*. Recuperado de <https://www.g24.org/wp-content/uploads/2019/03/G-24_proposal_for_Taxation_of_Digital_Economy_Jan17_Special_Session_2.pdf>.
- HMRC. (2018). *Diverted Profits Tax, Guidance*. Recuperado de <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/768204/Diverted_Profits_Tax_-_Guidance__December_2018_.pdf>.
- HMRC. (2019). *Introduction of the new Digital Services Tax*. Recuperado de <www.gov.uk/government/publications/introduction-of-the-new-digital-services-tax/introduction-of-the-new-digital-services-tax>.
- Hongler, P. y Pistone, P. (2015). *Blueprints for a new PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*. Research Papers, University of Vienna.
- KPMG. (2019). *French Digital Services Tax*. Recuperado de <<https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2019/french-digital-services-tax.pdf>>.
- KPMG. (2020). *Taxation of the Digitalized Economy. Developments summary*. Recuperado de <<https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2020/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>>.
- Lepard, B. (1999). Is the United States obligated to drive on the right? A multidisciplinary inquiry into de normative authority of contemporary international tax law using the Arm's Length Standards as a case study. *Duke Journal of Comparative & International Law* 43-190. Recuperado de <<http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol10/iss1/3>>.
- Matheson, T.; Perry V. y Veung, C. (2013). *Territorial vs. Worldwide Corporate Taxation: Implications for Developing Countries*. FMI Working Paper 13/205. International Monetary Fund.
- Naciones Unidas. (2017). *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. Recuperado de <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf>.
- OCDE. (2013a). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, Paris. Recuperado de <<https://doi.org/10.1787/9789264192744-en>>.

- OCDE. (2013b). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing, Paris. Recuperado de <<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>>.
- OCDE. (2015). *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris. Recuperado de <<https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>>.
- OCDE. (2017a). *Articles of the model convention with respect to taxes on income and on capital*. OECD Publishing, Paris.
- OCDE. (2017b). *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- OCDE. (2019a). *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy note* [archivo PDF]. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>>.
- OCDE. (2019b). *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Public consultation document, 13 Feb. 1 March 2019*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>>.
- OCDE. (2019c). *Corporate Tax Statistics* [PDF]. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/corporate-tax-statistics-database.htm>>.
- OCDE. (2019d). *Action 11 Data Analysis*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action11/>>.
- OCDE. (2019e). *International Compliance Assurance Programme Pilot Handbook 2*. OECD, Paris. Recuperado de <www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/international-compliance-assurance-programme-pilot-handbook-2.0.htm>.
- OCDE. (2019f). *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. 28 de mayo de 2019. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>>.
- OCDE. (2019g). *Public consultation document Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) - Pillar Two*. 8 November 2019 – 2 December 2019. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf>>.
- OCDE. (2020). *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*. OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, [archivo PDF]. Recuperado de <www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf>.
- OCDE. (13 de febrero de 2020). *Webcast: Update on Economic Analysis and Impact Assessment*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/tax/beps/webcast-economic-analysis-impact-assessment-february-2020.htm>>.
- Page, T. (22 de febrero de 2017). *Digitisation and the future of work: what it means for unions*. Recuperado de <<https://touchstoneblog.org.uk/2017/02/digitisation-future-work-means-unions/>>.



The Tax Foundation. (2020). *Digital Tax Deadlock: Where Do We Go from Here?*

Weisbach, D. (2017). *A Guide to the GOP Tax Plan—The Way to a Better Way*. Univer-

sity of Chicago Law School. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2893224>.



La tributación en el IRPF de las arras en la compraventa de bienes inmuebles

Irene Rovira Ferrer

*Profesora agregada de Derecho Financiero y Tributario.
Universitat Oberta de Catalunya*

Extracto

El principal objetivo del presente trabajo es clarificar la compleja tributación en el impuesto sobre la renta de las personas físicas que puede tener el abono o el cobro de las arras ante una compraventa de bienes inmuebles. Puesto que existen varios tipos de arras con diferentes efectos, pueden plantearse múltiples supuestos con diferentes características y las consecuencias tributarias pueden afectar tanto al vendedor como al comprador. En concreto, los escenarios en los que se analizará, considerando las distintas singularidades que pueden darse en cada uno, son la entrega y recepción de las arras con anterioridad o en el momento de la transmisión de la propiedad, su cobro o restitución doblada tras el desistimiento o incumplimiento de una de las partes y su restitución justificada. Finalmente, y tras haber puesto de manifiesto las principales cuestiones problemáticas que pueden generarse, el estudio se cerrará con algunas propuestas para mejorar su regulación tanto a nivel civil como tributario.

Palabras clave: arras; impuesto sobre la renta de las personas físicas; ganancias y pérdidas patrimoniales; rendimientos; imputación.

Fecha de entrada: 07-05-2020 / Fecha de aceptación: 10-06-2020 / Fecha de revisión: 22-07-2020

Cómo citar: Rovira Ferrer, I. (2020). La tributación en el IRPF de las arras en la compraventa de bienes inmuebles. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 39-64.





The taxation of deposits in the personal income tax in relation to the sales of real estate

Irene Rovira Ferrer

Abstract

The main goal of this work is to determine the taxation of the payments and collections of deposits in the personal income tax, specifically in relation with the sales of real estate. In particular, the assumptions in which the pertinent taxation will be analyzed are five: their delivery or reception before or at the time of the transmission of the property, their collection or doubled restitution after the withdrawal or non-compliance by one of the parties and their justified restitution. Finally, after highlighting the main problematic questions, some suggestions for improvement will be provided.

Keywords: deposits; personal income tax; patrimonial profits and losses; yields; imputation.

Citation: Rovira Ferrer, I. (2020). La tributación en el IRPF de las arras en la compraventa de bienes inmuebles. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 39-64.



Sumario

1. Introducción
 2. Las arras penitenciales, penales y confirmatorias
 3. La entrega de las arras con carácter previo a la transmisión de la propiedad
 4. La entrega de las arras en el momento de la transmisión de la propiedad
 5. El cobro o restitución doblada de las arras tras el desistimiento o incumplimiento de una de las partes
 6. La restitución justificada de las arras
 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

De conformidad con el artículo 1.450 del Código Civil (CC), el contrato de compraventa se perfecciona cuando el comprador y el vendedor se ponen de acuerdo con la cosa objeto del mismo y su precio, quedando las partes obligadas a partir de este momento a cumplir las respectivas obligaciones inherentes: principalmente, la entrega de la cosa vendida y el pago del importe acordado.

Por ello, a causa de esta desvinculación entre el perfeccionamiento del contrato de compraventa y el cumplimiento de las obligaciones que integra, es posible pactar una cláusula de arras en garantía de su observancia (ya sea en un precontrato o en el propio contrato de compraventa), las cuales, en función de los efectos que se desprendan de su redacción, podrán ser penitenciales, penales o confirmatorias. Así, y aunque la única mención a las arras que se realiza en el CC, concretamente en el artículo 1.154, sea a las que se han calificado como penitenciales, ha sido necesario que la doctrina y la jurisprudencia reconocieran esta triple distinción, en tanto que difieren en gran medida en las importantes consecuencias que pueden conllevar.

No obstante, y aunque el mencionado precepto del CC se integra dentro del capítulo dedicado a la naturaleza y forma del contrato de compraventa, procede destacar que las arras podrán garantizar el cumplimiento de las obligaciones de cualquier contrato o precontrato, si bien el presente trabajo, dedicado al análisis de la tributación de su pago o cobro en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), se centrará en las arras incluidas en los contratos o precontratos de compraventa de bienes inmuebles.

Y es que la compleja tributación que puede proceder en tales casos no solo deriva de los distintos tipos de arras existentes, sino que, además de los múltiples escenarios en los que puede tener lugar (ya sea con carácter previo o posterior a la transmisión de la propiedad, ante la resolución o incumplimiento del contrato o a causa de su legítima restitución), pueden darse distintas singularidades en cada uno de ellos (como puede ser el hecho de que se entreguen al vendedor o a un tercero, que se configuren o no en forma de pago anticipado o que la compraventa, en lugar de realizarse a título particular, constituya el ejercicio de una actividad económica o sea de un inmueble afecto a una actividad económica).

Pero, además, la focalización del presente trabajo en las compraventas de bienes inmuebles viene justificada por la compleja determinación, en tales casos, del momento de

la transmisión de la propiedad (aspecto fundamental en términos de tributación), tanto por su eventual desvinculación respecto a la perfección del contrato de compraventa como por el análisis individualizado que se requiere en cada caso.

Así pues, y aunque muchas de las consideraciones resultarán directamente trasladables a cualquier tipo de contrato o precontrato que incluya una cláusula de arras (como puede ser el caso de las relativas a su legítima restitución), el presente estudio se centrará en determinar y clarificar la compleja tributación en el IRPF derivada de las arras en los casos de compraventa de bienes inmuebles, aportando, tras su análisis, algunas propuestas para mejorar su regulación.

2. Las arras penitenciales, penales y confirmatorias

Como se señalaba, las arras que pueden incluirse en un contrato o precontrato de compraventa pueden ser penitenciales, penales o confirmatorias, cuya distinción, forjada por parte de la doctrina y la jurisprudencia, se realiza en función de los efectos que desprenden (siendo lo realmente importante la configuración derivada de la voluntad de las partes, con independencia incluso del nombre que se les otorgue)¹.

Así, por lo que respecta a las primeras, las arras penitenciales son aquellas a las que se refiere el artículo 1.154 del CC (el único precepto del CC que hace alusión a las arras en sí mismas), al señalar que, «si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá resolverse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas». De este modo, estas arras se caracterizan como aquellas cuyo pacto posibilita que cualquiera de las partes pueda desvincularse unilateralmente de la compraventa pactada quedando determinadas las consecuencias, ya sea perdiendo la cuantía entregada, si el que resuelve es el comprador, o, si quien resuelve es el vendedor, devolviendo doblada la cantidad recibida.

En concreto, el plazo durante el cual las partes podrán resolver el contrato será aquel que se hubiera pactado, aunque, en ausencia de acuerdo, y ante la falta de regulación al respecto, parece que:

¹ Al respecto, esta triple diferenciación ha sido expresamente reconocida por el propio Tribunal Supremo (TS) en sentencias como la STS 581/2013, de 26 de septiembre (rec. núm. 634/2011), al señalar que:

[...] ante la imposibilidad de dar un concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de ellas: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada.

[...] la facultad de desistir solo podrá ejercitarse una vez el contrato se haya perfeccionado, y antes de que la parte que desea desistir haya cumplido sus obligaciones bajo el mismo. Por tanto, el cumplimiento de la obligación prometida enerva la posibilidad de desistir del contrato (Muñoz Méndez, 2015, p. 18).

En consecuencia, pues, la finalidad principal de las arras penitenciales es la constitución de una forma lícita y libre de desistir del contrato de compraventa por cada una de las partes, sin necesidad de justificar causa alguna, lo cual, si no se acuerda lo contrario, sustituirá a la indemnización de daños y el correspondiente abono de intereses que prevé el artículo 1.124 del CC ante el no cumplimiento de una obligación (ya que, al constituir una opción legítima, no tendrá lugar incumplimiento alguno).

De este modo, y a diferencia de los otros dos tipos de arras, su pacto impedirá que las partes puedan exigirse el cumplimiento del contrato, lo que ha comportado que reiterada jurisprudencia del TS haya considerado su procedencia como excepcional, supletoria y restrictiva (en el sentido de que únicamente se considerará que las arras entregadas son penitenciales si así se desprende de la voluntad indubitada de las partes², incluso con independencia de la propia mención del art. 1.454 CC³).

Por su parte, el segundo tipo de arras son las penales, las cuales, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1.255 del CC, se configuran como una garantía de cumplimiento de forma equivalente a las cláusulas penales⁴. Así, ante el

² En concreto, así consta en sentencias como la STS 583/2018, de 17 de octubre (rec. núm. 1533/2016 –NCJ063693–), al señalar que:

[es] doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido, según declararon las sentencias de 24 de Noviembre de 1926, 8 de Julio de 1945, 22 de Octubre de 1956, 7 de Febrero de 1966 y 16 de Diciembre de 1970, entre otras, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado. (sentencia de 10 de Marzo de 1986).

³ Al respecto, establece la citada STS 583/2018, de 17 de octubre, que:

[...] la mera mención al art. 1.454 del C. Civil, no expresa con claridad cuáles son las obligaciones que contraen las partes, por lo que al ser una variedad de arras de interpretación restrictiva habría sido preciso acreditar que la intención de los contratantes era pactar las arras para el caso de desistimiento del comprador [o vendedor], lo cual no se deduce del texto de la cláusula.

De hecho, en el Derecho Civil foral catalán, el artículo 621-8.2 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, contempla justamente que «las arras penitenciales deben pactarse expresamente», lo mismo que se desprende del artículo 467 a) de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil foral de Navarra.

⁴ En relación con la equivalente función de las arras penales con la cláusula penal, véase la STS 117/2003, de 25 de febrero (rec. núm. 487/2010).

incumplimiento por una de las partes de las obligaciones propias derivadas del contrato, estas arras constituirán la cantidad convenida en concepto de indemnización por daños y el abono de intereses que prevé el artículo 1.124 del CC⁵, de modo que, también en este caso, si quien incumple es el comprador, perderá las arras entregadas, y, si es el vendedor, deberá restituirlas dobladas.

Así pues, a diferencia de las arras penitenciales, las penales no facultan para el desistimiento de lo pactado, sino que suponen el acuerdo de la cantidad que se deberá abonar en caso de incumplimiento del contrato, pero sin que su existencia impida la posibilidad de exigirlo⁶.

Finalmente, las arras confirmatorias simplemente consisten en un pago anticipado en señal de confirmación del contrato o prueba de su existencia, viniendo a reforzar el vínculo jurídico generado entre las partes⁷. En este caso, no constituyen la cantidad fijada por las partes en concepto de indemnización e intereses ante un eventual incumplimiento (como ocurre con las penales) ni posibilitan el desistimiento legítimo del contrato (como pasa con las penitenciales), del mismo modo que no impiden la exigencia de su cumplimiento forzoso⁸. Por consiguiente, como se señalaba, el TS entiende que estas serán las arras que procederán de forma preferente, siempre que no pueda derivarse de la voluntad de las partes su carácter penal o penitenciario de forma indubitada⁹.

Por último, antes de cerrar su configuración general, conviene destacar que, a pesar de que el único precepto del CC que hace referencia a las arras se encuentre ubicado dentro

⁵ En este punto, como señala el artículo 1.152 del CC, «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado», sin perjuicio de que, como añade el artículo 1.154, «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

⁶ Al respecto, establece el artículo 1.153 del CC que «el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho», pero, como añade, «tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada».

⁷ En esta línea, así se pronuncian autores como Díez-Picazo (2008), al afirmar que la única función de garantía que poseen consiste en una prueba de la conclusión del contrato (p. 471).

⁸ Al respecto, señalan autores como Lasarte (1998) que las arras confirmatorias no comportan alteración alguna del régimen general del incumplimiento contractual (p. 491), por lo que, ante el no cumplimiento de alguna de las partes, la otra podrá exigirlo o resolver el contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, conforme al artículo 1.124 del CC.

⁹ De hecho, el carácter preferente de las arras confirmatorias se encuentra expresamente contemplado en el Derecho Civil foral, como es el caso de Cataluña (señalando el art. 621-8.1 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, que «la entrega por el comprador de una cantidad de dinero al vendedor se entiende hecha como arras confirmatorias, es decir, en señal de conclusión y a cuenta del precio de la compraventa») o Navarra (al establecer el art. 467 b) de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil foral de Navarra, la presunción de las arras confirmatorias).

del capítulo primero, dedicado a la naturaleza y forma del contrato de compraventa, el TS ha precisado que «son una garantía del cumplimiento de un contrato (o de un precontrato)», por lo que, sin perjuicio de que normalmente se incluyan en los contratos de compraventa, pueden añadirse a cualquier otro contrato o precontrato en tanto que son medios de protección del cumplimiento de obligaciones¹⁰.

No obstante, como se señalaba, el análisis que se desarrollará a continuación se focalizará en la tributación en el IRPF de las arras relativas a la compraventa de bienes inmuebles, a pesar de que muchas de las consideraciones que se realicen resultarán extensibles a las que se pacten en cualquier tipo de contrato o precontrato.

3. La entrega de las arras con carácter previo a la transmisión de la propiedad

Antes de entrar a analizar la tributación de dicho supuesto, procede destacar que, a pesar de que las arras, con independencia de su tipo, suelen entregarse al vendedor a cuenta de la futura compraventa, también pueden configurarse como un simple depósito constituido ante un tercero. De hecho, a diferencia del derecho común, el Derecho Civil foral catalán permite que, en los casos de compraventa de inmuebles, se depositen las arras penitenciales pactadas ante notario y que así se haga constar en el Registro de la Propiedad, quedando afecto el pertinente inmueble a su devolución¹¹.

De este modo, si así se decide, será el notario el que entregará las arras depositadas a quien corresponda llegado el momento, previsiones que, a pesar de su mayor coste fiscal¹², deberían extenderse tanto a todos los tipos de arras como al resto del Derecho Civil

¹⁰ En este sentido, véase la STS 175/2012, de 21 de marzo (rec. núm. 931/2009 –NCJ056787–). Además, así consta en el Derecho Civil foral de Navarra, por cuanto el artículo 463 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil foral de Navarra, enumera las arras entre las distintas garantías por las que se podrá asegurar «el cumplimiento de una obligación o los efectos de su incumplimiento».

¹¹ Artículo 621-8.3 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña.

¹² En tales casos, como ha precisado la Dirección General de Tributos (DGT) en la contestación a la Consulta tributaria vinculante V1712/2017, de 3 de julio (NFC065936) (el hecho de que el acta notarial de depósito de arras penitenciales en aplicación del mencionado art. 621-3.4 tenga acceso al Registro de la Propiedad, conlleva que su formalización, además de la cuota fija, dé lugar al devengo de la cuota variable de la modalidad de documentos notariales de Actos Jurídicos Documentados [AJD], al concurrir todos los requisitos exigidos por el art. 31.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre [TRLITPAJD] [tratarse de un acta notarial con contenido económico, que su objeto no constituya el hecho imponible del gravamen de Transmisiones Patrimoniales Onerosas –TPO–, de operaciones societarias –OS– o del impuesto sobre sucesiones y donaciones –ISD– y ser inscribible

común y foral. Y es que, además de permitir el ahorro de los largos y costosos procedimientos judiciales en caso de que, siendo necesario, el vendedor no proceda a su devolución, su inscripción en el Registro de la Propiedad permite una mayor protección del comprador, ya sea para impedir que pueda venderse el bien a un tercero o a efectos de la eventual insolvencia del vendedor en caso de incumplimiento (especialmente en las compraventas de bienes inmuebles no construidos, dado que la disp. adic. primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, solo obliga a los promotores de toda clase de viviendas a garantizar, mediante un contrato de seguro de caución o un aval solidario, la devolución de cantidades entregadas a cuenta más los intereses legales y los impuestos aplicables desde que se obtiene la licencia de edificación).

Así pues, entrando ya en el análisis del IRPF, debe comenzarse por precisar que, si las arras se depositan ante notario o cualquier otro tercero, su entrega no tendrá implicación fiscal alguna, puesto que será únicamente temporal, pero, si se otorgan al vendedor y quedan afectas al precio de la próxima adquisición del bien inmueble (es decir, se configuran como un cobro anticipado), sí que se pueden conllevar importantes consecuencias.

Sin embargo, para su determinación, es de suma relevancia constatar si, en el momento en el que vendedor recibe este pago parcial, se produce la efectiva transmisión de la propiedad del inmueble, o si, por el contrario, su cobro tiene lugar con anterioridad.

Y a tal efecto, resulta imprescindible acudir a la regulación civil, donde el artículo 1.445 del CC define el contrato de compraventa como aquel por el que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente». Asimismo, concreta el artículo 1.450 del CC que «la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado», a pesar de que los artículos 609 y 1.095 del CC establecen que la adquisición de la propiedad o del oportuno derecho real se materializará cuando, a causa de un título jurídico válido (como puede ser un contrato de compraventa), la cosa haya sido efectivamente entregada al comprador.

Por consiguiente, es de vital importancia la diferenciación entre la perfección del contrato de compraventa y la transmisión de la propiedad, por cuanto, si bien el primer caso

en el Registro de la Propiedad]). Así, como ha añadido la DGT, únicamente en tales casos la entrega de arras con carácter previo a la transmisión de la propiedad de un inmuebles conllevará el devengo de la mencionada cuota variable de AJD, con independencia de si se pacta expresamente la inscripción en el registro e incluso de si se acuerda su no inscripción («pues al limitarse el artículo 621-8 a decir que el «referido acto puede hacerse constar en el Registro», no parece que el acceso al mismo esté condicionado a la solicitud expresa para que se inscriba, como sucede con el contrato de opción de compra en los términos que resultan del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, ni tampoco que la manifestación en contra impida la inscripción del acta»).

puede tener lugar con independencia del segundo, el segundo requerirá la existencia del primero más la denominada tradición del objeto vendido.

En concreto, conforme a consolidada jurisprudencia del TS, esta doble exigencia es la que se ha dado a conocer como la teoría del título y modo para poder determinar la transmisión del dominio, entendiéndose por *título* la causa jurídica que justifica la transmisión y por *modo* la entrega o tradición. Así, como el propio TS ha señalado, «la constancia en documento privado de un contrato de compraventa no transfiere por sí solo el dominio, si no se justifica la tradición de la cosa vendida», y ello con independencia de las posibles obligaciones futuras o que hayan quedado aplazadas¹³.

De este modo, para poder constatar la necesaria entrega, debe acudir al artículo 1.462 del CC, el cual prevé que «se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador». Sin embargo, cuando la venta se haga mediante escritura pública, añade que «el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario», siendo su fecha de formalización la de la pertinente adquisición a todos los efectos.

Así pues, cuando se entreguen las arras al vendedor y se constituyan como pagos anticipados, deberá tenerse en cuenta si puede considerarse o no que, en el mismo momento, se ha producido la transmisión de la propiedad del correspondiente bien inmueble, lo cual deberá analizarse en cada caso y tomando en consideración las previsiones del correspondiente acuerdo. A modo de ejemplo, la DGT ha considerado que el pago de las arras ocurría en el mismo momento en que la transmisión de la propiedad en un contrato privado de compraventa en el que su firma, además de venir acompañada del pago de las arras, comportaba la entrega de las llaves del inmueble objeto de venta a los compradores¹⁴, así como en el caso de que constara expresamente en el propio contrato que se vende «con plena transmisión de dominio», que «el comprador se subroga en la plenitud de los derechos y obligaciones que integran la esfera jurídica del vendedor respecto a la cosa objeto de la compraventa» y que «el comprador entra en la posesión de la cosa vendida en el día de hoy»¹⁵.

En consecuencia, si en el momento de la entrega de las arras no puede considerarse transmitida la propiedad del pertinente inmueble, su cobro por parte del vendedor tampoco tendrá ninguna implicación tributaria, quedando diferida hasta el instante en el que efectivamente se produzca¹⁶. Y las mismas consideraciones deben predicarse respecto a su

¹³ Entre muchas otras, STS de 27 de abril de 1983.

¹⁴ Contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0728/2019, de 2 de abril (NFC071884).

¹⁵ Contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V2416/2019, de 13 de septiembre (NFC073664).

¹⁶ En este sentido, así lo ha puesto de manifiesto la DGT en contestaciones a Consultas tributarias vinculantes como la V0397/2020, de 20 de febrero (NFC075125), al señalar que:

[...] la firma del contrato de arras penitenciales por el consultante no da lugar a una variación en el valor de su patrimonio puesta de manifiesto como consecuencia de una alteración en la

pago realizado por el comprador, ya que las arras únicamente originan unos derechos a las partes sobre la futura compraventa, sin que se produzca variación alguna en el valor de su respectivo patrimonio ni ninguna alteración en su composición.

De este modo, será cuando se produzca la transmisión de la propiedad que la cuantía obtenida por el vendedor a consecuencia de la venta constituirá una ganancia o pérdida patrimonial susceptible de imposición, ya que, de conformidad con el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), será en este momento en el que, al dejar el inmueble de formar parte de su patrimonio, la ganancia o pérdida quedará puesta de manifiesto a causa de una alteración patrimonial.

Además, así se desprende también del artículo 14.1 c) de la LIRPF al señalar que la imputación temporal de las pérdidas o ganancias patrimoniales se realizará «al periodo impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial»¹⁷, de modo que la cantidad percibida en concepto de arras con anterioridad a la transmisión de la propiedad pasará a formar parte del valor de transmisión del bien inmueble con el que se deberá calcular la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial en el momento en que se produzca¹⁸.

De hecho, esta es una de las diferencias más importantes a nivel tributario entre la cantidad percibida en concepto de arras y la prima obtenida por la constitución de un derecho de opción de compra, por cuanto, en este último caso, el pago recibido sí que deberá tributar por el IRPF en el momento en el que se otorgue el mencionado derecho (ya que, al constituir una limitación al *ius disponiendi* del concedente –en tanto que el titular del derecho será

composición de aquel a efectos de su calificación como ganancia o pérdida patrimonial. Dicha ganancia o pérdida patrimonial se producirá cuando se efectúe, en su caso, la transmisión de la vivienda.

De modo que la cantidad percibida «formará parte del importe real de enajenación del inmueble a efectos de la determinación del valor de transmisión en el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial derivada de venta del mismo».

¹⁷ Entre muchas otras, véase en este sentido la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V2993/2018, de 21 de noviembre (NFC070493).

¹⁸ En la misma línea, tales consideraciones son directamente aplicables al gravamen de TPO que, en su caso, también gravará la oportuna compraventa, por cuanto, de conformidad con el artículo 49.1 a) del TRLITPAJD, su devengo tendrá lugar el día en el que se produzca la efectiva transmisión. No obstante, si la compraventa tributa por el impuesto sobre el valor añadido (IVA), el vendedor deberá repercutir el impuesto sobre la entrega de las arras entregadas, ya que, de conformidad con el artículo 75.Dos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, «en las operaciones sujetas a gravamen que originen pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos». En este sentido, véanse, respectivamente, las contestaciones de la DGT a las Consultas tributarias vinculantes V1712/2017, de 3 de julio (NFC065936); y V1665/2007, de 27 de julio (NFC027185).

el único que tendrá capacidad para decidir sobre el futuro de la compraventa-, se produce una alteración en la composición del patrimonio del potencial vendedor que pone de manifiesto una ganancia patrimonial¹⁹. Y todo ello sin olvidar que, mientras que el gravamen de la oportuna ganancia que proceda de las arras, al derivar de una transmisión patrimonial, se integrará en la base imponible general del impuesto (que puede ser gravada actualmente con un tipo de gravamen total de hasta el 45 %), la ganancia derivada de la constitución del derecho de opción de compra formará parte de la base del ahorro (susceptible de ser gravada hasta un 23 %)²⁰.

Finalmente, también procede dejar claro que el pago o cobro de las arras antes de la transmisión de la propiedad tampoco tendrá implicación respecto a los beneficios fiscales que pudieran derivar de la compra del bien inmueble, ya sea para el comprador (a efectos de entender consolidada la exención de las ganancias patrimoniales derivada de su reinversión en una nueva vivienda habitual –art. 38 LIRPF–)²¹ o para el vendedor (tanto a la hora de aplicar la misma exención como a efectos de poder acogerse a la prevista para las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformidad con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia –art. 33.4 b) LIRPF–)²².

4. La entrega de las arras en el momento de la transmisión de la propiedad

Como se señalaba, si las arras, con independencia de su tipo, se configuraran como un pago anticipado y se entregaran al vendedor en el momento de la transmisión de la propiedad del objeto de la compraventa, sí que el vendedor deberá tributar por la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial derivada de dicha operación, a no ser que resulte de aplicación la exención de las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación

¹⁹ Respecto a su tributación detallada y justificada, véase, entre otras, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de abril de 2012 (RG 4144/2010 –NFJ046880–).

²⁰ Artículos 45, 46, 47, 63, 66, 74 y 76 de la LIRPF. A pesar de sus similitudes, véase una distinción entre las arras y el contrato de opción de compra en Urrea Salazar (2015, pp. 34 y 35).

²¹ En este sentido, véase la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V2036/2014, de 28 de julio (NFC051833).

²² *A contrario sensu*, admitiendo la aplicación de la exención prevista en el artículo 33.4 b) de la LIRPF a pesar de que el contrato de arras se firmara antes de que el comprador cumpliera los 65 años, véase la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0155/2010, de 4 de febrero (NFC037282).

de dependencia severa o de gran dependencia conforme a la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (art. 33.4 b) LIRPF).

Sin embargo, el vendedor tampoco deberá tributar por las potenciales ganancias que procedan de la transmisión de su vivienda habitual si opta por reinvertirlas en la adquisición de una vivienda habitual nueva, inversión que, como señala el artículo 38 de la LIRPF, deberá realizarse en el periodo máximo de dos años.

En cualquier caso, si deben someterse a imposición las oportunas ganancias, no se generarán dificultades relevantes si el cobro del total del precio pactado se recibe dentro del mismo año natural, pero, si se materializa en distintos periodos impositivos, pueden tener lugar distintos escenarios. Y es que, de conformidad con el artículo 14.2 d) de la LIRPF, solo cuando el precio se perciba, total o parcialmente, mediante pagos sucesivos y el periodo transcurrido entre la entrega o la puesta a disposición y el vencimiento del último plazo sea superior al año, el vendedor puede optar por imputar proporcionalmente la renta derivada de la transmisión a medida que se hagan exigibles los cobros correspondientes.

Por consiguiente, si la entrega de las arras y el cobro total de la compraventa tiene lugar en diversos periodos impositivos, solo en caso de que medien las condiciones señaladas el vendedor podrá optar por ir imputando proporcionalmente las rentas obtenidas, quedando obligado a tributar por la totalidad de la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial en el momento en el que se produzca la transmisión de no ser así²³.

En consecuencia, tanto con el fin de garantizar un mismo trato a todos los contribuyentes como con el objetivo de facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, resultaría más apropiado que la norma dejara de hacer referencia al año, permitiendo la posibilidad de elegir entre la tributación total o proporcional siempre que la entrega o la puesta a disposición y el vencimiento del último plazo tuvieran lugar en periodos impositivos diferentes.

De todos modos, tanto si se procede a su tributación prorrateada como si no, la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial deberá determinarse, según el artículo 34.1 a) de la LIRPF, por «la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales», estando cada uno de ellos conformado por los conceptos que detalla el artículo 35 de la misma ley.

Así, por lo que respecta al valor de adquisición, integrará el importe real por el que se hubiera realizado la adquisición del bien transmitido por parte del vendedor (aunque prevalecerá el valor de mercado si hubiera resultado inferior), el coste de las inversiones y mejoras efectuadas en el mismo, los gastos y tributos inherentes a su adquisición (excluidos los intereses

²³ En este sentido, véase la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V2416/2019, de 13 de septiembre (NFC073664).

que hubieran sido satisfechos por él) y el importe de la amortización que pudiera corresponder. No obstante, como declaró la STS de 21 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2068/2014 –NFJ061286–), si una Administración tributaria, aunque sea autonómica, hubiera determinado el precio de enajenación del inmueble, mediante una comprobación de valores, en un valor distinto al efectivamente satisfecho (como puede ser en sede del gravamen de TPO), la Administración del Estado quedará vinculada a efectos del IRPF por dicha valoración, lo cual, considerando que de la comprobación solo derivará una liquidación si el valor otorgado por la Administración resulta mayor al declarado, conllevará una menor tributación de la ganancia patrimonial en el IRPF que si se considerase el importe efectivamente abonado²⁴.

Por su parte, el valor de transmisión será el importe real por el que la enajenación se lleve a cabo (prevaleciendo nuevamente el valor de mercado si fuera inferior), al que se podrán deducir los gastos y tributos inherentes a su adquisición satisfechos por el transmitente (punto en el que la DGT considera que se deberán entender como tales «aquellos que correspondan a actuaciones directamente relacionadas con la compra y la venta del inmueble», como «el importe de los honorarios del abogado contratado para la elaboración de los contratos de arras y de compraventa y el asesoramiento en la operación de la transmisión de la vivienda»²⁵).

No obstante, procede dejar claro que esta forma de tributación del vendedor será la que procederá siempre que se trate de una compraventa particular, ya que, siendo el contribuyente un empresario o profesional persona física, la imposición podrá variar (concretamente en función de si el bien inmueble está afecto a una actividad económica o si la transmisión es consecuencia del desarrollo de la misma)²⁶.

Así, si la compraventa de inmuebles o la promoción inmobiliaria es la actividad económica que realiza un empresario o profesional persona física, las ganancias que obtenga de las transmisiones de bienes inmuebles constituirán su rendimiento de actividades económicas

²⁴ Así, como resaltó López Miguel (2016), el TS hace prevalecer el principio de unicidad de la Administración frente al de estanciedad de los tributos (p. 25).

²⁵ Contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V1974/2017, de 21 de julio (NFC066200).

²⁶ En este punto, recuérdese que, de conformidad con el artículo 27.1 de la LIRPF:

[...] se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Asimismo, no está de más añadir que, actualmente, los requisitos de contar, al menos, con una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa para que proceda su consideración como tal, se limitan, exclusivamente, a la actividad de arrendamiento de inmuebles, sin que en los casos de compraventa de inmuebles o promoción inmobiliaria resulten de aplicación.

(integrado, de conformidad con el art. 48 LIRPF, en la base imponible general del impuesto), debiéndose calificar tales operaciones como ventas de existencias²⁷.

No obstante, si se trata de la venta de un bien inmueble afecto a una actividad económica, el artículo 28.2 de la LIRPF establece que las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de su transmisión no se incluirán dentro de los rendimientos de actividades económicas, sino que deberán tributar conforme a las reglas generales de las ganancias y pérdidas patrimoniales. Sin embargo, en tales casos, se considerará como valor de adquisición el pertinente valor contable (sin perjuicio de las especialidades que reglamentariamente puedan establecerse respecto a las amortizaciones que minoren dicho valor –art. 37.1 n) LIRPF–), si bien no se entenderá producida la afectación si el bien se enajena antes de que transcurran tres años desde la misma (art. 28.3 LIRPF).

Finalmente, procede añadir que la transmisión de la propiedad del bien inmueble que se produzca en tales casos también podrá tener implicación en el IRPF del adquirente, como puede ser, si es un empresario o profesional, respecto a la deducción en la cuota íntegra de los rendimientos netos de actividades económicas aplicados en inversiones inmobiliarias afectas a actividades económicas del propio contribuyente (art. 68.2 b) LIRPF). Sin embargo, también podrá ocurrir si se trata de particulares, concretamente en relación con la no tributación de las ganancias obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual si su importe se reinvierte en la adquisición de una nueva vivienda habitual (art. 38 LIRPF)²⁸.

5. El cobro o restitución doblada de las arras tras el desistimiento o incumplimiento de una de las partes

Tal y como se señalaba, de conformidad con el artículo 1.454 del CC, las arras penitenciales habilitan a las partes a resolver el contrato, de modo que, si quien lo hace es el comprador, pierde definitivamente las arras entregadas, y, si es el vendedor, debe restituirlas dobladas. Por consiguiente, en ambos casos, se produce una variación definitiva en el valor

²⁷ Al respecto, así lo ha puesto de manifiesto la propia DGT, la cual, tras recordar que constituye doctrina reiterada que la promoción inmobiliaria para su posterior venta a terceros, en su totalidad o en parte, supone, en todo caso, una actividad económica («al existir una ordenación por cuenta propia de medios productivos con la finalidad de vender los inmuebles promovidos»), ha señalado que, cuando este sea el caso, «los inmuebles construidos tendrán la consideración de existencias y su transmisión generará rendimientos de actividades económicas y no ganancias o pérdidas patrimoniales». (Contestación a la Consulta tributaria vinculante V0761/2011, de 24 de marzo –NFC040936–).

²⁸ En este caso, la adquisición del bien inmueble podría dar lugar a la consolidación de la exención que ya se viniera aplicando, a pesar de que el pago total de la compra se realizara con posterioridad (véase en este sentido, la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V2036/2014, de 28 de julio –NFC051833–).

del patrimonio tanto del vendedor como del comprador, la cual se pone de manifiesto con ocasión de una alteración en su composición. Y lo mismo ocurre en relación con las arras penales en caso de que una de las partes incumpla sus obligaciones, supuesto que, igual que en el anterior, no procederá la indemnización por daños y el abono de intereses que prevé el artículo 1.124 del CC (en el primer caso, por no existir incumplimiento, y, en el segundo, por ser su importe el de las propias arras penales, a no ser que se hubiera pactado lo contrario).

No obstante, también así ocurrirá respecto a las arras confirmatorias en aquellos casos en los que, habiéndose imputado su pago al precio de la futura compraventa, quien incumpla sea el comprador, supuesto en el que, si el vendedor exige tanto el cumplimiento como la resolución del contrato, podrá quedarse con las cantidades entregadas bajo dicho concepto como parte del resarcimiento de daños y el abono de intereses al que tendrá derecho conforme al mencionado artículo 1.124 del CC.

Por consiguiente, y al no calificarse su obtención en tales casos como un rendimiento por la LIRPF, quedará integrada dentro del concepto de ganancias patrimoniales definido en el artículo 33 de esta ley, incluso en el caso de que se hubiera imputado su importe al pago de la futura compraventa en el momento de su entrega inicial²⁹. Asimismo, al ser su abono obligatorio, su cuantía podrá declararse como pérdida patrimonial por parte del pagador imputable al periodo en el que pierda su propiedad, pérdida que, igual que la correspondiente ganancia, deberá integrarse en la base imponible general del impuesto al no derivar de la transmisión de un elemento patrimonial (arts. 45 y 48 LIRPF)³⁰.

²⁹ Al respecto, así lo ha reconocido la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (anteriormente, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE–) en sentencias como la STJCE de 18 de julio de 2007 (asunto C-277/05 –NFJ026002–), *Société thermale d'Eugénie-Les-Bains*, al dejar claro que la percepción definitiva de las arras que se queda el vendedor (en el caso, un prestador de servicios) ante el desistimiento del comprador, a pesar de que su entrega se hubiera imputado inicialmente al precio resultante de la prestación de servicios, «no constituye la retribución de una prestación y no forma parte de la base imponible del IVA». Por ello, y justamente a consecuencia de la mencionada STJCE, la DGT cambió su criterio ante tales casos respecto a su tributación en el IVA, señalando en la contestación a la Consulta tributaria vinculante V0517/2008, de 7 de marzo (NFC028842), relativa justamente a la compraventa de un bien inmueble, que:

[...] la cantidad del precio retenida en concepto de penalización por los perjuicios causados al incumplirse por el comprador de la vivienda los compromisos adquiridos, no constituye contraprestación de entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, por lo que la promotora no deberá repercutir el citado tributo por la retención de la referida cantidad, estando obligada a la emisión de una factura rectificativa por el total de las cantidades anticipadas por el comprador [lo cual es plenamente aplicable a las arras penitenciales en caso de desistimiento e incluso, en los términos expuestos, a las confirmatorias].

Para un mayor desarrollo de este extremo, véase Martínez Alonso (2009).

³⁰ Entre muchas otras, respecto a su calificación como pérdida patrimonial no derivada de la transmisión de bienes inmuebles, véase la contestación de la DGT a las Consultas tributarias vinculantes V2424/2006, de 1 de diciembre (NFC023879); V1166/2017, de 16 de mayo (NFC065204); o V1579/2020, de 26 de

Y a tal efecto, como ha precisado la DGT, en nada afectarán los beneficios fiscales relativos a las ganancias patrimoniales derivadas de la venta de la vivienda habitual del contribuyente (como es el caso del art. 33.4 LIRPF), en tanto que, como es lógico, la transmisión no se ha llegado a producir³¹.

En concreto, de conformidad con el artículo 14.1 c) de la LIRPF, la imputación temporal de la correspondiente pérdida o ganancia patrimonial deberá efectuarse al periodo impositivo durante el que tenga lugar la alteración patrimonial, circunstancia que se producirá en el año en el que, incumplido o desistido el contrato, surja el derecho a su percepción³². Sin embargo, procede recordar que, si tras la oportuna integración y compensación de las pérdidas conforme al artículo 48 de la LIRPF quedase saldo negativo, podrán seguir compensándose durante los cuatro años siguientes en la cuantía máxima que permita cada uno, sin que pueda practicarse la compensación fuera de este plazo de cuatro años mediante su acumulación a pérdidas patrimoniales de ejercicios posteriores.

No obstante, debe puntualizarse que, si la pérdida de las arras entregadas o su restitución doblada hubiera sido objeto de litigio, no se podrá imputar la pertinente pérdida o ganancia patrimonial hasta que la correspondiente resolución judicial que determine el derecho a su percepción adquiera firmeza (art. 14.2 a) LIRPF), pues será la firmeza de la sentencia la que producirá la correspondiente alteración en la composición del patrimonio sin que hubiera mediado un periodo de generación.

Y a tal efecto, ha precisado la DGT que únicamente la cantidad entregada en concepto de arras constituirá el importe de la correspondiente pérdida o ganancia (aunque, lógicamente, si el vendedor las devuelve duplicadas al comprador, solo tributará la parte que duplique las que él mismo ya entregó), ya que el coste de los letrados, peritos, procuradores, notarios y las propias costas judiciales soportadas durante el procedimiento judicial deben tener la consideración de aplicación de la renta del contribuyente a su propio consumo (por lo que no puedan computarse, de acuerdo con el art. 33.5 b) LIRPF, como pérdidas patrimoniales). Asimismo, con base en tales razonamientos, también ha negado su calificación como pérdidas a los gastos ocasionados en el intento de compraventa del bien inmueble, como pueden ser los derivados de una agencia inmobiliaria o una notaría³³.

mayo (NFC076086); mientras que puede verse su calificación como ganancia patrimonial en los mismos términos en la Consulta 799/2000, de 7 de abril (NFC076089).

³¹ Véase al respecto la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0397/2020, de 20 de febrero (NFC075125).

³² Al respecto, como ha precisado la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0397/2020, de 20 de febrero (NFC075125), «las cantidades percibidas por el vendedor en concepto de arras se calificarán como ganancia patrimonial y se imputarán al periodo impositivo en que este pueda proceder a su ejecución, en los términos del contrato».

³³ A tal efecto, véase la contestación de la DGT a las Consultas tributarias vinculantes V2424/2006, de 1 de diciembre (NFC023879); y V1684/2009, de 15 de julio (NFC034779).

Sin embargo, sí que podrán incluirse como pérdidas las costas procesales que, en su caso, se deban satisfacer a la parte vencedora del juicio, dado que el carácter ajeno a la voluntad del pagador que tiene su abono imposibilita su consideración como aplicación de renta al consumo del contribuyente y no puede incluirse en ninguno de los otros supuestos que el artículo 33.5 de la LIRPF excepciona de su cómputo³⁴.

Y al respecto, es importante destacar que, en caso de recibirse, junto con las arras, el cobro de la condena en costas por la parte vencedora, dicha cuantía también deberá tributar en concepto de ganancia patrimonial no derivada de la transmisión de elementos patrimoniales, sin que tampoco pueda practicarse la resta de gasto alguno³⁵.

No obstante, tanto en relación con la tributación de las arras como de las costas procesales en tales casos, deben destacarse algunas importantes cuestiones problemáticas que se plantean, concretándose, en primer lugar, en el sometimiento a imposición de una capacidad económica ficticia por lo que respecta a su cobro.

Así, como señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 26/2017, de 16 de febrero (NCJ062176), en ningún caso se puede «establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial, o, lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia», y esto es justamente lo que ocurre en ambos casos.

De hecho, en relación con las costas judiciales, así lo puso de manifiesto el propio Defensor del Pueblo en la Recomendación de 18 de julio de 2017, donde planteó y sugirió estudiar la pertinente modificación de la regulación del IRPF con el fin de limitar su tributación como ganancia patrimonial a la parte que exclusivamente pudiera exceder de los gastos efectivamente soportados por el contribuyente derivados del proceso. No obstante, en realidad, es altamente improbable que pueda tener lugar dicho supuesto, en tanto que, como ha declarado el TS, su pago constituye el «reintegro al litigante que obtiene una sentencia favorable con condena en costas, por parte de quien resulta condenada en tal concepto, de los gastos por aquel realizados»³⁶.

Por consiguiente, e igual que ocurre con las arras cobradas a consecuencia y en restitución de un desistimiento o incumplimiento contractual, únicamente debería someterse a

³⁴ En este sentido, véase la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0598/2008, de 28 de marzo (NFC028806).

³⁵ Entre otras, véanse las contestaciones de la DGT a las Consultas tributarias vinculantes V3264/2017, de 21 de diciembre (NFC067355); o V1425/2019, de 13 de junio (NFC072627).

³⁶ STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. núm. 3027/1999 –NFJ023849–). Y a tal efecto no hay que olvidar que, de conformidad con el artículo 242 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), existe la posibilidad de solicitar la tasación de costas, en la que se deberán aportar «los justificantes de haber satisfecho las cantidades cuyo reembolso reclame».

gravamen la parte que sobrepase de los gastos que su pago pretende cubrir (ya sean derivados de un proceso judicial o de los eventuales daños y perjuicios causados), es decir, el importe que realmente constituya una ganancia patrimonial susceptible de imposición (siguiendo, en definitiva, la misma lógica que se aplica al calcular las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de bienes inmuebles³⁷).

Y es que, de hecho, en relación con las indemnizaciones, contempla el artículo 37.1 g) de la LIRPF que solo conllevarán el gravamen de la oportuna ganancia patrimonial cuando comporten «un aumento en el valor del patrimonio del contribuyente», tras señalar que, en las «indemnizaciones o capitales asegurados por pérdidas o siniestros en elementos patrimoniales, se computará como ganancia o pérdida patrimonial la diferencia entre la cantidad percibida y la parte proporcional del valor de adquisición que corresponda al daño».

Además, igual que ocurre con los rendimientos del trabajo³⁸, debería permitirse en todo caso la deducción en las ganancias patrimoniales de los gastos en defensa jurídica soportados (siempre que, lógicamente, no se restituyan mediante la correspondiente condena en costas judiciales), lo cual no solo resulta conveniente desde la óptica del principio de capacidad económica, sino también para otorgar el debido respeto al derecho a la tutela judicial efectiva³⁹.

³⁷ No obstante, es importante resaltar que, en los casos de transmisión de los bienes inmuebles, el artículo 35 de la LIRPF solo permite integrar dentro del valor de adquisición o transmisión a efectos de determinar la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial el coste soportado de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes y los gastos y tributos inherentes a su adquisición o transmisión, excluidos los intereses, satisfechos por el contribuyente, quedando fuera los que no tengan que ver estrictamente con la adquisición o transmisión. Así, por ejemplo, como ha señalado la DGT:

[...] los honorarios profesionales satisfechos por los consultantes por las acciones emprendidas para evitar la demolición del inmueble no se computarán como mayor valor de adquisición o menor valor de transmisión al no tratarse de gastos inherentes a la adquisición ni a la transmisión, ni tampoco se consideran pérdida patrimonial en virtud de lo dispuesto en el artículo 33.5.b de la Ley del Impuesto, al tratarse de una aplicación de renta o gasto. (Contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V1365/2017, de 2 de junio –NFC065496–).

³⁸ En concreto, señala el artículo 19.2 e) de la LIRPF que, a la hora de determinar el rendimiento neto del trabajo susceptible de imposición, tendrán la consideración de gastos deducibles los «de defensa jurídica derivados directamente de litigios suscitados en la relación del contribuyente con la persona de la que percibe los rendimientos, con el límite de 300 euros anuales», de la misma forma que pueden encontrarse disposiciones al respecto en algunas comunidades autónomas (como es el caso del art. 15 ter del texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, al contemplar una deducción de la cuota íntegra autonómica para los trabajadores que «contraigan gastos de defensa jurídica en procedimientos judiciales de despido, extinción de contrato o reclamación de cantidades», cuyo importe será el de dichos gastos, con el límite de 200 €).

³⁹ A tal efecto, como ha puesto de manifiesto el TC en sentencias como la STC 140/2016, de 21 julio (NCJ061472):

En relación con el mismo, así lo pone de manifiesto Achón Bruñén (2020), al señalar que:

[...] obligar a tributar por una ganancia patrimonial que, además de inexistente, supone en numerosos casos un aumento muy importante de la base imponible general con respecto a los rendimientos de trabajo de un ciudadano medio, con el correspondiente aumento de la cantidad a pagar, disuade al interesado en el ejercicio de acciones ante los Tribunales y, por tanto, condiciona y afecta negativamente al derecho fundamental de acceso a la justicia reconocido como derecho fundamental en el artículo 24.2 CE.

Y es que, respecto a la tributación de las costas judiciales, cada vez son más tanto las resoluciones económico-administrativas como las sentencias que se empiezan a posicionar en esta línea, como es el caso de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Murcia de 11 de enero de 2019 (RG 4351/2016 –NFJ073538–) (al señalar que las costas judiciales ganadas deben tributar tras la «deducción de los gastos acreditados de asistencia jurídica judicial y extrajudicial en que haya incurrido el obligado tributario con ocasión del procedimiento judicial que ha originado la condena en costas») o de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de diciembre de 2019 (recs. núms. 1089/2018 –NFJ077157– y 1203/2018 –NFJ077243–)⁴⁰.

No obstante, respecto al cobro de la condena en costas judiciales, cierto es que tales consideraciones carecen de sentido en el caso de los empresarios y profesionales personas físicas que, de acuerdo con el artículo 28 de la LIRPF, determinen su rendimiento neto de actividades económicas por estimación directa conforme a las normas del impuesto sobre sociedades, por cuanto es criterio de la DGT que «la deducibilidad de los gastos está condicionada por el principio de su correlación con los ingresos, de tal suerte que aquellos respecto a los que se acredite que se han ocasionado en el ejercicio de la actividad serán deducibles».

Por consiguiente, si los gastos que viene a resarcir la condena en costas judiciales cobrada estuvieran vinculados con la actividad económica desarrollada (no con la esfera particular del contribuyente) y si así se pudiera probar de forma suficiente, ya habrían sido fiscalmente deducidos, por lo que su obtención sí que constituiría un incremento de riqueza.

[...] el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras (del acceso a la jurisdicción), siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución.

⁴⁰ En este caso, como establecen expresamente, «debe considerarse ganancia patrimonial a efectos de IRPF solo en la parte que exceda de los importes abonados como costes del proceso, debidamente acreditados [...], pues lo contrario supondría gravar una ganancia ficticia, no real».

za susceptible de imposición⁴¹. Y las mismas consideraciones no son solo aplicables a los gastos que, en su caso, vengan a cubrir las arras susceptibles de deducción, sino también a cómo tributará para el pagador el abono de las mismas.

6. La restitución justificada de las arras

Finalmente, cabe analizar la tributación que corresponderá en aquellos casos donde proceda la restitución de las arras entregadas por el comprador, ya sea de las arras confirmatorias ante el incumplimiento del contrato por parte del vendedor o, siendo de cualquier tipo, por proceder una causa justificada.

Así, respecto al primer caso, recuérdese que las arras confirmatorias tienen la mera consideración de pagos a cuenta, por lo que, sin ir más lejos, su restitución podría quedar incluida dentro del derecho que prevé la disposición adicional primera. Cuatro de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, respecto a las cuantías abonadas como anticipo del precio y con la finalidad de aplicarlas a la construcción (concretamente, el derecho del comprador, ante el incumplimiento del vendedor, a la «devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales»)⁴².

De igual forma, como estableció la STS 527/2016, de 12 de septiembre (rec. núm. 1933/2014 –NCJ061546–), la misma obligación debe proceder cuando «el contrato de compraventa no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística», procediendo la restitución de las arras ante la declaración de la nulidad del contrato de compraventa con independencia de su tipo.

Además, también así puede pasar en caso de que, con posterioridad a la constitución de las obligaciones y antes de su cumplimiento, concurra una causa de imposibilidad sobrevinida liberatoria, por cuanto, como ha señalado el TS:

[...] la imposibilidad de cumplir la prestación debida, cuando no sea originaria, sino sobrevinida respecto del momento de perfección del contrato fuente de la obli-

⁴¹ En este sentido, véase, entre otras, la contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V0999/2016, de 14 de marzo (NFC059259).

⁴² Al respecto, se contempla la correlativa obligación del promotor en caso de que, a causa de su incumplimiento, el adquirente rescinda el contrato, ya sea por no haber iniciado la construcción o materializado la entrega de la vivienda en las fechas acordadas (siempre y cuando, como ha precisado el TS, el derecho a resolver se ejercite antes de que, estando la vivienda terminada y en disposición de ser entregada, el vendedor requiera al comprador para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, incluso con posterioridad a la fecha pactada (STS de 5 de mayo de 2014 [rec. núm. 328/2012])).

gación, además de absoluta, definitiva y no imputable al deudor, libera al mismo –artículos 1182 y 1184 del Código Civil (Digesto, 50.17.185: *impossibilium nulla obligatio est*)– y, en caso de que la relación de obligación sea sinalagmática [como ocurre ante una compraventa], constituye causa de su resolución, ya que determina una situación de incumplimiento –pese a no ser este atribuible al obligado–⁴³.

En concreto, como también ha especificado, dicha imposibilidad puede ser de hecho, de derecho o económica⁴⁴, sin que en ningún caso permita el requerimiento del resarcimiento de daño alguno⁴⁵.

Igualmente, la restitución justificada de las arras también puede proceder por la mera aplicación del artículo 621-49 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, ya que, como señala:

[...] si el contrato de compraventa prevé la financiación de todo o parte del precio por una entidad de crédito, el comprador, salvo pacto en contra, puede desistir del contrato si justifica documentalmente, en el plazo pactado, la negativa de la entidad designada a conceder la financiación o a aceptar la subrogación del comprador en la hipoteca que grava el inmueble, salvo que la denegación se derive de la negligencia del comprador».

De todos modos, y con independencia del mencionado precepto, nada impide que las partes hubieran pactado la propia restitución justificada de las arras (aunque será necesario que así lo hubieran hecho constar expresamente en el propio contrato)⁴⁶, de la misma forma

⁴³ STS 604/2013, de 22 de octubre (rec. núm. 1055/2011).

⁴⁴ En este sentido, tras considerar «ejercitable la facultad de resolución cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento», la STS de 20 de abril de 1994 señaló que:

[...] la imposibilidad de la prestación no solo puede ser física o legal, sino también económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo.

Para un mayor desarrollo acerca de los requisitos para la procedencia de la imposibilidad sobrevenida en las operaciones relacionadas con bienes inmuebles, véase el análisis realizado por Albiñana Cilveti (2018, pp. 115-140).

⁴⁵ En concreto, tras analizar la jurisprudencia del TS al respecto, así lo afirma Martínez De Quel Moreno (2015, p. 330).

⁴⁶ Siguiendo con la no obtención de la debida financiación por parte del comprador de un inmueble sin que sea de aplicación del Derecho Civil catalán, pueden destacarse a tal efecto las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013 (recs. núms. 1579/2010 –NCJ057764– y 1318/2011, respectivamente), donde, si bien se deniega la posibilidad de dejar sin efecto el contrato de compraventa al no poder cumplir el comprador con las obligaciones asumidas por falta de financiación, se especifica que así debe resolverse por no haberse pactado expresamente dicha posibilidad.

que así procederá ante la resolución contractual con restitución recíproca de las prestaciones, sin perjuicio de la oportuna indemnización.

En cualquier caso, y con independencia de cuál sea el motivo, lo que está claro es que, siempre que proceda la legítima restitución de las arras entregadas por el comprador, no se produce realmente ninguna variación en el valor de su patrimonio ni una alteración en su composición, sino que, justamente, lo que se hace es resarcir su entrega como si nunca hubiera acontecido.

En concreto, como resalta la STS 193/2012, de 26 de marzo (rec. núm. 602/2009 –NCJ056646–), así se desprende de reiterada jurisprudencia del TS, al establecer que:

[...] es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1.295 del Código Civil al que expresamente se remite el art. 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1.303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1.123.

Por ello, y por lo que respecta a su estricto importe, su recuperación a nivel tributario no tendrá consecuencia alguna (sin perjuicio de la tributación de la indemnización y los intereses que, en su caso, pudieran proceder), a no ser que con la entrega de las arras se hubiera hecho efectiva la transmisión de la propiedad y procediera a dejarla sin efecto (caso en el que deberá regularizarse la situación tributaria tanto del vendedor como, en su caso, del comprador).

De hecho, respecto a la resolución contractual con restitución recíproca de las prestaciones «volviendo al estado jurídico inicial como si el contrato de compraventa de la vivienda no se hubiera celebrado», así lo ha señalado expresamente la DGT, la cual, si bien ha reconocido que «no comporta –a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y respecto a esa restitución– variación alguna en el valor del patrimonio del contribuyente que pudiera determinar la existencia de una ganancia o pérdida patrimonial», cabrá regularizar las consecuencias tributarias de «los efectos retroactivos al momento anterior a la celebración del contrato [...], pues se considera que no se ha llegado a producir la adquisición de la vivienda»⁴⁷.

⁴⁷ Contestación de la DGT a la Consulta tributaria vinculante V1114/2019, de 21 de mayo (NFC072283).

7. Conclusiones

Como ha quedado puesto de manifiesto, la tributación en el IRPF de las arras relacionadas con la compraventa de bienes inmuebles es de carácter complejo, ya sea por los efectos de su diferente tipología (penitenciales, penales o confirmatorias), por las distintas situaciones en las que puede tener lugar su pago o cobro (antes o después de la transmisión de la propiedad, en caso de incumplimiento, ante el desistimiento legítimo de una de las partes o en caso de su restitución justificada), por la configuración de su pago (realizándose o no a un tercero e imputándose o no al precio de la futura compraventa), por las características del sujeto pasivo (en función de si se trata de un particular o de una persona física empresario o profesional) o por la regularización del propio tributo que pueden conllevar.

En concreto, mientras que hay supuestos en los que su pago o percepción no tendrá consecuencia tributaria alguna, en otros su cobro estará exento, de la misma forma que habrá situaciones en las que deberá tener la consideración de rendimiento de actividades económicas. Asimismo, y aunque en algunos casos procederá su declaración como ganancia o pérdida patrimonial, estas también podrán ser de dos tipos, en función de si se entienden derivadas de la transmisión de un elemento patrimonial (y, por consiguiente, se integran en la base imponible general del impuesto) o no (formando parte, por tanto, de la base imponible del ahorro).

No obstante, con el fin de mejorar la normativa actualmente vigente, no solo sería adecuado introducir algunas modificaciones a nivel civil, sino que, con el fin de otorgar un mayor respeto a los principios de justicia tributaria, también deberían reformularse algunas previsiones en el ámbito del IRPF.

Así, en relación con el Derecho Civil, destaca la especial conveniencia que tendría regular de forma específica los tres tipos de arras concretando detalladamente sus efectos, tanto por lo que respecta al derecho común como a los diferentes derechos forales. Asimismo, tanto con el fin de evitar los largos y costosos procedimientos judiciales como para ofrecer una mayor protección al comprador (ya sea para impedir que el transmitente pueda vender el bien a un tercero o a efectos de hacer irrelevante su insolvencia en caso de incumplimiento, especialmente en las compraventas de bienes inmuebles no construidos), resultaría más que adecuada la extensión de la posibilidad de formalizar un acta notarial de depósito de arras penitenciales que prevé el Derecho Civil catalán, la cual, además de poder inscribirse en el Registro de la Propiedad, conlleva, si se registra, la pertinente afectación del bien a su devolución. Por ello, y a pesar de su mayor coste fiscal (en tanto que la formalización del acta comportará, con independencia de su inscripción, el devengo de la cuota fija y variable del gravamen de documentos notariales de AJD), la previsión de dicha posibilidad voluntaria no solo debería extenderse a todo el Derecho Civil, sino que también debería contemplarse con independencia del tipo de arras.

Y en la misma línea, ya sea con el fin de proteger el ahorro de los particulares o por razones tanto de economía procesal como de justicia material, sería más que adecuado ex-

tender la previsión general de su legítima restitución ante la imposibilidad de obtención del crédito necesario, es decir, si, previendo el contrato de compraventa la financiación de todo o parte del precio por una entidad de crédito, el comprador justificara documentalmente la negativa de la entidad previamente designada sin que resultara imputable a su propia negligencia (salvo, lógicamente, que se hubiera pactado lo contrario).

Por su parte, tanto con el fin de garantizar un mismo trato a todos los contribuyentes como con el objetivo de facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, también resultaría más que apropiado que la LIRPF dejara de hacer referencia al año a la hora de permitir la elección entre la tributación total o proporcional de las ventas con pago aplazado, ofreciendo al contribuyente la posibilidad de elección siempre que la entrega o la puesta a disposición y el vencimiento del último plazo tengan lugar en periodos impositivos diferentes.

Asimismo, cuando el cobro de las arras se produzca ante un desistimiento o incumplimiento contractual, únicamente debería someterse a gravamen la parte que sobrepasara de los gastos derivados de los eventuales daños e intereses que vienen a cubrir (es decir, el importe que realmente constituya una ganancia patrimonial susceptible de imposición), debiéndose permitir especialmente la deducción de los gastos en defensa jurídica relacionados con la persona de la que se perciben (otorgando así un mayor respeto al derecho a la tutela judicial efectiva).

No obstante, dicha deducción no será necesaria cuando tales gastos se hayan tenido en cuenta en la determinación del rendimiento neto de las actividades económicas, del mismo modo que no procederá si el contribuyente hubiera resultado el beneficiario de la correspondiente condena en costas (la cual también debería tributar únicamente por la parte que no constituya una restitución, sino que conlleve un auténtico incremento patrimonial).

Por último, tanto con la finalidad de facilitar la gestión y tributación de las arras como con el objetivo de evitar controversias y gastos innecesarios, procede destacar la importancia de especificar de forma indubitada en el contrato o precontrato en el que se pacten cuáles son sus características y, sobre todo, sus efectos para cada una de las partes, de la misma forma que es de especial conveniencia considerar los criterios seguidos por la DGT a la hora de poder dejar claro si, en el momento de su entrega, también tiene o no lugar la transmisión de la propiedad del bien inmueble en cuestión.

Referencias bibliográficas

- Achón Bruñén, M. J. (2020). La tributación de las costas judiciales en el IRPF. *Revista de Jurisprudencia*, febrero.
- Albiñana Cilveti, I. (2018). La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 49, 115-140.
- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. (6.ª ed.). Thomson-Civitas.
- Lasarte, C. (1998). *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. (7.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- López Miguel, G. (2016). Sobre el «valor de adquisición» de un inmueble al efecto de declarar tras su venta la ganancia patrimonial en el IRPF: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2015. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, 160, 22-25.
- Martínez Alonso, J. I. (2009). Nuevo criterio de la DGT a efectos del IVA en relación con las arras entregadas en los contratos inmobiliarios. *Fórum fiscal de Álava, Mes 4*, 17-28.
- Martínez De Quel Moreno, I. (2015). La imposibilidad sobrevenida liberatoria: concepto y consecuencias indemnizatorias. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 13, 307-333.
- Muñoz Méndez, J. (2015). Las arras: modalidades y efectos. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, 149, 16-23.
- Urrea Salazar, M. J. (2015). El contrato de promesa de compra y las arras en la compraventa de bienes inmuebles. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, 156, 40-45.



Algunas reflexiones sobre la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria

Jorge de Juan Casadevall

Abogado del Estado (exc.)

Doctor en Derecho

Socio de Crowe

Extracto

Este trabajo aborda algunas cuestiones controvertidas que plantea la práctica administrativa aplicativa del supuesto especial de responsabilidad solidaria que contempla el artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria. Esta norma regula la responsabilidad solidaria de los que sean causantes o colaboren en la ocultación o transmisión de bienes y derechos que impidan la actuación de la Administración. El autor sostiene la tesis de que este precepto legal se refiere exclusivamente a la distracción de bienes que impiden la acción ejecutiva de la Administración tributaria, y acota su ámbito natural al procedimiento de recaudación ejecutiva. También reflexiona sobre la prescripción y la nula interferencia del proceso concursal en su consumación.

Palabras clave: responsabilidad tributaria; responsable solidario; concurso; prescripción.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 19-06-2020

Cómo citar: Juan Casadevall, J. de (2020). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 65-92.





Some reflections on joint and several liability according to the article 42.2 a) General Tax Act

Jorge de Juan Casadevall

Abstract

This work addresses some controversial issues raised by the administrative application practice of the special assumption of joint and several liability contemplated in article 42.2 a) of the General Tax Law. This norm regulates the joint and several liability of those who cause or collaborate in the concealment or transmission of goods and rights that prevent the Administration from acting. The author maintains the thesis that this legal provision refers exclusively to the distraction of assets that impede the executive action of the Tax Authority, and limits its natural scope to the procedure of executive collection. It also reflects on the statute of limitation and the null interference of the bankruptcy process in its consummation.

Keywords: tax liability; solidarity manager; bankruptcy; period of limitation.

Citation: Juan Casadevall, J. de (2020). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 65-92.





Sumario

1. Introito: la problemática aplicación administrativa del artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria (LGT)
2. Naturaleza jurídica, sentido y alcance del artículo 42.2 a) de la LGT
3. Sobre la prescripción del acto administrativo de declaración de la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la LGT
 - 3.1. Determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo
 - 3.2. Posibilidad legal de derivar la responsabilidad solidaria durante el concurso de acreedores
 - 3.3. Concurso de acreedores e interrupción de la prescripción del responsable no concursado

Referencias bibliográficas

1. Introito: la problemática aplicación administrativa del artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria (LGT)

El artículo 42.2 a) de la LGT prefigura un supuesto especial de responsabilidad solidaria, que escapa al molde dogmático clásico de los supuestos de responsabilidad tributaria, en los que el obligado tributario aparece como una suerte de garante *ex lege*, que aparece *junto al* obligado tributario contribuyente, en razón de su conexión subjetiva con este o con el hecho imponible. Por el contrario, el responsable solidario del artículo 42.2 a) de la LGT no parece vinculado al hecho imponible o al contribuyente, sino a los bienes o derechos sobre los que se puede materializar la realización forzosa de la deuda tributaria.

En la estructura típica del precepto legal se puede distinguir un elemento objetivo, «ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago», y un elemento subjetivo, vinculado a la intencionalidad de *impedir* la actuación de la Administración o, si se prefiere, un dolo tendencial de vaciamiento patrimonial. La terminología empleada nos aboca al ámbito del procedimiento administrativo de apremio y, en particular, a la frustración de la acción ejecutiva por actos dispositivos o de ocultación ejecutados por el responsable solidario. Así lo ha entendido la mejor doctrina¹.

Sin embargo, en los últimos tiempos se advierte una preocupante interpretación elástica y forzada del artículo 42.2 a) de la LGT por parte de la Administración tributaria, con el indisimulado propósito de subsumir en esta regla exorbitante de responsabilidad solidaria –tasada, estricta e insusceptible de extensión analógica–, casos que nada tienen que ver con el supuesto de hecho tipificado. En ocasiones, y aun a costa de forzar sobremanera su literalidad o las indeclinables exigencias de taxativa tipificación legal, se ha pretendido una suerte de subsunción inversa, encajando el precepto legal *ad casum*. Por ejemplo, en derivaciones administrativas de responsabilidad de deudas tributarias que no han entrado en vía ejecutiva, o que no existe deuda tributaria pendiente, o incluso que ni tan siquiera se ha devengado todavía, o en los que no ha existido un acto de despatrimonialización o impeditivo del embargo o realización forzosa. Por no hablar de aquellos casos en que no existe, en rigor semántico –y semiótico–, ocultación².

¹ Blázquez Lidoy (2004, p. 150) sostiene «que el artículo 42.2 a) opera en fase ejecutiva pero con anterioridad a que se tenga conocimiento del embargo. Y una vez que se ha iniciado el procedimiento de embargo entran el resto de supuestos de hecho». No compartimos, por el contrario, la mayor amplitud que algunos autores pretenden dar a este precepto legal, desconectándolo incluso del periodo ejecutivo. Véase, en este sentido, Jiménez Compaired (2011).

² El diccionario de la Real Academia de la Lengua define «ocultar» como «esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista», y, en su segunda acepción, como «callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir,

Otra cosa es que concurra eventualmente otro título de responsabilidad tributaria, como la subsidiaria por el artículo 43.1 a) de la LGT, o al último administrador de la sociedad al cesar su actividad, por el artículo 43.1 b) de la LGT, que no pueda derivarse porque no se ha cometido infracción tributaria o no se ha declarado la falencia del deudor principal.

Sin embargo, lo que no puede admitirse es que la Hacienda Pública, al no poder recurrir al expediente del artículo 43.1 de la LGT porque no existe infracción tributaria, fuerce la literalidad del artículo 42.2 a) de la LGT, lo convierta en un precepto maleable y dúctil, para dar una cobertura *ad casum* desde una elástica analogía prohibida. Nótese que el responsable tributario no es el deudor o, dicho en términos más precisos, no es el sujeto pasivo contribuyente que revela una capacidad económica (art 31.1 Constitución española –CE–), derivada de la realización del hecho imponible (art. 20.1 LGT). Es un responsable no deudor, una suerte de fiador personal, un garante *ex lege* de la obligación tributaria, que el legislador coloca junto al contribuyente, por razón de su conexión con el hecho imponible o con el contribuyente.

Ese vínculo jurídico *ex lege* es tasado y de interpretación estricta. No en balde el artículo 41.1 de la LGT exige un título legal de responsabilidad («**La ley** podrá configurar como responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales [...]»), el artículo 41.2 de la LGT requiere «**precepto legal expreso**³ en contrario» para configurar una responsabilidad solidaria, y si bien la reserva material de ley es relativa en el ámbito tributario, el artículo 8 c) de la LGT no duda en incluir la determinación de los responsables dentro de la reserva formal de ley. Y, como lógico corolario de ello, nuestro código tributario somete la responsabilidad tributaria a un principio de tipicidad, trasunto del principio de legalidad, y tipifica minuciosamente los supuestos de responsabilidad solidaria (art. 42 LGT) y de responsabilidad subsidiaria (art. 43 LGT).

En el presente trabajo, nos proponemos hacer unas reflexiones genéricas sobre la naturaleza y alcance del artículo 42.2 a) de la LGT, y sobre su encuadre en el seno del procedimiento recaudatorio, abordar algunas cuestiones prácticas que suscita su prescripción, en particular, en la determinación del *dies a quo* y su eventual, e inexistente, interrupción por el proceso concursal.

2. Naturaleza jurídica, sentido y alcance del artículo 42.2 a) de la LGT

Tras la tipificación de los supuestos tasados de responsabilidad solidaria en el apartado 1, el artículo 42.2 de la LGT, en redacción dada por la Ley 36/2006, dispone que:

o disfrazar la verdad». Y no son pocos los casos en que no se ha velado o disfrazado la verdad, ni se ha tapado, escondido o encubierto, y se declara la responsabilidad solidaria.

³ Todas las negritas que aparecen en el texto son del autor.

2. También serán responsables solidarios del pago de la **deuda tributaria pendiente** y, en su caso, del de las sanciones tributarias, **incluidos el recargo y el interés de demora del periodo ejecutivo**, cuando procedan, **hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria**, las siguientes personas o entidades:

- a) Las que sean causantes o colaboren en **la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria**.
- b) Las que, por culpa o negligencia, incumplan las órdenes de embargo.
- c) Las que, con conocimiento del embargo, la medida cautelar o la constitución de la garantía, colaboren o consientan en el levantamiento de los bienes o derechos embargados, o de aquellos bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la medida cautelar o la garantía.
- d) Las personas o entidades depositarias de los bienes del deudor que, una vez recibida la notificación del embargo, colaboren o consientan en el levantamiento de aquellos.

El precepto legal tiene una clara finalidad tuitiva de la Hacienda Pública, frente a operaciones fraudulentas de despatrimonialización o distracción de bienes del obligado al pago, que frustren la acción ejecutiva de la Administración tributaria.

Abona esta tesis una recta interpretación de la norma acorde al canon hermenéutico tributario del artículo 12.2 de la LGT, que ordena atender al sentido «jurídico, técnico o usual» de los términos empleados, y a los criterios generales de interpretación del artículo 3 del Código Civil, de directa aplicación en el ámbito tributario. Recordemos que el artículo 3.1 de este cuerpo legal prevé que:

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

En primer lugar, la interpretación literal no arroja ninguna duda al respecto. La utilización de locuciones tales como «deuda tributaria pendiente» o «recargo y el interés de demora en el periodo ejecutivo» denotan que nos hallamos en el periodo ejecutivo. Y la referencia, en forma verbal subjuntiva, al «importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración tributaria», alude claramente a la frustración del embargo o de la realización forzosa de los bienes embargados en periodo ejecutivo.

El presupuesto de hecho del apartado a) del artículo 42.2 de la LGT que alude a una «ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria» evoca una distracción de bienes que

frustra la acción recaudatoria. El sentido jurídico, técnico usual de los términos empleados, corrobora esta aproximación apriorística.

«Deuda tributaria pendiente» significa obligación tributaria devengada, exigible y no satisfecha, que abre el periodo ejecutivo (arts. 58, 160 y 161 LGT). El recargo del periodo ejecutivo, o mejor los recargos ejecutivos, son los del artículo 28 de la LGT, no los del artículo 27 del citado cuerpo legal por declaración extemporánea. Los intereses del periodo ejecutivo se devengan en ejecutiva de acuerdo con el artículo 26.2 a) de la LGT. El embargo es el de traba, el acto procesal de sujeción de un bien a una determinada responsabilidad que, como tal, se regula en los artículos 169 y siguientes de la LGT. Y la autotutela declarativa es inmune a la ocultación o transmisión de bienes, es inane a esta fenomenología de fraude patrimonial, mientras que la actuación ejecutiva se frustra con la distracción de bienes «que se hubieran podido embargar o enajenar» forzosamente.

Una interpretación sistemática también nos aboca a esta misma conclusión. Tras tipificar un elenco heterogéneo de supuestos de responsabilidad solidaria en el artículo 42.1 de la LGT (causar o colaborar en la comisión de una infracción tributaria, partícipes en entidades del art. 35.4 LGT, y sucesión en la titularidad o ejercicio de una explotación económica), el artículo 42.2 de la LGT se abre con un «También serán responsables solidarios...», que agrupa cuatro supuestos de hecho, con un común denominador: la frustración de la acción ejecutiva de la Hacienda Pública.

Todos ellos responden a un mismo patrón conductual, presentan una misma unidad temática que gira en torno a la frustración de la acción recaudatoria de la Administración tributaria. Este *genus* común, ubicado sistemáticamente en el artículo 42.2 de la LGT, se desagrega en cuatro especies: ocultación o transmisión que impide la actuación de la Administración (apartado a), incumplimiento de órdenes de embargo (apartado b), levantamiento de bienes embargados (apartado c) y levantamiento de bienes depositados (apartado d)⁴. La *actuación* frustrada de la Administración no se refiere a su potestad inspectora o de gestión tributaria. La *ocultación* o *transmisión* no obstruyen una actuación inspectora o de comprobación, antes al contrario, la excitan. Por lo que, necesariamente, el precepto legal se refiere a la actuación recaudatoria, que sí es susceptible de frustrarse con una «ocultación o transmisión».

Los antecedentes históricos y legislativos del precepto legal coadyuvan la certera conclusión interpretativa que venimos defendiendo. El artículo 42.2 de la LGT tiene su precedente inmediato en la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la LGT de 1963, que introdujo el artículo 131.5 de la LGT, encajado sistemáticamente en el complejo

⁴ Algunos autores censuraron la ausencia de «una regulación clara y precisa [...] la semejanza que presentaban las distintas causas de responsabilidad del artículo 131.5 hacía que para una misma situación se emplearan indistintamente cualquiera de los supuestos sin que los tribunales manifestaran reparo» (Blázquez Lidoy, 2004, p. 149).

normativo que regulaba el procedimiento administrativo de apremio⁵, y no entre las reglas del artículo 38 de la LGT de 1963, que tipificaba los supuestos de responsabilidad solidaria.

De alguna forma se introducía una suerte de responsabilidad-sanción –o mejor aun, de responsabilidad patrimonial–, que construía un nuevo supuesto de responsabilidad solidaria, obviando que la Administración tributaria tuviera que reaccionar frente a situaciones fraudulentas o de despatrimonialización, mediante el ejercicio de acciones civiles rescisorias o de simulación ante los tribunales ordinarios. Es decir, se construía un nuevo supuesto de responsabilidad solidaria, ampliando la autotutela administrativa, lo que era más cómodo y efectivo, que recurrir a los tribunales civiles. Es más, y con fundamento en alguna doctrina administrativa⁶, cabría sostener que el artículo 42.2 de la LGT supone una *publicatio* de una responsabilidad aquiliana, cualitativamente distinta de la responsabilidad tributaria *sensu stricto* de los artículos 42.1 y 43 de la LGT.

Por lo demás, la propia exposición de motivos de la Ley 25/1995 nos desvela de forma preclara la *mens legislatoris* en los siguientes términos:

La importancia de la función recaudatoria como cauce satisfactivo final de la obligación de pago del tributo y la necesidad de dotar de rango legal adecuado a algunos preceptos, habida cuenta de su revisión y actualización por distintas Leyes de Presupuestos, justifican la reforma íntegra del procedimiento recaudatorio, al tiempo que se le dota de mayor coherencia y mejor sistemática. Con base en lo anterior se procede a la revisión de los artículos 126 a 139, ambos inclusive, con la finalidad de **regular de forma más precisa la vía de apremio, las facultades de los órganos de recaudación en el ejercicio de sus funciones y las incidencias suscitadas con ocasión del embargo**, particularmente la concurrencia de procedimientos y la sustanciación de tercerías.

Por consiguiente, es obvio que el nuevo artículo 131.5 de la LGT de 1963, precedente del actual artículo 42.2 a) de la LGT, se incardina en una reforma global del procedimiento de apremio que, consciente de la importancia de la función recaudatoria, para la satisfac-

⁵ Las dos únicas diferencias relevantes del artículo 42.2 a) de la LGT, respecto de su precedente el artículo 131.5 de la LGT de 1963, son la supresión del adjetivo «maliciosa», que calificaba a la ocultación, y la explícita referencia a impedir la «traba», que hoy se sustituye por «actuación de la Administración». Ciertamente, la redacción actual, y también su nueva ubicación sistemática, en sede de responsabilidad tributaria, y desgajada ya del procedimiento recaudatorio, le dota de una mayor amplitud conceptual, pero no desvirtúa su finalidad normativa vinculada, no solo genética sino también funcionalmente, a evitar la frustración de la acción ejecutiva de la Administración tributaria.

⁶ Según la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 25 de junio de 2008 (RG 1090/2007 –NFJ029712–), no estamos, en sentido estricto, ante un supuesto de responsabilidad tributaria, sino ante una responsabilidad por acto ilícito cuyo fundamento jurídico descansa en el artículo 1.902 del Código Civil.

ción del crédito tributario, atribuye una nueva facultad a los órganos de recaudación en relación con las incidencias suscitadas por el embargo o, en este caso, la imposibilidad de practicarlo por la distracción de bienes del deudor.

Lo hasta aquí razonado nos permite concluir que la interpretación teleológica de la norma, que el espíritu y finalidad del artículo 42.2 de la LGT, de que su apartado a) constituye una especie, no es otra que impedir la frustración de la acción ejecutiva en el seno de un procedimiento administrativo de apremio, o en su antesala inmediata, que es el periodo ejecutivo o, estirando al máximo su presupuesto de hecho, cuando existe una deuda tributaria devengada y no pagada.

Esta interpretación ha sido ratificada por nuestra jurisprudencia contenciosa como la **Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 10 de julio de 2012, en el recurso de casación 4802/2009** (NFJ048329), cuyo fundamento jurídico cuarto razona en los siguientes términos:

[...]

Sobre el alcance de este precepto legal nos hemos pronunciado en la sentencia de 24 de octubre de 2007 (recurso de casación para la unificación de doctrina 51/03) y en la más reciente de 28 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 4707/09), considerando que el artículo 131.5 de la Ley General Tributaria de 1963 se alza frente al régimen general de la responsabilidad tributaria, previsto en el artículo 37 de la propia Ley, como **una norma específica de protección de la acción recaudadora, que puede afectar a deudas tributarias, pero también a otros ingresos de derecho público. Tal norma encuentra su fundamento en la presunción de legalidad del procedimiento de apremio y en la ejecutividad de los actos que lo integran, tratando de evitar conductas que obstaculicen o impidan aquella mediante disposición de los bienes embargados, en beneficio propio o de un tercero.** Tal objetivo se alcanza exigiendo una responsabilidad específica, hasta el importe del valor de los bienes y derechos que se hubieren podido embargar [hasta el límite del «importe levantado», decía el precepto antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 25/1995, de 20 de julio, siendo la razón de ser del citado artículo 131.5 aquella que estriba en garantizar el cobro de la deuda, evitando que maniobras fraudulentas de distracción o la ocultación de los bienes perjudiquen, impidan o dificulten su realización.

Este fragmento también ha sido reproducido por el propio TEAC en su reciente Resolución de 26 de noviembre de 2019 (NFJ075675), que añade que:

En la sentencia parcialmente reproducida se indica que se trata de un tipo de responsabilidad específica, que se alza frente a la regulada con carácter general, con fundamento en la presunción de legalidad del procedimiento de apremio y los actos que lo integran, para hacer frente o evitar conductas **que obstaculicen o impidan la misma mediante la disposición de los bienes embargados o que pudieran embargarse en el procedimiento.**

Sobre este particular también conviene citar la **STS 1033/2019, de 10 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, en el recurso de casación 4540/2017 (NFJ074241)**, y en la que el Alto Tribunal indaga sobre el tipo de responsabilidad tributaria que se persigue en el artículo 42.2 de la LGT:

[...]

Esta conclusión se confirma por el examen del precedente del art. 42.2 LGT. Estos supuestos de responsabilidad solidaria por obstaculizar la acción recaudatoria de la Administración fueron introducidos por la Ley 25/1995, como nuevo apartado 5 del art. 131 de la derogada Ley 230/1963, General Tributaria, donde se describen anudados a la acción de embargo de los órganos de recaudación. La introducción en este precepto y apartado fue siempre criticada por la doctrina clásica del Derecho tributario, por su improcedente ubicación. **Pero si se lee detenidamente el art. 42.2 LGT 58/2003, se comprueba que el peculiar fundamento de esta forma de responsabilidad solidaria, no está vinculado directa e inmediatamente al «deudor principal» y a la deuda pendiente de pago por este, sino a la garantía de que el deudor principal, pero también cualquier otro obligado al pago, responda de la deuda con su patrimonio. De ahí que el alcance de su responsabilidad no venga dado por la extensión de la deuda dejada de pagar por el «deudor principal» sino por el valor de los bienes embargados o susceptibles de serlo, que actúa como límite a la responsabilidad en los supuestos del art. 42.2 LGT.**

No nos hallamos ante la figura de un responsable a quien la ley sitúa junto al deudor principal para hacer frente al pago de la deuda por este impagada en la forma que se posiciona el responsable en el art. 41.1 LGT, sino ante un responsable que la ley califica como tal por la relación mantenida con los bienes susceptibles de ser embargados, por lo tanto, con independencia de quién sea el «deudor principal» y del total importe de la deuda que deja de pagar.

De ahí, por ello, que el art. 42.2 LGT evite en todo momento situar a estos responsables solidarios «junto al deudor principal» posicionándolos, siempre, por su relación con los bienes susceptibles de embargo «del obligado al pago», ya sea este un «deudor principal» del art. 35.2 LGT, ya, como en este caso, un responsable subsidiario. **Es decir, el referente de estos responsables no son los «deudores principales» sino los bienes sustraídos a la garantía patrimonial que se podría haber hecho efectiva mediante la acción de embargo o enajenación por la Hacienda pública que describe el art. 42.2.a LGT.**

Se trata, por así describirlo, de supuestos de responsabilidad solidaria que la ley configura, no para situarlos exclusivamente junto al deudor principal y por razón directa e inmediata de su posición como obligado al pago primero y esencial, sino por hechos que afectan a la integridad de la garantía patrimonial de cualquier obligado al pago de la deuda tributaria, sea o no deudor principal, siempre que se cumpla el presupuesto de hecho en cada caso determinado por la ley, lo que en este caso ni tan siquiera se cuestiona.

Por último, cabe citar la STS de 20 de junio de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, en el recurso de casación 2866/2012 (NFJ054735), acerca del *animus noscendi* o *sciencia fraudes* del presunto responsable en la conducta que crea una frustración del cobro para la Hacienda Pública, señalándose lo siguiente:

Los requisitos de hecho de este artículo son: 1. La existencia de una deuda tributaria del obligado principal que se encuentre liquidada en el momento de declaración de responsabilidad. 2. Ser causante o colaborar en la ocultación de bienes y derechos **con la finalidad de impedir la traba por la Administración Tributaria**, entendiéndose por ocultación «cualquier actividad que distraiga bienes o derechos ya sea por desprendimiento material o jurídico de estos, para evitar responder con ellos. [...] **exigiéndose en el responsable un animus noscendi o sciencia fraudes, es decir, una conciencia o conocimiento de que se puede producir un perjuicio.**

En definitiva, el artículo 42.2 de la LGT constituye un mecanismo de tutela de la acción ejecutiva de la Administración tributaria mediante la extensión de la responsabilidad solidaria al causante o colaborador de la frustración de la legítima expectativa de la Hacienda Pública a realizar forzosamente la deuda tributaria.

También en orden a la determinación de la naturaleza jurídica de este singular supuesto de responsabilidad solidaria, ha sido muy clarificadora la reciente Resolución del TEAC de 23 de julio de 2020 (RG 3748/2019 –NFJ078776–), dictada en unificación de criterio que, además de insistir en todos estos aspectos, subraya el dolo de ocultación y frustración de la acción ejecutiva de la Hacienda Pública, incluso auxiliándose de categorías jurídicas acuñadas por el Derecho Penal, e insistiendo en que la carga de probar el concurso de los elementos objetivos y subjetivos que la habilitan corresponde a la Administración tributaria.

3. Sobre la prescripción del acto administrativo de declaración de la responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la LGT

En no pocas ocasiones, la práctica administrativa conoce casos cuya secuencia histórica no encaja exactamente con los presupuestos normativos del artículo 42.2 a) de la LGT, y cuya forzada aplicación arrastra, por identidad de razón, un problema de prescripción, consumada ampliamente cuando se inicia la tramitación del expediente.

3.1. Determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo

El *dies a quo* del plazo prescriptivo, a tenor del artículo 67.2 de la LGT, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, se anudaba a la concurrencia de los hechos constitutivos del presupuesto de responsabilidad, en los siguientes términos:

El plazo de prescripción para exigir la obligación de pago a los responsables solidarios comenzará a contarse desde el día siguiente a la finalización del plazo de pago en periodo voluntario del deudor principal.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso de los responsables solidarios previstos en el apartado 2 del artículo 42 de la LGT, dicho plazo de prescripción se iniciará en el momento en que ocurran los hechos que constituyan el presupuesto de la responsabilidad.

Tratándose de responsables subsidiarios, el plazo de prescripción comenzará a computarse desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o a cualquiera de los responsables solidarios.

Este precepto legal constituye una aplicación singular al ámbito tributario de la doctrina civilista de *actio nata*, que luce en el artículo 1.969 del Código Civil, y que condensa el apotegma *actioni nondum natae non prescribitur*. En efecto, el mandato civil, de supletoria aplicación ex artículo 7 de la LGT, establece que:

El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará **desde el día en que pudieron ejercitarse**.

En rigor, el efecto jurídico del *dies a quo*, como momento determinante para el ejercicio de la potestad tributaria, es más fuerte que en la esfera iusprivatista, donde la prescripción no se aplica de oficio y no es causa de extinción de las obligaciones, afecta a meros derechos subjetivos, y la prescripción ganada es renunciable expresa o tácitamente (arts. 1.935 y 1.937 Código Civil). Por el contrario, en Derecho Tributario, no están en juego derechos subjetivos *inter privados*, la prescripción produce la extinción automática de la deuda e involucra a una auténtica potestad administrativa, preordenada a la satisfacción del interés público y a la realización del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en los términos del artículo 31.1 de la CE. Ello significa que la potestad tributaria, como potestad administrativa, adornada de la exorbitante prerrogativa funcional de la autotutela, *puede y debe* ser ejercitada cuando concurren los presupuestos legales para ello, sin que, en ningún caso, pueda hacerse dejación de su ejercicio, porque como toda potestad administrativa es de origen legal e irrenunciable.

Si extremamos el rigor técnico exigible para declarar una responsabilidad tributaria de esta naturaleza, parece que deberíamos localizar el *dies a quo* en el momento temporal en que, ex artículo 67.2 de la LGT, concurren «los hechos que constituyan el presupuesto de la responsabilidad», lo que es tanto como aislar el momento exacto de la supuesta «oculación o transmisión». Desde ese momento, y según la doctrina civilista de la *actio nata*, la Administración tributaria *puede y debe* incoar el expediente de responsabilidad solidaria.

A la misma conclusión llegamos con el vigente artículo 67.2 de la LGT, en redacción dada por la Ley 7/2012, a cuyo tenor:

El plazo de prescripción para exigir la obligación de pago a los responsables solidarios comenzará a contarse **desde el día siguiente a la finalización del plazo de pago en periodo voluntario del deudor principal**.

No obstante, **en el caso de que los hechos que constituyan el presupuesto de la responsabilidad se produzcan con posterioridad al plazo fijado** en el párrafo anterior, **dicho plazo de prescripción se iniciará a partir del momento en que tales hechos hubieran tenido lugar**.

En rigor, y pese a no contener una referencia explícita al artículo 42.2 de la LGT, el *dies a quo* para declarar una eventual responsabilidad solidaria del mismo, porque hasta el vencimiento del periodo voluntario de pago, no existirá *deuda tributaria pendiente* que abra el periodo ejecutivo.

Por último, y cualquiera que sea su respectivo *dies a quo*, la existencia de una constatación de actos constitutivos de ocultación o transmisión determina que cada uno de ellos esté sujeto a un plazo autónomo de prescripción, sin que pueda reducirse un plazo unitario con un único día de cómputo inicial.

3.2. Posibilidad legal de derivar la responsabilidad solidaria durante el concurso de acreedores

Es muy dudoso que un proceso concursal del deudor tributario principal obstruya o impida la declaración de responsabilidad tributaria solidaria como la del artículo 42.2 a) de la LGT. El proceso concursal se refiere exclusivamente al –llamémosle así– obligado principal, pero no afecta para nada al responsable solidario, por lo que quedan intactas todas las potestades administrativas, sin que exista ningún óbice procesal impeditivo.

Por lo demás, el proceso concursal constituye un proceso de ejecución general de carácter universal, revestido de una indudable *vis atractiva*, que impide acciones ejecutivas singulares, también de la Hacienda Pública, salvo que se haya extendido una diligencia de embargo en el procedimiento administrativo de apremio antes de dictarse el auto de declaración de concurso⁷, en cuyo caso gozaba de preferencia ejecutiva⁸.

⁷ En este sentido, sobre esta cuestión pacífica, véase Luque Cortella (2014, p. 40).

⁸ En su redacción originaria, el artículo 55.1 de la Ley Concursal refería la preferencia ejecutiva del procedimiento administrativo de apremio al dictado de la providencia de apremio, al establecer que «continuar se aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio». Y en la misma línea, con mayor claridad si cabe, y también en su redacción originaria, el artículo 164.1 b) de la LGT ordenaba atender a «que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso». Naturalmente, en la redacción originaria o reformada, ambos preceptos se referían a la preferencia formal del procedimiento administrativo de apremio versus el concurso de acreedores, sin perjuicio de la prelación material del crédito tributario que se beneficiaba del privilegio

El artículo 55 de la Ley 22/2003, Concursal, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, establece que:

1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Y la misma preferencia ejecutiva para apremios administrativos en los que se haya diligenciado un embargo antes del auto de declaración de concurso, sanciona el también reformado artículo 164.1 de la LGT, a cuyo tenor:

1. Sin perjuicio del respeto al orden de prelación que para el cobro de los créditos viene establecido por la ley en atención a su naturaleza, en caso de concurrencia del procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, ya sean singulares o universales, judiciales o no judiciales, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada con arreglo a las siguientes reglas:

1.º Cuando concorra con otros procesos o procedimientos singulares de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente si el embargo efectuado en el curso del procedimiento de apremio fuera el más antiguo.

2.º Cuando concorra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, **siempre que el embargo acordado en el mismo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.**

Para ambos casos, se estará a la fecha de la diligencia de embargo del bien o derecho.

Por ende, no es cierto lo que, en ocasiones, se afirma por la Administración, en actos de derivación de esta naturaleza, de que «las limitaciones ejecutivas de naturaleza recaudatoria que origina la declaración de concurso del obligado tributario» impiden cobrar la deuda.

general del artículo 77 de la LGT. Y ese es el sentido del artículo 55.2 de la Ley Concursal, cuando dice que se producirá la suspensión de actuaciones «sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos».

Impiden, en su caso, y solo si no se tiene la preferencia ejecutiva del artículo 55 de la Ley Concursal y del artículo 164.1 de la LGT, las actuaciones recaudatorias versus al obligado tributario concursado, pero no versus el obligado tributario-responsable.

Por lo demás, este discurso administrativo, utilizado para dilatar en el tiempo una posible derivación de responsabilidad, adolece de un error de planteamiento grave, y es que el concurso es un proceso de ejecución que solo obtura la vía ejecutiva de la Administración tributaria en casos tasados, pero que deja intacta su autotutela declarativa. En efecto, la declaración de concurso de un obligado tributario no impide que se le abra una comprobación limitada o un procedimiento de inspección que concluya en un acto administrativo de liquidación tributaria, o que se derive una responsabilidad tributaria contra el mismo, o contra sus administradores actuales o anteriores que hayan cesado en el cargo⁹. Y, *a fortiori*, no impide que se declare la responsabilidad solidaria de un tercero desde que concurren «los hechos que constituyan el presupuesto de la responsabilidad» (art. 67.2 LGT).

Sobre este particular ha sido rotunda la Sala de Conflictos de Jurisdicción del TS, Sala *ad hoc* del artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tradicionalmente conocida como Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (TCJ), que dirime los conflictos de jurisdicción entre la Administración y los tribunales de justicia. En la STCJ de 21 de marzo de 2018 (conflicto de jurisdicción 1/2018 –NCJ063172–), siendo ponente el Excmo. Ángel Arozamena Laso, con invocación de anteriores sentencias del mismo órgano jurisdiccional, el TCJ expuso lo siguiente:

[...] Además de las consideraciones realizadas por la Abogacía del Estado a favor de esa compatibilidad de la declaración de responsabilidad tributaria con la pendencia de un proceso concursal, y la posibilidad de reclamar a los administradores concursales por tales deudas sin necesidad de esperar a la conclusión de los procedimientos concursales, que reproducen en gran parte los argumentos reseñados en las dos sentencias citadas de la Sala Tercera, sirven especialmente de apoyo a esta decisión las siguientes consideraciones:

1.^a) La derivación de responsabilidad tributaria no es una de las acciones a las que se refiere el art. 36.1 LC por la que se pretende reparar los daños o perjuicios causados a la persona concursada o a la masa por los actos u omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia por los administradores concursales.

2.^a) Por ello, no resulta aplicable a la misma el art. 36.3 LC, que atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de tales acciones, sino el art. 36.6 LC, que deja a salvo las acciones individuales de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por los actos u omisiones de los administradores concursales que lesionen directamente sus intereses.

⁹ Con una salvedad conceptual, subrayada por la jurisprudencia, y es que si la responsabilidad tributaria es subsidiaria, sí que será necesaria la previa insolvencia del deudor principal concursado.

3.^a) Este es el criterio mantenido por la STCJ, de 9 de abril de 2013 (RJ 2013, 5910) (CJ 1/2013), especialmente en su FJ 3.º, aunque también en sus FJ 4.º y 5.º, en la que los presupuestos relativos a la finalización del concurso y al carácter subsidiario de la responsabilidad declarada en aquel caso no son sino argumentos añadidos a mayor abundamiento al principal al que se acaba de hacer referencia para atribuir la competencia a favor de la AEAT.

Consideramos oportuno traer aquí la literalidad de esta sentencia:

[...]

4.^a) **La derivación de responsabilidad no se dirige contra el concursado, sino contra terceros** (en este caso, el administrador concursal, aunque no necesariamente siempre así) que, por incurrir en alguno de los presupuestos contemplados en los arts. 41 y siguientes LGT, se hacen solidaria o subsidiariamente responsables de la deuda tributaria. **En consecuencia, la derivación de responsabilidad acordada por la AEAT no supone ninguna injerencia en el patrimonio del deudor ni ataca la *par conditio creditorum*.**

5.^a) Al no existir específica atribución competencial a favor de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de tales acciones individuales de responsabilidad, la competencia para declarar la responsabilidad tributaria ha de corresponder a la AEAT, sin perjuicio de su posible revisión en vía administrativa ante los Tribunales Económico-Administrativos y, en vía jurisdiccional, ante la jurisdicción contencioso administrativa.

[...].

Los anteriores pronunciamientos se encuentran fundamentados en las originarias STCJ de 14 de diciembre de 2011 o la STCJ de 17 de junio de 2013 (conflicto de jurisdicción 9/2012 –NCJ057903–), en las que el TCJ avaló la competencia de la Administración tributaria a la liquidación de las cuotas tributarias de IVA de una entidad concursada, cuando los acreedores emiten facturas rectificativas del IVA repercutido a dicha entidad concursada.

Por tanto, una consolidada jurisprudencia de conflictos ha establecido con claridad meridiana que la existencia de un proceso concursal no impide, obstaculiza u obstruye la eventual tramitación de un expediente de declaración de responsabilidad tributaria.

En este sentido, podemos traer a colación también la STS 1421/2016, de 15 de junio, dictada en el recurso de casación 1916/2015 (NFJ063865), Excmo. ponente Sr. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, acerca de la posibilidad de derivar la responsabilidad tributaria a los responsables solidarios que no se encuentran inmersos en un concurso de acreedores, con independencia del estado procesal del deudor principal:

La obligación de pago del deudor principal nace con la realización del hecho imponible, esto es, con el devengo (artículo 21.1 de la Ley General Tributaria), mientras que

la del responsable solidario ex artículo 42.2.a) de la misma Ley se origina desde el momento en que, teniendo conocimiento de la deuda con el Fisco, causa o colabora en la ocultación o transmisión de bienes o derechos del obligado principal [véase en este punto las citadas sentencias de 20 de junio de 2014 (FJ 5.º) y 18 de noviembre de 2015 ((FJ 4.º)]. Lo que quiere decir por lo que aquí importa: (i) que, como se infiere de los artículos 174.1 y 175.1 de la repetida Ley, la derivación al responsable solidario puede tener lugar incluso en el periodo voluntario de pago para el deudor principal y (ii) que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1141 del Código Civil, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, no siendo obstáculo las reclamaciones entabladas contra uno para las que posteriormente se dirijan contra las demás, mientras no resulte cobrada por completo la deuda.

Lo anterior implica que el procedimiento seguido por la Administración tributaria para declarar responsable solidario de la deuda del obligado principal a quien haya cumplido el presupuesto de hecho que legalmente determina esa responsabilidad, así como para hacerla efectiva, se debe considerar autónomo, no estando supeditado siquiera, como en el caso de los responsables subsidiarios, a la previa falencia del deudor principal. En consecuencia, aunque la declaración en concurso de este último supone que todos los acreedores, ordinarios o no, y, por ende, también la Administración tributaria, quedan integrados en la masa pasiva, no pudiéndose iniciar nuevos juicios declarativos, ni ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, o apremios administrativos o tributarios frente al mismo (artículos 49, 50 y 55 de la Ley Concursal), dicha declaración no impide actuar contra patrimonios extraños al del concursado para hacer efectivas obligaciones de las que su titular sea responsable solidario con aquel.

Siendo así, los tres primeros motivos del recurso están abocados al fracaso, por las siguientes razones:

1.º) Dado el carácter autónomo de la obligación del responsable solidario, poco importa que antes de la declaración de Talleres Almo como tal se hubiere iniciado y declarado el concurso de acreedores de Prodaemi, por la sencilla razón de que, de un lado, **los hechos que determinaron la derivación de responsabilidad son en todo caso anteriores y, de otro, aun cuando no lo fueren, nada impedía a la Administración ejercer sus facultades. Se ha de tener en cuenta que la declaración de concurso produce los efectos ya expresados, impidiendo juicios declarativos y ejecuciones independientes, pero no priva a la Administración del ejercicio de sus potestades en orden a la liquidación y recaudación de los tributos** [véanse las sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 5/2011, de 14 de diciembre de 2011 (conflicto 4/11 , FJ 2.º; ECLI:ES:TS:2011 : 8878), y 7/2013, de 17 de junio de 2013 (conflicto 9/12, FJ 3.º; ECLI:ES:TS :2013:4065)]. Una vez declarado el concurso, la Hacienda Pública sigue siendo competente para dictar actos de liquidación y recaudación; el único límite es que no podrá ejecutarlos independientemente, debiendo someterse a la disciplina del procedimiento universal. **En otras palabras, en este caso no le cabe a la Agencia Estatal de Administración Tributaria hacer efectivo su crédito sobre el patrimonio de**

Prodaemi al margen del proceso concursal, pero nada le impide ejecutar su derecho sobre el patrimonio de otra personalidad jurídica, no sometida a procedimiento concursal alguno, que ha sido legítimamente declarada responsable solidaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias de aquella.

2.º) Por lo tanto, la circunstancia de que «nada se pudiera embargar o enajenar» a Prodaemi [véase el motivo de casación 4.º.a)] por encontrarse en concurso de acreedores no impedía que, una vez declarada la responsabilidad solidaria de Talleres Almo, se actuara contra su patrimonio.

3.º) El hecho de que Prodaemi haya sido declarada en concurso de acreedores no enerva la acción de regreso que pueda competir a Talleres Almo ni niega el carácter solidario de la obligación, tan solo supone que para hacer efectivo su crédito deberá someterse a la disciplina de la legislación concursal. [...].

La anterior doctrina también ha sido plasmada en la STS 1141/2017, de 27 de junio, recurso de casación número 433/2016 (NFJ078623), ponente Excmo. José Díaz Delgado, y en la que en un caso de derivación de responsabilidad del artículo 42.2 a) de la LGT, nuestro Alto Tribunal sostuvo que la declaración en concurso de acreedores del obligado principal no impide la declaración del responsable solidario, con fundamento a la anterior STS 1421/2016, de 15 de junio, citada anteriormente.

También la Audiencia Nacional (AN), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, ha plasmado la anterior doctrina jurisprudencial, tanto del TCJ como del TS, acerca de la posibilidad de iniciar un expediente de derivación de responsabilidad y ello aunque el obligado principal se encuentre en fase de concurso de acreedores, pudiéndose citar para ello la reciente SAN de 22 de julio de 2019, recurso contencioso-administrativo 579/2017 (NFJ078619):

SEXTO:

Alega la incompetencia de la AEAT para dictar el acuerdo de derivación de responsabilidad a la entidad actora. Esta incompetencia surge, según la demanda, por la situación concursal en la que se encontraba el RCD La Coruña al tiempo de notificarse el acuerdo de derivación. Manifiesta la actora que el acuerdo de derivación se notificó el 31 enero 2012 cuando ya se había declarado al RCD en concurso de acreedores. El **TEAC en su resolución señala que cuando se dicta la diligencia de embargo, que es el 18 octubre 2011, el RCD no estaba en concurso de acreedores que se declaró por auto de 11 enero 2013. Estos datos son suficientes para rechazar esta alegación y por otra parte la situación concursal del RCD no afecta a la situación del declarado responsable. Así lo tiene declarado el TS en sentencia de fecha 7 junio 2016 en la que manifiesta:** «Dado el carácter autónomo de la obligación del responsable solidario, poco importa que antes de la declaración de Talleres Almo como tal se hubiere iniciado y declarado el concurso de acreedores de Prodaemi, por la sencilla razón de que, de un lado, los hechos que determinaron la derivación de [...]

SÉPTIMO:

Se alega la nulidad del acuerdo de derivación de responsabilidad al haberse infringido el art. 55 Ley Concursal y el orden de prelación de acreedores. **Esta alegación en evidente conexión con el anterior debe seguir el mismo camino del rechazo, y basta con aplicar la sentencia citada del TS para dejar claro que una cosa en la situación concursal del deudor principal y otra distinta es que la Administración tributaria en el ejercicio de sus competencias realice las actuaciones de liquidación y recaudación que considere procedentes.** Por otra parte, debemos indicar que el acuerdo singular entre el RCD y la AEAT posterior a la declaración de responsabilidad solidaria no afecta a los créditos derivados puesto que en el informe la AEAT manifiesta que los mismos no están afectos por el pago realizado por la deudora principal que es el RCD La Coruña.

En un sentido muy similar, se pronuncia la SAN de 12 de julio de 2019 (rec. contencioso-administrativo 358/2017 –NFJ075396–), y en particular, la SAN de 19 de diciembre de 2019 (dictada en el rec. contencioso-administrativo 636/2017 –NFJ077332–) que, en relación con la posibilidad de la Administración tributaria de iniciar el expediente de derivación de responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la LGT la tramitación del concurso de acreedores del deudor principal, razona en los siguientes términos:

CUARTO. -

También se alega que la Administración tributaria no podía derivar la responsabilidad solidaria de la deuda tributaria mientras ANCA se encontrase en situación concursal.

A esta alegación dimos respuesta en nuestra sentencia de 6 de junio del 2019 (recurso N.º 686/2017), en la que dijimos lo siguiente:

«OCTAVO.- Prosigue la demanda fundamentando la falta de competencia del Departamento de Inspección para dictar los Acuerdos de derivación de responsabilidad. En síntesis, sostiene la parte recurrente que la competencia para dictar acuerdos de derivación de responsabilidad sobre deudas de entidades en situación concursal corresponde siempre a los órganos de recaudación, lo que determina que el acuerdo de derivación inicialmente impugnado adolezca de un nuevo vicio de ilegalidad determinante de nulidad, porque resultó dictado por órgano incompetente por razón de la materia.

La resolución impugnada sobre este particular razona del siguiente modo, "el 29 de abril de 2013 se dictaron los nuevos acuerdos de liquidación, derivados de las actas citadas. El plazo de pago en periodo voluntario finalizó el 5 de julio de 2013. [...] Con fecha 17 de junio de 2013 se dictó el acuerdo de declaración de responsabilidad por la Dependencia Regional de Inspección" (Antecedente de Hecho Quinto), por tanto, la Inspección era el órgano competente para dictar el acuerdo de declaración de responsabilidad impugnado al haberse dictado con anterioridad al término

del plazo de pago en periodo voluntario de las deudas del deudor principal (nuevas liquidaciones), de conformidad con el artículo 174.2 de la Ley General Tributaria.

Ciertamente, como sostiene la actora, la competencia para dictar acuerdos de derivación de responsabilidad puede corresponder al órgano de recaudación o al mismo órgano que ostentaba competencia para dictar la liquidación. Si el acuerdo de derivación se notifica antes de finalizar el periodo voluntario de pago del deudor principal la competencia corresponde al órgano competente para la liquidación, y si se notifica después de finalizar el periodo voluntario de pago del deudor principal correspondería al órgano de recaudación. Sin embargo, la actora entiende que este esquema básico competencial quiebra en el presente supuesto por cuanto considera que el acuerdo de derivación fue notificado cuando ya había finalizado el periodo voluntario de pago del deudor principal "porque en este caso no se computaban los plazos generales del Reglamento General de Recaudación sino los especiales previsto en la LC", refiriéndose a la Ley Concursal.

Esto es, en esencia, postula, que en aplicación de los artículos 124 del RGR y en la Ley Concursal (artículos 49, 156, 157 y 158) la competencia para dictar acuerdos de derivación de responsabilidad sobre deudas de entidades en situación concursal corresponde siempre a los órganos de recaudación, como a su entender sucede en el presente supuesto pues en abril de 2013 la deudora principal se encontraba en situación concursal.

El motivo no puede prosperar. Ante todo, debemos señalar que la declaración de responsabilidad se ha realizado con fundamento en una causa prevista en la Ley [artículo 42.2.a) de la Ley General Tributaria], siguiendo el cauce formal contemplado en la misma. Quedan así satisfechas las garantías inherentes a la reserva de ley, tanto en su dimensión formal (rango de la norma que prevé la derivación de responsabilidad), como en la material, (predeterminación normativa de la conducta que determina la derivación: causar o colaborar activamente en la comisión de una infracción tributaria por el obligado principal), habiendo sido ejercida la potestad en el marco procedimental diseñado por el legislador.

La derivación de responsabilidad solidaria tiene carácter autónomo, por lo que nada impide que se haya iniciado un concurso de acreedores respecto al deudor principal, que seguirá el curso que corresponda, y eso, desde luego, no es obstáculo para que la Administración pueda exigir la responsabilidad solidaria. La declaración del concurso produce los efectos propios del concurso respecto del concursado, ANCA en este caso, pero no respecto a aquellos que han sido declarados responsables solidarios (*vid.* STS, de fecha 15 de junio de 2016, rec. 1916/2015). Por tanto, la actuación de la Inspección de los Tributos se produjo en el ejercicio de las competencias atribuidas a la misma por la Ley 31/1990, de creación de la AEAT, y posteriormente por la Ley 58/2003, General Tributaria, sin que dicha actuación se vea afectada por los artículos de la Ley concursal que identifica la actora, **por cuanto la declaración de concurso de la deudora principal no impide que la administración tributaria ejerza sus facultades ni el cobro sobre el patrimonio del responsable solidario que no se encuentra en concurso.**

Este consolidado *corpus* jurisprudencial confirma la conclusión que avanzábamos anteriormente de forma apodíctica, y es en el que la Administración tributaria **puede y debe** tramitar el expediente de responsabilidad solidaria desde que concurre su presupuesto habilitante, con anterioridad al inicio del proceso concursal, o cuando este ha iniciado ya su andadura procesal, sin que suponga interferencia obstativa alguna al normal despliegue de la potestad de autotutela declarativa.

3.3. Concurso de acreedores e interrupción de la prescripción del responsable no concursado

Por otro lado, debemos despejar cualquier posible duda sobre una eventual interrupción de la prescripción de la acción recaudatoria respecto del responsable solidario derivada de la tramitación del proceso concursal. En efecto, el artículo 68.2 de la LGT, en su redacción anterior a la Ley 7/2012, establecía que:

El plazo de prescripción del derecho a que se refiere el párrafo b) del artículo 66 de esta ley se interrumpe:

- a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, dirigida de forma efectiva a la recaudación de la deuda tributaria.
- b) Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado en el curso de dichas reclamaciones o recursos, por la declaración del concurso del deudor o por el ejercicio de acciones civiles o penales dirigidas al cobro de la deuda tributaria, así como por la recepción de la comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la paralización del procedimiento administrativo en curso.

Nótese que la eficacia interruptiva del concurso se contrae a la «prescripción del derecho a que se refiere el párrafo b) del artículo 66 de esta ley», es decir, a la acción recaudatoria. Y responde a una lógica jurídica elemental, y es que en el proceso concursal, como proceso de ejecución universal, se persigue la realización ejecutiva de todas las deudas del concursado, también las deudas tributarias.

Luego, las deudas tributarias que caen dentro del campo magnético del concurso se realizarán en el seno del proceso, sin perjuicio de las reglas de prelación material del crédito tributario del artículo 77 de la LGT. Si, por el contrario, la deuda tributaria apremiada goza de preferencia ejecutiva frente al concurso, no habrá eficacia interruptiva, porque la Hacienda Pública puede proseguir el procedimiento administrativo de apremio.

Por lo demás, no olvidemos el juego del principio de autonomía de las causas de interrupción de la prescripción que decantó una temprana SAN de 10 de junio de 1999, recurso

contencioso-administrativo 850/1996 y que hoy inspira el artículo 68 de la LGT, confirmada en casación por el TS en su Sentencia de 18 de junio de 2004 (rec. cas. 6809/1999 –NFJ018023–), que se pronuncia sobre un tema se revela problemático, como es el relativo a la interrelación entre el derecho a liquidar y el derecho a exigir el cobro de las deudas tributarias previamente liquidadas:

[...] **Es también doctrina constante y uniforme del Tribunal Supremo que son dos supuestos prescriptivos distintos, el que afecta al derecho a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación –que es el regulado en el artículo 64 a) de la Ley General Tributaria y el que afecta a la acción para exigir el pago de la deuda tributaria ya liquidada**, que es el previsto en el artículo 64 b) de la propia Ley General Tributaria, teniendo en cuenta que el «dies a quo» es distinto en ambos y que en el primero es el de la fecha en que finalice el plazo para presentar la correspondiente declaración, mientras que en el segundo es la fecha en que finaliza el plazo de pago en periodo voluntario (artículo 65 LGT), **siendo ambas modalidades de prescripción en principio y sin perjuicio del análisis particularizado, que luego se hará, de los distintos supuestos interruptivos de la prescripción, independientes entre sí**. Ahora bien, se hallan plenamente interrelacionados ya que si prescribiera el derecho a determinar la deuda tributaria deja de tener sentido la acción recaudatoria, aunque esta no hubiera prescrito, y si, por el contrario, prescribiera –como se alega en la demanda– la acción para exigir en este caso el pago, es claro que se produciría también la prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria por carencia de objeto.

[...].

A los anteriores razonamientos, confirmaba nuestro Alto Tribunal en la STS de 18 de junio de 2004, en el recurso de casación interpuesto contra la SAN referenciada, lo siguiente:

Tercera.- El nudo gordiano de este recurso de casación es determinar si los actos interruptivos del derecho de la Administración a liquidar, como consecuencia de la interposición de reclamaciones y recursos en vía económico-administrativa, por parte de los contribuyentes, contra los actos de liquidación de la deuda tributaria, así como las actuaciones de los propios Tribunales económico-administrativos extienden o no sus efectos interruptivos a la acción de cobro de la deuda. La Sala entiende que no, por lo que a continuación razona.

El artículo 66, apartado 1, letra a) de la Ley General Tributaria, regula conjuntamente como un «totum revolutum», los actos interruptivos de la presencia de las tres modalidades o sea derecho a liquidar, acción de cobro y acción para imponer sanciones, pero ello no significa una total mezcolanza de los actos interruptivos y de las distintas modalidades de prescripción, pues los actos conducentes al reconocimiento regularización, inspección, comprobación y liquidación se refieren obviamente solo al derecho a liquidar y a la acción de imponer sanciones (cuando se ejercía conjuntamente, y no después de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías

de los Contribuyentes, en que se establecieron procedimientos soportados), y no por razones de prioridad temporal a la acción de cobro. En cambio, los actos de aseguramiento (de difícil comprensión) y los de recaudación, se refieren sin duda alguna a la acción de cobro; pero subsiste la duda, que no disipa este apartado letra a) del artículo 66.1 de la Ley General Tributaria, de si estos actos de aseguramiento y de recaudación, por ser posteriores a la liquidación se remontan y alcanzan la prescripción del derecho a liquidar y a imponer sanciones tributarias, cuando se impugna la liquidación en vía económico-administrativa, que es la cuestión clave de este recurso.

En cuanto al supuesto de interrupción de la prescripción, regulado en la letra b), del apartado 1, del artículo 66 de la Ley General Tributaria, consistente en la «interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase», que es en el que se apoya la Administración General del Estado, parte recurrida, en el sentido de que las reclamaciones económico-administrativas interpuestas por el contribuyente ante el TEAR de Madrid y luego ante el TEAC, más las actuaciones de estos Tribunales, interrumpieron la prescripción no solo del derecho a liquidar, sino también de la acción de cobro. Sin embargo, esta tesis no tiene un soporte suficiente, porque puede mantenerse de contrario, con toda lógica, que según sea el objeto concreto de las reclamaciones o recursos así será el alcance interruptivo de la prescripción, de modo que una reclamación contra la providencia de apremio, contra una providencia de embargo o contra cualquier otro acto recaudatorio, interrumpe la acción de cobro, y nada más, y por el contrario si la reclamación impugna la liquidación, interrumpe la prescripción solo del derecho a liquidar.

(...)

Cuarta.- Para resolver las cuestiones que hemos planteado, hay que profundizar en las diferencias más importantes existentes entre la prescripción civil y la prescripción tributaria.

El artículo 1973 del Código Civil dispone que «la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor». Como se aprecia hay dos vertientes una, quizás la más importante es por la exigencia del crédito por parte del acreedor, que puede llevar a cabo judicial o extrajudicialmente, y la otra por reconocimiento del deudor.

En el Derecho Tributario, la exigencia judicial o extrajudicial se sustituye por virtud de la autotutela de la Administración manifestada por las distintas facultades de esta que, en esencia, son tres, la de autotutela declarativa, consistente en la de determinar la deuda tributaria mediante sus facultades comprobadoras e investigadoras y de liquidación; la de autotutela sancionadora, que es la acción para imponer sanciones tributarias, y la autotutela ejecutiva para cobrar las obligaciones tributarias por vía de apremio administrativo. Las tres, por su propia naturaleza son secuenciales, de modo que la primera que es la que nos interesa es prioritaria respecto de la segunda, y de la tercera pues la acción para cobrar nace cuando existe una liquidación administrativa o una obligación declarada por el sujeto pasivo

no ingresada, pero lo que importa destacar es que la Administración Tributaria no solo ostenta dichas facultades, sino que, además, y esto es muy importante, está obligada a ejercerlas, de manera que practicada la liquidación y notificada, se inicia el periodo de ingreso en voluntario, y transcurrido este sin que el contribuyente haya realizado el ingreso, la Administración está obligada a iniciar, sino se ha solicitado y concedido el aplazamiento o fraccionamiento a exigir su cumplimiento por vía ejecutiva, y si así no lo hiciere prescribirá la acción de cobro.

La cuestión se complica, cuando la liquidación es impugnada en vía económico-administrativa, porque el contribuyente no está conforme con ella, en ese caso la Ley deja perfectamente claro que si el contribuyente no obtiene la suspensión, la obligación tributaria aunque esté controvertida debe ser cumplida por vía ejecutiva y además precisa que en el procedimiento ejecutivo que se inicie no pueden traerse o plantearse los motivos de discrepancia sobre la liquidación, como así lo precisa y aclara el artículo 137 de la Ley General Tributaria, que regula los motivos de impugnación de la providencia de apremio, entre los cuales no se encuentran los de fondo relativos a la liquidación, con lo cual se separan adecuadamente el procedimiento declarativo respecto del procedimiento ejecutivo, de modo que si por incurria de la Administración esta permanece inactiva en el procedimiento ejecutivo, se puede producir la prescripción de la acción de cobro, aunque permanezca vivo el derecho a determinar la deuda tributaria, como consecuencia de los procedimientos revisorios en curso (recurso de reposición, reclamación económico-administrativa y recursos jurisdiccionales), lo cual no elimina la subordinación funcional del procedimiento ejecutivo, respecto de los anteriores, porque si la liquidación es anulada o reducida, el procedimiento ejecutivo, no prescrito, se verá lógicamente afectado y deberá respetar el resultado de los procedimientos revisores.

Quinta.- La tesis que sostiene la Sala es que existe una indiscutible interdependencia de los procedimientos declarativos, revisorios y ejecutivos, en especial cuando están vivos, pero ello no significa que las causas de interrupción en los primeros produzca indefectiblemente la interrupción de la prescripción en el procedimiento ejecutivo, proposición lógica que se aprecia con toda claridad en el Impuesto sobre Sucesiones en el cual el plazo de prescripción del derecho de la Administración para liquidar la deuda tributaria era en el caso de autos de diez años, [art. 64.a) LGT], en tanto que el plazo de prescripción de la acción de cobro de este Impuesto era de cinco años [art. 64.b) LGT], lo cual pone de relieve con la diferencia de plazos que es posible que el derecho a liquidar no hubiera prescrito, por hallarse dentro de plazo de diez años, en tanto que sí hubiera prescrito la acción de cobro.

Sexta.- La tesis anterior no empece para reconocer el «prius lógico» del derecho a liquidar, respecto de la acción de cobro, pues aunque esta se halle plenamente viva, si se produce la prescripción de la primera, es decir, del derecho a determinar la deuda tributaria, la acción de cobro se extingue por falta de objeto.

Este «prius lógico y funcional» ha sido puesto de relieve por el artículo 31, apartado 2, de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, que dispone que la «Administración tributaria no podrá proceder a la enajenación de

los bienes y derechos embargados en el curso del procedimiento de apremio hasta que el acto de liquidación de la deuda tributaria ejercitada sea firme, salvo en los supuestos de fuerza mayor, bienes perecederos [...]], lo cual implica la suspensión «ex lege» de la fase final del procedimiento ejecutivo, suspensión que significará el que no corra el plazo de prescripción respecto de los embargos concretos, por expreso ministerio de la Ley.

Pese a este indiscutible «prius lógico y funcional» del derecho a liquidar respecto de la acción de cobro, la Sala reitera que los actos interruptivos del primero no se extienden a la acción de cobro, de manera que si en el caso de autos, la Administración Tributaria por las razones que fueran, entre las cuales no hay que descartar la incuria, pues la obligada providencia de apremio, de la liquidación no fue notificada hasta el día 12 de junio de 1992, es claro que prescribió la acción de cobro, aunque estuviera vivo el derecho a determinar la deuda tributaria, en sede de los procedimientos revisores, en curso.

Dicha doctrina jurisprudencial del TS ha sido recogida de forma posterior y pacífica en las STS de 19 de junio de 2008, recurso de casación para la unificación de doctrina 265/2004 (NFJ030389), o la STS de 3 de diciembre de 2009, en el recurso de casación 6278/2007 (NFJ078626), la STS de 5 de julio de 2010, recurso de casación 725/2005 (NFJ078627), o la de 27 de enero de 2011, recurso de casación 3333/2006 (NFJ078629), y en la STS de 14 de noviembre de 2013, recurso de casación 5141/2011 (NFJ052844).

Las causas de la interrupción de la prescripción de la acción recaudatoria no interrumpen la prescripción del derecho a liquidar y viceversa. No son vasos comunicantes. Es importante retener esta nítida distinción entre autotutela declarativa y autotutela ejecutiva, y sus respectivas causas de interrupción, autónomas y no intercambiables, porque el expediente de declaración de responsabilidad tributaria se desdobra también en una fase declarativa y otra ejecutiva.

A tenor del artículo 175 de la LGT la declaración de responsabilidad tributaria exige la adopción de un acuerdo de derivación de responsabilidad, previa audiencia del interesado, que puede producirse antes o después del vencimiento del periodo voluntario. Si se produce con posterioridad, se tramita por el órgano de recaudación, pero se trata de un incidente declarativo en el seno del procedimiento de recaudación, y solo una vez declarada la responsabilidad solidaria o subsidiaria, se abre el periodo voluntario de pago para el responsable, y vencido este, la vía ejecutiva.

Pues bien, la declaración de concurso solo interrumpe el derecho a recaudar del artículo 66 b) de la LGT, y no puede pretender interrumpir la mera declaración de responsabilidad tributaria que, como manifestación de la autotutela declarativa, da lugar a un nuevo obligado tributario responsable no afectado por el concurso de acreedores. De esta forma, la incuria administrativa en tramitar el correspondiente expediente de derivación de responsabilidad, que *podía y debía* tramitar, desde que concurrían los «hechos que constituyan el presupuesto de la responsabilidad» (art 67.2 LGT), durante la sustanciación del concurso, determina la prescripción de la autotutela declarativa para derivar y declarar una responsabilidad solidaria.

Abona esta tesis la literalidad del artículo 68.7 de la LGT, en redacción anterior a la Ley 7/2012, a cuyo tenor:

Interrumpido el plazo de prescripción para un obligado tributario, dicho efecto se extiende a todos los demás obligados, incluidos los responsables. No obstante, si la obligación es mancomunada y solo se reclama a uno de los obligados tributarios la parte que le corresponde, el plazo no se interrumpe para los demás.

Si existieran varias deudas liquidadas a cargo de un mismo obligado al pago, la interrupción de la prescripción solo afectará a la deuda a la que se refiera.

Si se interrumpe la prescripción del derecho a recaudar, se interrumpe también la de los demás obligados y responsables, pero la responsabilidad, aun cuando descansa en un título legal, en una causa tipificada legalmente, debe ser declarada *ex profeso* por un acto administrativo *ad hoc*. Si no ha sido declarada esa responsabilidad, no hay responsable al que poder extender el efecto interruptivo de la prescripción de la acción recaudatoria.

Pretendiendo obviar esta interpretación, el artículo 68.8 de la LGT que, tras la reforma operada por la Ley 7/2012 sustituyó, cambiando la numeración, el anterior precepto legal, dispondría que:

Interrumpido el plazo de prescripción para un obligado tributario, dicho efecto se extiende a todos los demás obligados, incluidos los responsables. No obstante, si la obligación es mancomunada y solo se reclama a uno de los obligados tributarios la parte que le corresponde, el plazo no se interrumpe para los demás.

Si existieran varias deudas liquidadas a cargo de un mismo obligado al pago, la interrupción de la prescripción solo afectará a la deuda a la que se refiera.

La suspensión del plazo de prescripción contenido en la letra b) del artículo 66 de esta Ley, por litigio, concurso u otras causas legales, respecto del deudor principal o de alguno de los responsables, causa el mismo efecto en relación con el resto de los sujetos solidariamente obligados al pago, ya sean otros responsables o el propio deudor principal, sin perjuicio de que puedan continuar frente a ellos las acciones de cobro que procedan.

El párrafo sombreado en negrita incrusta en el precepto legal una nueva regla interruptiva de la prescripción, que no puede entenderse como una mera reiteración enfática de la regla contenida en el párrafo primero, de lo contrario se vaciaría de contenido la adición de este nuevo párrafo, y se frustraría su vocación normativa.

La adición, incrustada en la primitiva locución normativa por la Ley 7/2012, añade un *plus* a la redacción originaria, ampliando notablemente su campo semántico y sus efectos jurídicos. En efecto, la nueva regla, que se refiere *expressis verbis* al concurso, el litigio y a

las demás causas de interrupción, extiende a todas ellas «la suspensión del plazo de prescripción contenido en la letra b) del artículo 66 de esta Ley». Por ende, tras la Ley 7/2012, queda claro que en caso de concurso existe una interrupción suspensiva de la responsabilidad tributaria hasta la conclusión del mismo. El legislador se vio obligado a precisarlo porque antes no era así. Y, por tanto, tampoco podría extenderse retroactivamente esta nueva regla interruptiva de la prescripción a un concurso declarado antes de su entrada en vigor.

Y esta lectura del originario artículo 68.7 de la LGT es plenamente coherente con el también originario artículo 68.8 de la LGT, en redacción anterior a la Ley 7/2012, a cuyo tenor:

Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la interposición del recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por el ejercicio de acciones civiles o penales, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal o por la recepción de una comunicación judicial de paralización del procedimiento, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando la Administración tributaria reciba la notificación de la resolución firme que ponga fin al proceso judicial o que levante la paralización, o cuando se reciba la notificación del Ministerio Fiscal devolviendo el expediente.

Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la declaración del concurso del deudor, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo en el momento de aprobación del convenio concursal para las deudas tributarias no sometidas al mismo. Respecto a las deudas tributarias sometidas al convenio concursal, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando aquellas resulten exigibles al deudor. Si el convenio no fuera aprobado, el plazo se reiniciará cuando se reciba la resolución judicial firme que señale dicha circunstancia.

Lo dispuesto en este apartado no será aplicable al plazo de prescripción del derecho de la Administración tributaria para exigir el pago cuando no se hubiera acordado la suspensión en vía contencioso-administrativa.

En la redacción originaria, no existía interrupción suspensiva de la prescripción hasta la finalización del concurso, sino una interrupción condicionada a la formalización o frustración del convenio.

La interrupción prescriptiva contraía su efecto temporal a las vicisitudes del convenio, lo que obedecía a una inapelable lógica concursal, toda vez que la Administración tributaria gozaba de derecho de abstención (art. 164.4 LGT).

En contraste con esta situación de interrupción interina de la prescripción, tras la reforma operada con la Ley 7/2012 se introduce una suspensión de la interrupción para el responsable tributario y el nuevo artículo 68.7 de la LGT, también afectado por la reforma de 2012, dispone que:

Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la interposición del recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por el ejercicio de acciones civiles o penales, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal o por la recepción de una comunicación judicial de paralización del procedimiento, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando la Administración tributaria reciba la notificación de la resolución firme que ponga fin al proceso judicial o que levante la paralización, o cuando se reciba la notificación del Ministerio Fiscal devolviendo el expediente.

Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la declaración de concurso del deudor, el cómputo se iniciará de nuevo cuando adquiera firmeza la resolución judicial de conclusión del concurso. Si se hubiere aprobado un convenio, el plazo de prescripción se iniciará de nuevo en el momento de su aprobación para las deudas tributarias no sometidas al mismo. Respecto de las deudas tributarias sometidas al convenio concursal, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando aquellas resulten exigibles al deudor.

Lo dispuesto en este apartado no será aplicable al plazo de prescripción del derecho de la Administración tributaria para exigir el pago cuando no se hubiera acordado la suspensión en vía contencioso-administrativa.

Es decir, el precepto reformado, y vigente en la actualidad, extiende la interrupción suspensiva de la prescripción a la conclusión del concurso. Ahora bien, ello no autoriza a pensar en modo alguno que esa interrupción prescriptiva se extienda a un responsable solidario no declarado como tal por acto administrativo de derivación, de lo contrario se estaría extendiendo indebidamente una causa interruptiva de la acción recaudatoria a la mera autotutela declarativa que queda intacta frente a un eventual proceso concursal.

Referencias bibliográficas

Blázquez Lidoy, A. (2004). Obligados tributarios. En C. Palao Taboada (coord.), *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*. Centro de Estudios Financieros.

Jiménez Compaired, I. (2011). Los administradores como responsables solidarios (art 42 LGT). En *La responsabilidad de*

los administradores de las sociedades de capital. La Ley.

Luque Cortella, A. (2014). Algunas dudas interpretativas en torno a la responsabilidad tributaria de quienes obstaculicen la ejecución sobre el patrimonio del deudor. *Crónica Tributaria boletín de actualidad*, 5, 39-44.



La incorporación al impuesto sobre sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II

Pablo Benítez Clerie

Licenciado en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas

Extracto

Las asimetrías híbridas son un importante foco de riesgo tributario definido en el marco de las acciones BEPS. Las normas para combatirlas deben dar una respuesta contundente y coordinada a los efectos perniciosos de estas figuras y, para ello, se aprobó en 2017 la Directiva ATAD II, que será objeto de transposición a nuestra norma interna en un plazo muy breve. Si bien afectará a distintas expresiones normativas de nuestro ordenamiento jurídico tributario, su influencia en el impuesto sobre sociedades será importante, pudiendo afectar a las normas ya existentes en el mismo y con toda seguridad provocando el nacimiento de otras nuevas.

Palabras clave: asimetrías híbridas; BEPS; impuesto sobre sociedades.

Fecha de entrada: 11-03-2020 / Fecha de aceptación: 17-04-2020

Cómo citar: Benítez Clerie, P. (2020). La incorporación al impuesto sobre sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 451, 93-120.





Hybrid mismatches incorporation to Spanish corporate tax law. The ATAD II transposition

Pablo Benítez Clerie

Abstract

Hybrid mismatches, defined by BEPS actions, are a very important tax risk source. The legal rules should give a strong and coordinated answer to the harmful effects of these mismatches. For this purpose, the ATAD II Directive was approved in 2017. This Directive should be transposed in the short term to our domestic legislation. Although it is going to affect different laws, the influence in the corporate tax law will be huge, affecting current legislation, and causing the birth of new rules.

Keywords: hybrid mismatches; BEPS; corporate tax.

Citation: Benítez Clerie, P. (2020). La incorporación al impuesto sobre sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 93-120.

Sumario

1. Introducción
2. Primeros pasos para entender el funcionamiento de las asimetrías híbridas
3. Algunas asimetrías híbridas con especial repercusión en el IS
 - 3.1. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación
 - 3.1.1. Definiciones
 - 3.1.2. Esquemas a analizar y reglas sugeridas
 - 3.1.2.1. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación en rentas
 - 3.1.2.2. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación de rendimientos subyacentes
 - 3.1.3. Aplicación a la norma española
 - 3.1.3.1. El «desajuste temporal tolerable»
 - 3.1.3.2. El método de imputación como posible solución
 - 3.2. Asimetrías derivadas de diferencias en la asignación de pagos
 - 3.2.1. Definiciones
 - 3.2.2. Esquema a analizar y reglas sugeridas
 - 3.2.3. Aplicación a la norma española
 - 3.3. Asimetrías derivadas del no cómputo de los pagos
 - 3.3.1. Definiciones
 - 3.3.2. Esquema a analizar y reglas sugeridas
 - 3.3.3. Aplicación a la norma española
 - 3.4. Asimetrías derivadas de efectos de doble deducción
 - 3.4.1. Esquema a analizar y reglas sugeridas
 - 3.4.2. Aplicación a la norma española
4. Conclusiones: sugerencias de cambio en la norma española para la transposición de ATAD II

Referencias bibliográficas

Bibliografía



1. Introducción

La aprobación, en el año 2015, de los informes del proyecto BEPS (Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios)¹ en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), terminó con un paquete de 15 acciones que tuvieron como resultado una serie de normas internas e internacionales e instrumentos para combatir el fraude y la elusión fiscal², asegurando que los beneficios tributaban donde se desarrollaban las actividades que los generaban, así como donde el valor era creado³.

Uno de los temas a abordar era la existencia de asimetrías híbridas. Con la aprobación del informe definitivo de la acción 2 de BEPS, se concretaron los problemas que en el ámbito tributario amenazaban a las distintas jurisdicciones fiscales, derivados de distintas calificaciones de instrumentos, transferencias o entidades, dándose en algo más de 450 páginas diferentes propuestas de solución para abordarlos.

La necesidad de una actuación coordinada, junto con el carácter de *soft law* que es propio de los informes nacidos del seno de la OCDE, hicieron que en 2016 se aprobase por la Unión Europea (UE) la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, y un año más tarde se modificase la misma por la Directiva (UE) 2017/952, del Consejo. Eran las llamadas «Directivas antifraude» o «Directivas antielusión» (ATAD, por sus siglas en inglés)⁴ I y II, que constituyen el marco comunitario de derecho derivado en materia tributaria en cuanto a los efectos de las asimetrías híbridas. Dicho derecho derivado marcaba un plazo de transposición a la norma interna que, excepto para las asimetrías híbridas invertidas, venció el 31 de diciembre de 2019.

¹ *Base Erosion and Profit Shifting*, en inglés.

² Según De Juan Casadevall (2018), podemos afirmar que el análisis de compatibilidad de un comportamiento o situación fiscal controvertida a la legalidad tributaria admite una triple categorización: La evasión o fraude fiscal (*tax evasion*), la elusión fiscal (*tax avoidance*) y la planificación fiscal, conocida en nuestro país como economía de opción (*legitimate tax avoidance*).

³ <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>>.

⁴ *Anti Tax Avoidance Directive*.

Sin embargo, transponer normas que resumen y hacen un esfuerzo sistematizador de primer nivel de propuestas de solución a problemas tan consolidados como el de las asimetrías tributarias híbridas, se antoja complicado. El presente trabajo analiza las modificaciones que algunas de estas asimetrías podrían suponer para la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

2. Primeros pasos para entender el funcionamiento de las asimetrías híbridas

Según el texto del informe final de la acción 2, las asimetrías híbridas explotan las diferencias en el trato fiscal de una entidad o instrumento bajo las normas de dos o más jurisdicciones para alcanzar un efecto de doble no-imposición, incluyendo un diferimiento a largo plazo. Ello resulta en una importante erosión de las bases imponibles en los diferentes países implicados, lo que impacta negativamente en la competitividad, eficiencia, transparencia y justicia en la tributación.

De acuerdo con esta definición, podemos caracterizar las asimetrías híbridas con los siguientes rasgos:

1. Surgen de una diferencia de trato por parte de dos o más jurisdicciones. De hecho, podemos asumir que estamos ante un problema de calificación, un conflicto de calificación que produce un tratamiento fiscal asimétrico (De Juan Casadevall, 2017). En función de que la diferencia de trato lo sea de calificación de una entidad, un instrumento financiero o una transferencia, se producirán unos u otros efectos.
2. Efecto de doble no imposición, sea por un efecto de doble aprovechamiento de pérdida (deducción/deducción, D/D) o de deducción sin correlativa inclusión en la base imponible de la contraparte (deducción/no inclusión, D/NI).

Para las diferentes asimetrías (que se identifican con los medios utilizados –instrumento financiero, entidad, establecimiento permanente– para provocarlas), el artículo 9 de ATAD II da una solución de neutralización a los efectos que producen⁵: en los supuestos de D/D, cuando la asimetría se localiza entre dos Estados miembros, se deniega la deducción en el Estado del inversor (norma primaria) y si no se hiciese, en el del ordenante (norma secundaria), con especificaciones para el caso de intervenir terceros Estados.

⁵ Nos referiremos a las soluciones otorgadas para los efectos más relevantes: los ya vistos de deducción sin inclusión o doble deducción. En función del tipo de asimetría en el que estemos, podemos encontrar, además, la generación de un crédito fiscal excesivo o la no tributación ante ninguna jurisdicción.

En los supuestos de D/NI, por su parte, se denegará la deducción en el Estado del ordenante (norma primaria) y si no se hiciese, se incluirá en la renta del ordenante (norma secundaria), cuando ambos estén en Estados miembros.

Estas *linking rules*, clasificadas en *primary rule* y *secondary rule*⁶ están en línea con lo recomendado por la OCDE en el informe definitivo de la acción 2, que así las llama.

Por último, y en relación con el contexto en que operan las asimetrías híbridas, el artículo 2.9 de la directiva aclara que una asimetría en resultado no se considerará híbrida salvo que se dé entre entidades vinculadas, o en el marco de lo que se denomina un «mecanismo estructurado». Con todo, nos centraremos en los efectos de las asimetrías híbridas y en las posibilidades de implantación en el impuesto sobre sociedades (IS).

3. Algunas asimetrías híbridas con especial repercusión en el IS

Aunque la gran mayoría de artículos doctrinales existentes en la actualidad sobre la materia se refieren a una clasificación más o menos uniforme sobre diferentes tipos de asimetría híbridas que identifica hasta 10 categorías diferentes, optaremos por seguir la clasificación otorgada por la propia Directiva ATAD II, que en su considerando 15 localiza cuatro⁷. Pásemos a verlas, centrándonos en las que mayor repercusión tienen en el IS:

3.1. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación

3.1.1. Definiciones

Al hablar de las diferencias de calificación, nos estamos refiriendo, principalmente, a las surgidas de los llamados «instrumentos financieros», definidos en el artículo 9, tercer párrafo, letra j), de la directiva, como:

[...] todo instrumento en la medida **que produzca un rendimiento financiero o de capital** sujeto a imposición con arreglo a las normas para la imposición de la

⁶ También llamada «regla defensiva».

⁷ Nos referimos a las asimetrías híbridas resultantes de pagos en virtud de un instrumento financiero; las asimetrías híbridas que sean consecuencia de diferencias en la atribución de pagos realizados a una entidad híbrida o un establecimiento permanente; las asimetrías híbridas resultantes de los pagos realizados por una entidad híbrida a su propietario o los pagos considerados realizados entre la sede de dirección y el establecimiento permanente o entre dos o más establecimientos permanentes y, por último, las dobles deducciones resultantes de pagos realizados por una entidad híbrida o un establecimiento permanente.

deuda, el capital o los derivados de acuerdo con la legislación del destinatario o del ordenante e incluya una transferencia híbrida. (La negrita es nuestra).

Dicha transferencia híbrida se define en la letra l) siguiente como cualquier mecanismo relativo a la transferencia de un instrumento financiero cuando el rendimiento subyacente del mismo se considere fiscalmente como derivado de más de una de las partes del mecanismo.

A efectos expositivos utilizaremos ejemplos necesarios para moldear las definiciones de ATAD: un instrumento financiero puede ser, por ejemplo, un bono, unas obligaciones o unas acciones. Supongamos que tomamos como instrumento financiero unas acciones (que producen un rendimiento, en este caso de capital, sujeto a imposición). Asimismo, para definir una transferencia financiera debemos encontrar un «mecanismo⁸» relativo a la transferencia de un instrumento financiero, y que el rendimiento que subyace en esta transferencia pueda entenderse derivado de más de una de las partes. Podemos pensar en una REPO, esto es, una operación de recompra en que una parte vende a otra un activo con el compromiso de recomprarlo en una fecha determinada y a un precio determinado.

Hemos reproducido la referencia de ATAD II a las definiciones que entran en juego a la hora de afrontar la asimetría derivada de diferencias de calificación. Efectivamente, la distinta calificación de los pagos efectuados (el «rendimiento financiero o de capital») y de la rentabilidad latente en operaciones con el propio instrumento (el «rendimiento subyacente») es el fundamento sobre el que descansa la definición de asimetría derivada de diferencias de calificación según el artículo 2.9 a) de la directiva.

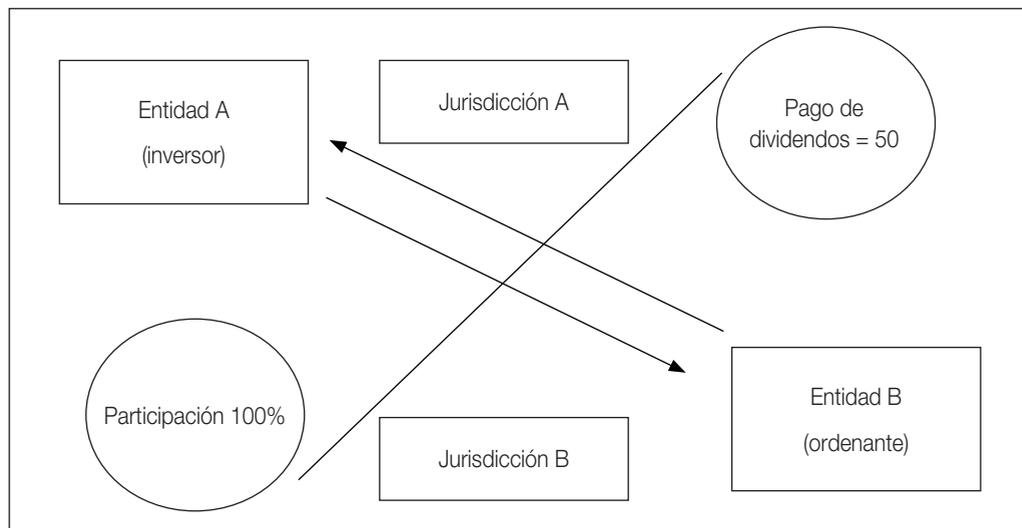
De acuerdo con lo visto, se define «asimetría híbrida» (derivada de las diferencias de calificación, para nuestra lógica expositiva) cuando se realice un pago «con arreglo» a un instrumento financiero, el pago se produzca entre empresas vinculadas y se produzca un efecto de deducción sin inclusión que derive de diferencias de calificación del instrumento.

3.1.2. Esquemas a analizar y reglas sugeridas

De acuerdo con lo expuesto, la asimetría derivada de diferencias en la calificación puede ser de dos tipos: la asimetría en rentas y la asimetría en rendimientos subyacentes.

⁸ Como se va a ver a lo largo de todo el trabajo, cuando la directiva, y en general muchas normas comunitarias, se refieren a «mecanismos», se están refiriendo más bien a lo que podemos entender como «operaciones», «dispositivos» o incluso «acuerdos». Así, en el artículo 6 de ATAD I, cuando se regula la norma general contra cláusulas abusivas (GAAR), se refiere la directiva a «mecanismo o mecanismos» que «desvirtúan el objeto o finalidad de la normativa tributaria aplicable». No en vano, las versiones inglesa y alemana de ATAD II utilizan las palabras «*arrangement*» y «*Gestaltung*», más cercanas a «acuerdos», mientras que la francesa utiliza la palabra «*dispositif*».

3.1.2.1. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación en rentas



En este caso, el más básico en cuanto a híbridos se refiere, la asimetría en resultados deriva de que la jurisdicción B califica los dividendos pagados por la entidad B como gastos financieros, de ahí que puedan deducirse en sede de la entidad B. Simultáneamente, la jurisdicción A califica estas rentas como rentas del capital y las deja exentas, produciéndose un efecto Deducción (en B) – No inclusión (en A)⁹.

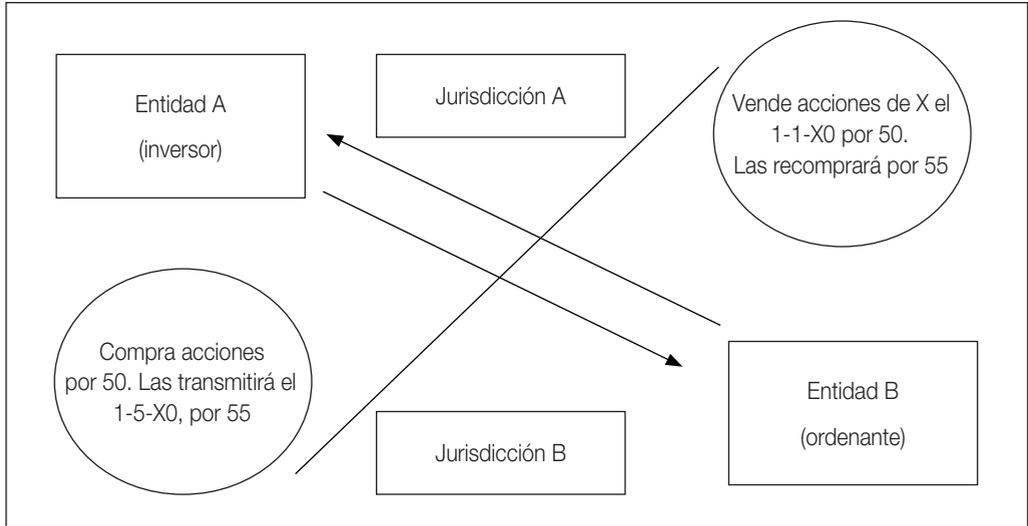
Para paliar y neutralizar este efecto no querido, la directiva impone las siguientes reglas:

Regla primaria (art. 9.2 a) ATAD II)	Estado del ordenante (B) deniega la deducción, si B es Estado miembro de la UE. Ajuste positivo de 50 en B.
Regla secundaria (art. 9.2 b) ATAD II)	Si B no deniega la deducción (porque no es Estado miembro(1)), la jurisdicción A debe incrementar la base imponible de A en el importe del pago deducido en B. Ajuste positivo de 50 en A.

(1) Pudiera ocurrir, sin embargo, que, no siendo Estado miembro, B aplicase normas antihíbridos en sintonía con la regla primaria prevista por ATAD II.

⁹ Dos casos específicos de asimetrías de este tipo los encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (rec. núm. 1130/2014 –NFJ062303–), respecto de los juros brasileños, que aceptó su calificación como dividendos exentos cuando generaban gasto deducible en la entidad pagadora, o en la Sentencia también del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014 (rec. núm. 1516/2013 –NFJ055388–), que denegó la aplicación de la exención por dividendos a un contribuyente español, sociedad que percibía rentas derivadas de acciones preferentes de su filial australiana teniendo aquellas consideración de intereses en Australia.

3.1.2.2. Asimetrías derivadas de diferencias de calificación de rendimientos subyacentes



En este caso, como hemos venido definiendo, la entidad B transmite un paquete de acciones de la entidad X a la entidad A en fecha 1 de enero de X0 por 50. En dicha transmisión se ha acordado ya una recompra cuatro meses después, el 1 de mayo de X0, por importe de 55. Es la llamada *Repurchase Agreement* o REPO. No obstante, la calificación de la operación como venta de un activo con posterior recompra puede ser discutida, pudiendo entenderse que se trata de un préstamo garantizado¹⁰. Así, puede producirse el siguiente efecto D/NI:

- La jurisdicción B entiende que se ha producido un préstamo de 50, garantizado con las acciones de X. Dicho préstamo genera unos gastos financieros deducibles en B por importe de 5 (es decir, la diferencia entre lo obtenido, 50, y lo abonado, 55, que comprende la devolución del principal e intereses de 5). B tiene unos gastos financieros deducibles por importe de 5.
- Por otro lado, la jurisdicción A califica la operación como REPO, tal y como hemos visto. En este escenario, la entidad A obtiene una serie de dividendos (exentos) derivados de la cartera de X, y posteriormente una ganancia de 5 (por la transmisión de la cartera) que se corresponde con el gasto deducible en B. Sin embargo, atendiendo a la calificación en A, esta plusvalía está exenta al derivar de la transmisión de valores.

¹⁰ Es lo que el informe final de la acción 2 denomina *Collateralised Loan Repo*.

Cabe apuntar, siguiendo a De Juan Casadevall (2017), que tanto el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, como sobre todo la Dirección General de Tributos (Consulta vinculante V3608/2013 –NFC049937–) siguen lo que dicho autor ha denominado «tesis sustancialista», la de la jurisdicción B. Se calificaría la operación (en el caso referido estamos ante la figura del *equity swap*, muy parecida al ejemplo expuesto) como de préstamo garantizado. La aplicación deriva del principio de prevalencia del fondo sobre la forma enunciado por el artículo 13 de la Ley General Tributaria (LGT), que cita el propio Sanz Gadea (2017)¹¹.

Para paliar y neutralizar este efecto no querido de D/NI, la directiva impone las siguientes reglas¹²:

Regla primaria (art. 9.2 a) ATAD II)	Estado del ordenante (B) deniega la deducción del gasto financiero, si B es Estado miembro de la UE. Ajuste positivo de 5 en B.
Regla secundaria (art. 9.2 b) ATAD II)	Si B no deniega la deducción (porque no es Estado miembro(1)) la jurisdicción A debe incrementar la base imponible de A en el importe del pago deducido en B. Ajuste positivo de 5 en A.

(1) Pudiera ocurrir, sin embargo, que, no siendo Estado miembro, B aplicase normas antihíbridos en sintonía con la regla primaria prevista por ATAD II.

Asimismo, los supuestos de generación de un crédito fiscal excesivo deberán ser combatidos, de acuerdo con el considerando 23 de la directiva, con la aplicación de una regla general antiabuso que podríamos encontrar en el artículo 16 de la LGT.

¹¹ Además del efecto D/NI, existen otros posibles efectos en los que no entraremos en profundidad, que se refieren a la generación de créditos fiscales excesivos. Consiste en una REPO tal y como ha sido descrita donde la recompra se hace por un precio inferior al de la venta en el importe del dividendo percibido. No se generan rentas, ya que debe esperarse que el valor de las acciones inicial y posterior difiera justo en el importe de dicho dividendo. Lo que, sin embargo, sí se genera, es la retención a cuenta del IS de la entidad que percibe el dividendo, que tendrá un crédito fiscal generado «innecesariamente». Del mismo modo puede ocurrir que, en un préstamo de valores entre entidades de dos jurisdicciones fiscales (perteneciendo los valores a otra entidad residente en una tercera jurisdicción), la retención en fuente del dividendo (practicada en la tercera jurisdicción) se atribuya como crédito fiscal diferente a la prestamista o la prestataria en función de la norma de sus respectivas jurisdicciones fiscales. Es lo que Sanz Gadea (2017) denomina «crédito fiscal plural», y que viene remediado en el artículo 9.6 de la directiva.

¹² La solución propuesta, según Sanz Gadea (2017), es contraria a la naturaleza jurídica y económica de la operación. Efectivamente, parece que los intereses realmente se han generado, de modo tal que la regla primaria debería atacar la no inclusión de las rentas en A, perceptora de unos flujos calificados como derivados del capital cuando realmente son ingresos financieros plenamente imponibles.

3.1.3. Aplicación a la norma española

Varias normas en el IS español se introdujeron pensando en paliar efectos como los descritos. Esta suerte de «protonormas antihíbridos» son, principalmente, los artículos 15 j) y 21.1, penúltimo párrafo, de la LIS.

El citado artículo 15 j) dispone que no son deducibles:

- j) Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento.

Esta disposición casa con la norma primaria vista para las asimetrías derivadas de diferencias en la calificación de rentas, por cuanto impone que se niegue la deducción de gastos que no generan un correlativo ingreso (derivado de esas diferencias en calificación) en el destinatario de los pagos. Se refiere, no obstante, a la posibilidad de que el ingreso correlativo en el destinatario de los pagos sea inferior al 10 %, algo que de hecho hace más duro, eleva el nivel de protección de ATAD¹³.

Por otro lado, el artículo 21.1, penúltimo párrafo, de la LIS señala:

No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.

Se trata de una norma que encaja claramente con la figura de la regla secundaria vista para las asimetrías derivadas de la calificación de rentas. Si bien aquella se refería a «incrementar» la base imponible de la perceptora del dividendo, en este caso la norma interna se refiere a negar la exención, lo que supone no practicar el ajuste negativo que la misma significa. Asimismo, carece la norma descrita de la condición de que se dé entre empresas vinculadas, lo que en términos de la norma comunitaria se denominan «empresas asociadas».

Previsiblemente, esta norma secundaria del artículo 21 no sería de aplicación de estar en presencia de lo que hemos llamado «asimetrías derivadas de diferencias de calificación de rendimientos subyacentes». Precisamente porque nos encontramos en supuestos de diferencias en rendimientos que subyacen en operaciones, lo normal será que en este caso se aplique en primer lugar un criterio de calificación del fondo sobre la forma recogido en

¹³ Debe tenerse en cuenta que dicho nivel de protección es un nivel mínimo, de acuerdo con el artículo 3 de ATAD I, por lo que este solivianto del mismo no debería tener barreras jurídicas.

el artículo 13 de la LGT, de modo tal que, si en España se encuentra el ordenante, será de aplicación el artículo 15 j) ya visto, y si lo estuviese el inversor, por aplicación del artículo 13 de la LGT se incluiría el ingreso en base imponible, *vid.* artículo 10.3 de la LIS.

3.1.3.1. El «desajuste temporal tolerable»

El necesario efecto de deducción sin inclusión que venimos viendo exige que el gasto deducible en el pagador no se traduzca en un ingreso imponible en quien recibe el pago *en un plazo razonable*. El artículo 2.9 de la directiva, en su letra a), desglosa las circunstancias en que se entiende que esto ocurre. De su lectura se deduce que se entenderá que es razonable el plazo de inclusión (y, por tanto, no existiría asimetría) cuando:

1. El periodo impositivo en el que el inversor incluya la renta comience dentro de los 12 meses anteriores al fin del periodo impositivo del ordenante¹⁴.
2. Cuando pueda «preverse razonablemente» que la misma será incluida por el destinatario en un periodo impositivo futuro y las condiciones del pago sean las que puede preverse que se acuerden entre dos empresas independientes. La «previsión razonable» de inclusión en periodos futuros, más que un juicio de la intencionalidad del inversor, debería tratarse, parece, como un examen de la posibilidad de imputación temporal en periodos impositivos futuros. A este respecto, podríamos encontrarnos con pagos (piénsese sobre todo en el supuesto de asimetrías derivadas de diferencias de calificación en rendimientos subyacentes) para los que se hubiese optado por parte del inversor en una integración de acuerdo con un criterio de caja como el previsto en el artículo 11.4 de la LIS, según el cual, en las operaciones a plazo o con precio aplazado, las rentas se entenderán obtenidas proporcionalmente a medida que sean exigibles los correspondientes cobros, excepto que la entidad decida aplicar el criterio del devengo¹⁵.

3.1.3.2. El método de imputación como posible solución

No es desde luego nuevo que una legislación tributaria reguladora del impuesto directo sobre corporaciones recoja, como métodos para evitar la doble imposición, el de exención

¹⁴ Aunque la versión en castellano puede inducir a cierta confusión, parece que debe interpretarse así. No en vano, la versión inglesa utiliza la expresión *within*, «dentro de».

¹⁵ Parece lógico que en estos casos prevalezca la posibilidad de adoptar este criterio en caso de existir la posibilidad en el país del inversor. El legislador español podría contemplar, en dicho caso, la posibilidad de exceptuar la aplicación del artículo 15 j) de la LIS cuando concurren circunstancias de este tipo en el país del inversor. Ello podría originar problemas en comprobaciones administrativas cuando el plan de pagos sea superior a cuatro años, ya que el gasto deducible solo podrá ser comprobado en ese plazo, puesto que la amenaza de la prescripción (art. 66 LGT) penderá sobre la actuación comprobadora.

y el de imputación. La ley española lo hace en los artículos 21 y 22 (para el de exención) y 31 y 32 (para el de imputación). Asimismo, muchos convenios para evitar la doble imposición suelen recoger la posibilidad de aplicar ambos métodos.

Sin embargo, debe reconocerse que el método de exención es origen de una serie de problemas que el de imputación no provoca. Así ocurre con los híbridos.

El efecto D/NI supone deducir un gasto y no incluir un ingreso en el destinatario del pago. Si B tiene un gasto de 100 por intereses y se los paga a A, que los califica de dividendos, tendremos la asimetría. Si sobre esos intereses pesa una retención en la fuente del 10 %, el gasto será de 100, siendo el resto una deuda frente a la Hacienda Pública por parte del pagador/retenedor, de modo que:

Cuenta	Debe	Haber
Gastos por intereses	110	
Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100
Deuda frente a la Hacienda Pública		10

Por su parte, A va a recibir un ingreso de 100 que podrá declarar exento (al tratarlos como dividendos), habiendo sido el gasto por impuesto de no residente asumido por B. Como esos ingresos financieros han tributado en B (es necesario que el convenio de turno, en su caso, así lo determine), la jurisdicción de A aplica el método de exención puesto que es la jurisdicción encargada de eliminar esa doble tributación. Hay un efecto deducción (en B) y uno de no inclusión (en A). Supongamos, sin embargo, que, *ceteris paribus*, en A se aplica únicamente el método de imputación. La entidad A debe incluir en su base imponible el importe bruto del «dividendo», esto es, 110, y podrá deducir de su cuota la menor de dos cantidades, ya sea la que pagó en B (10) o la que hubiese pagado en A por obtener el mismo ingreso. Al corregirse exclusivamente la cantidad ya tributada en B, no existe efecto no inclusión.

3.2. Asimetrías derivadas de diferencias en la asignación de pagos

3.2.1. Definiciones

El considerando 15 de ATAD II se refiere a las asimetrías surgidas de diferencias en la atribución de ciertos pagos realizados. Como se verá, esta diferencia en «atribución», que

podemos llamar diferencias en «asignación» de los mismos¹⁶ (a uno u otro contribuyente), requiere para que se produzca la concurrencia de una «entidad híbrida». Estas son definidas (art. 2.9, segundo párrafo, i) como:

[...] toda entidad o mecanismo que sean considerados entidades imponibles en virtud de la legislación de una jurisdicción y cuyas rentas o gastos se consideren rentas o gastos de otro u otros sujetos en virtud de la legislación de otra jurisdicción.

Esto es, se está refiriendo la norma comunitaria a lo que en términos de nuestra norma interna llamaríamos una entidad transparente en unas jurisdicciones que, no obstante, son contribuyentes plenos en otras¹⁷. En esos casos, podría ocurrir que mientras una jurisdicción (la que considera transparente a la entidad de turno) considera que las rentas de la entidad se deben atribuir a sus partícipes, socios o miembros, otra entienda que las mismas rentas deben tributar en sede de la propia entidad¹⁸. Más adelante veremos como ello puede generar asimetrías híbridas¹⁹.

De conformidad con lo expuesto, la propia directiva recoge las asimetrías derivadas en diferencias en la atribución pagos. Sus elementos comunes serían: 1) se requiere que se produzca un pago; 2) dicho pago debe producir un efecto de D/NI que derivará de diferentes asignaciones de los mismos entre entidades híbridas y sus socios o partícipes²⁰; 3) la relación de asociación (vinculación) exigida en general para todas las operativas que originan asimetrías híbridas deberá ser del 50 % (art. 2.4 a) ATAD II).

¹⁶ Seguimos acudiendo a la versión en inglés para encontrar que se usa el término «*allocation*», literalmente «asignación». «*Zuordnung*», en alemán, puede entenderse también como atribución, asignación. La versión francesa utiliza el término «*attribution*». A efectos expositivos, utilizaremos la palabra «asignación» o «atribución» indistintamente.

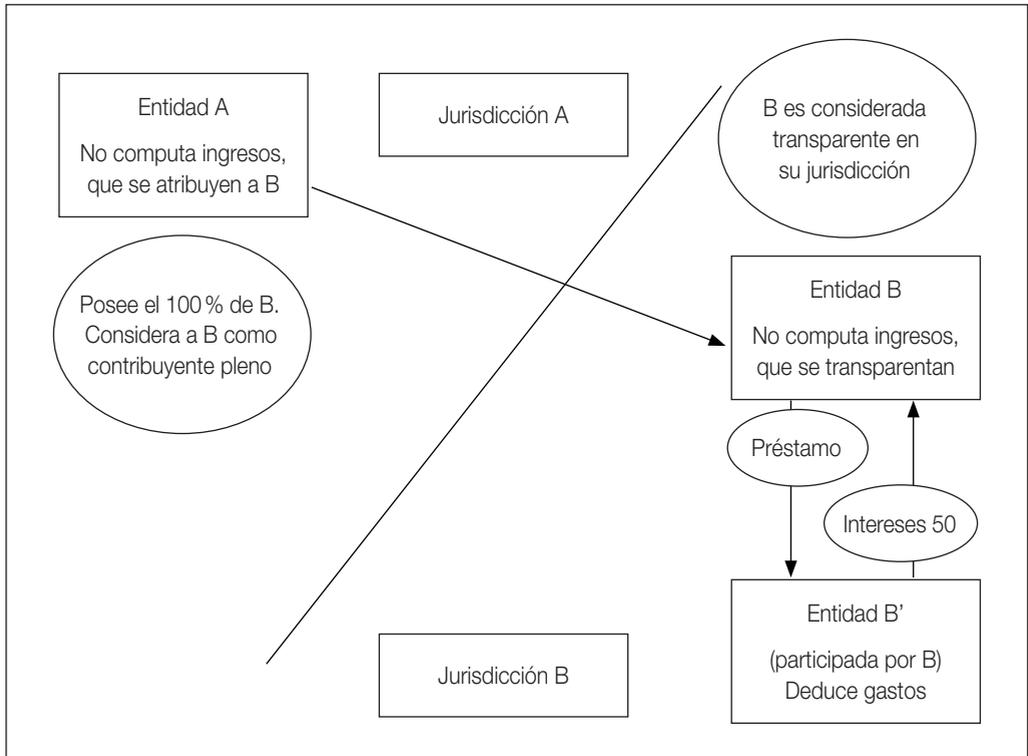
¹⁷ De la legislación española (principalmente, arts. 6 LIS, 37 texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y 87 Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas –LIRPF–) se deriva que responden a esta definición las entidades constituidas en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas. Así, véase Sanz Gadea (2017).

¹⁸ Como se ve, estamos en puridad ante una nueva diferencia de calificación, esta vez de una entidad como transparente o no, aunque el resultado suponga una asignación de pagos distinta según la calificación que se haga.

¹⁹ A este respecto, es interesante tener en cuenta la Resolución de 6 de febrero de 2020, de la Dirección General de Tributos, sobre la consideración como entidades en régimen de atribución de rentas a determinadas entidades constituidas en el extranjero (BOE de 13 de febrero). En la misma se hace un análisis de la doctrina del centro directivo sobre diferentes figuras de entidades extranjeras que tienen la consideración de entidades en atribución de rentas en España.

²⁰ Las entidades híbridas en estos supuestos deben ser reconocidas como contribuyentes plenos por la jurisdicción de su matriz, pero como transparentes en su jurisdicción de residencia (entidad híbrida inversa).

3.2.2. Esquema a analizar y reglas sugeridas



El supuesto parte de la base de una jurisdicción de un socio «originario» (A) que participa en una entidad híbrida (B), llamada así porque es considerada transparente en su jurisdicción de residencia, pero contribuyente pleno en la de su socio (A). Asimismo, B participa en B', a la que otorga un préstamo que devenga intereses. Dichos intereses, que se deducen en B' (ahí surge el efecto deducción), ¿dónde tributarían? En sede de B no, porque la entidad B es considerada transparente y atribuye los pagos que recibe a su socio A. En A tampoco, porque en su jurisdicción se atribuyen dichos pagos a B, que es la entidad que los recibe en primer lugar y que la jurisdicción A considera contribuyente pleno (entidad opaca). De aquí surge el efecto no inclusión.

Para paliar y neutralizar este efecto no querido, la directiva impone las siguientes reglas:

Regla primaria (art. 9.2 a) ATAD II)

Estado del ordenante (B) deniega la deducción, si B es Estado miembro de la UE. Ajuste positivo de 50 en B'.





Regla secundaria (art. 9.2 b) ATAD II)

Si B no deniega la deducción en B' (porque B no es Estado miembro(1)), la jurisdicción A debe incrementar la base imponible de A en el importe del pago deducido en B'. Ajuste positivo de 50 en A(2).

- (1) Pudiera ocurrir, sin embargo, que, no siendo Estado miembro, B aplicase normas antihíbridos en sintonía con la regla primaria prevista por ATAD II.
- (2) La regla secundaria de ATAD II se refiere a que «cuando la deducción no se deniegue en la jurisdicción del ordenante, el importe del pago que, de otro modo, daría lugar a una asimetría en resultados se incluirá en concepto de renta en el Estado miembro que sea la jurisdicción del ordenante». Se trata de un fallo de traducción, incluso de transcripción, ya que debería haberse recogido «se incluirá en concepto de renta en el Estado miembro que sea la jurisdicción del inversor». No en vano, la versión inglesa se refiere al payee, no al payer.

Podría darse el caso de que B' residiese en otra jurisdicción diferente a A y B, debiéndose también en este caso producirse una cadena de participación que haga que A, B y B' sean entidades vinculadas con una participación entre ellas superior al 50 %²¹.

3.2.3. Aplicación a la norma española

Pudiese ocurrir que B' (entidad que debería no deducir el gasto que origina la no inclusión) fuese residente española. Al tratarse de un gasto que no tiene el correlato de un ingreso en una entidad vinculada, podría ser de aplicación el ya visto artículo 15 j) de la LIS, si bien habría que tener en cuenta que debería incluirse en el mismo que la definición de vinculación se determine en una participación del 50 % y que el efecto ha debido producirse no por una diferente calificación de la operación sino de la entidad en régimen en atribución de rentas, B.

Diferente sería si en España la entidad residente fuese A, y hubiese que configurar la norma defensiva o secundaria para el caso en que B' no estuviese situada en una jurisdicción fiscal comunitaria, no teniendo B la consideración de transparente en nuestro país. En este caso tenemos, desde el punto de vista de España, una sociedad participada que nunca va a repartir beneficios: si una sociedad híbrida inversa (transparente en su jurisdicción de residencia, pero opaca para la de su socio o partícipe, en este caso España) tiene la consideración de contribuyente pleno a efectos del IS, es porque se entiende asimilable a la figura de contribuyente recogida en el artículo 7 de la LIS. Dicho precepto, que recoge básicamente las entidades con personalidad jurídica diferenciada de la de sus socios, nos

²¹ O, en su caso, que estemos ante un acuerdo estructurado.

lleva a entender que, de acuerdo con la calificación más lógica de estas entidades desde España, las retribuciones de las mismas a sus socios derivarán de su condición de tales. Sin embargo, toda vez que la entidad en su propia jurisdicción de residencia es calificada como EAR, no tendrá que repartir ningún tipo de beneficio.

Todo esto impide que sea aplicable aquí la cláusula del artículo 21 que tomábamos como un brote de norma defensiva en la ley española.

Por tanto, posiblemente para este caso deba diseñarse una nueva norma que recoja las siguientes características: 1) incluya en la base imponible de la entidad partícipe en España una renta; 2) la renta incluida se corresponda con gastos deducidos por un contribuyente residente en una jurisdicción fiscal que no pertenezca a la UE; 3) ambos contribuyentes sean entidades vinculadas en más de un 50 %, y 4) la renta no haya tributado en ningún otro país debido a que el pagador de la misma tiene en su jurisdicción de residencia la consideración de entidad de naturaleza idéntica o análoga a una entidad en régimen de atribución de rentas en la que el contribuyente español tiene la consideración de socio o partícipe.

3.3. Asimetrías derivadas del no cómputo de los pagos

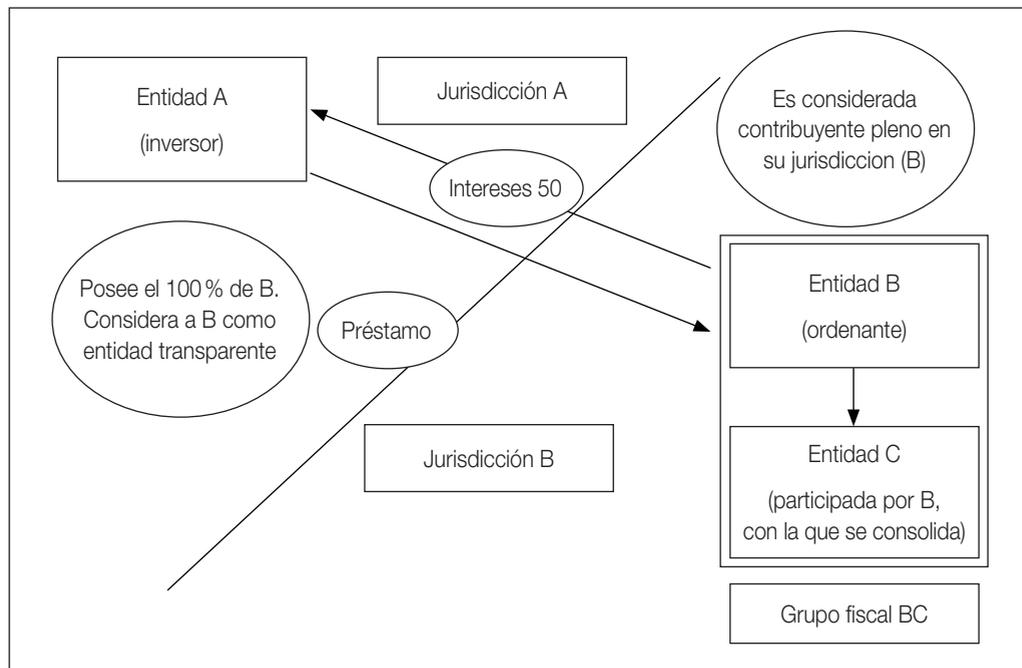
3.3.1. Definiciones

Es necesario traer aquí a colación un nuevo concepto, como es la renta de doble inclusión. Definida como «toda renta que esté incluida con arreglo a las legislaciones de las dos jurisdicciones en las que se ha originado la asimetría en resultados», podemos ejemplificarla con el supuesto de una entidad híbrida considerada contribuyente pleno en su jurisdicción de residencia y transparente en la de su matriz. Cualquier ingreso que tenga la entidad híbrida será una renta de doble inclusión, toda vez que será ingreso para el país de su residencia (que considera a la entidad como opaca) e ingreso para su matriz (que considera a la entidad como transparente).

La directiva recoge aquí las de asimetrías derivadas del no cómputo de pagos. Vamos a identificar sus elementos: 1) se requiere que se produzca un pago entre una entidad híbrida²² y su matriz; 2) dicho pago debe producir un efecto D/Ni, y 3) la relación de asociación (vinculación) exigida en general para todas las operativas que originan asimetrías híbridas deberá ser del 50 % (art. 2.4 a).

²² Las entidades híbridas en estos supuestos deben ser reconocidas como contribuyentes plenos por la jurisdicción de su residencia, pero como transparentes en la jurisdicción de su matriz, al contrario de lo que ocurría en el caso anterior.

3.3.2. Esquema a analizar y reglas sugeridas



Para explicar este gráfico, iremos punto por punto²³:

- A, residente en la jurisdicción A, es una entidad que posee el 100 % de las participaciones de la sociedad B, a la que considera transparente. Concede un préstamo a la entidad B que genera unos intereses en B. No obstante, como A no considera contribuyente independiente a B, ese préstamo no tiene la calificación jurídica de tal en A (ya que B carece de personalidad jurídica a sus efectos, y, por tanto, no puede contraer obligaciones de este tipo).
- Por su parte, B es una entidad residente en la jurisdicción B, para la cual es un contribuyente opaco, independiente, con personalidad jurídica propia. Recibe un préstamo de su socio único, A, que genera unos gastos financieros de 50, los cuales abona y se deduce. En este punto debemos diferenciar:
 - Si B solo obtuviese estos gastos, se generaría un efecto D/NI porque A no computa los mismos como ingresos al no entender a B como contribuyente pleno.

²³ El ejemplo que estudiamos ahora consta específicamente en el informe definitivo de la acción 2.

- No obstante, si B tuviese unos ingresos del mismo importe, 50, dichos ingresos también se computarían en A, serían lo que hemos llamado una «renta de doble inclusión». Es decir, existiría una deducción de 50 sin inclusión, pero también una doble inclusión de ese importe. El considerando 21 de ATAD II explica lo que parece lógico: «las asimetrías híbridas únicamente deben existir, no obstante, en la medida en que la jurisdicción del ordenante permita que la deducción se compense con un importe que no sea una renta de doble inclusión». La traducción a derecho positivo se encuentra en el artículo 2.9, párrafo segundo, b) de ATAD II: «solo existirá una asimetría híbrida en el sentido del párrafo primero, letras e), f) o g) *supra* si la jurisdicción del ordenante permite que la deducción se compense con un importe que no sea renta de doble inclusión». No habría, por tanto, asimetría híbrida en ese caso, toda vez que B hace que ese gasto de 50 se compense con un ingreso de igual importe, que es de doble inclusión, ya que se transparenta a A.
- Si los ingresos fuesen inferiores a los gastos, la diferencia sí generaría una asimetría digna de corrección con los mecanismos que veremos.
- Por último, un tercer interviniente es C, residente en el país B y que consolida con la entidad B. Con dicho régimen de consolidación se aprovechan los gastos en B para neutralizar ingresos (los de C) que no son renta de doble inclusión (en el caso de que los ingresos del grupo no transparentasen) y se genera el efecto D/NI que se pretende evitar. Sin embargo, como ocurría antes, en función del importe de los ingresos consolidados, si estos son inferiores a los gastos por intereses, y si se imputasen también a la dominante A, la diferencia generará la asimetría híbrida. Por ejemplo, si los ingresos de C fuesen de 45, el resultado consolidado de 5 sería, en caso de que se transparentase, la asimetría fiscal generada y que habría que corregir: B se dedujo 50, pero solo se palió el no cómputo de estos intereses con rentas de doble inclusión de 45.

Es decir, que la diferencia negativa entre ingresos y gastos del grupo, en este caso, será el importe de la corrección que deba practicarse.

Para paliar y neutralizar este efecto no querido, la directiva impone las siguientes reglas:

Regla primaria (art. 9.2 a) ATAD II)

Estado del ordenante (B) deniega la deducción, si B es Estado miembro de la UE. Ajuste positivo de 50 en B.

En caso de que los ingresos de todo el grupo fueran atribuidos a A, y que los ingresos de C fueran de 45, el ajuste positivo en B sería de 5.

Regla secundaria (art. 9.2 b) ATAD II)

Si B no deniega la deducción en B (porque B no es Estado miembro(1)), la jurisdicción A debe incrementar la base imponible de A en el importe del pago deducido en B. Ajuste positivo de 50 en A.





Regla secundaria (art. 9.2 b) ATAD II)
(cont.)

En caso de que los ingresos de todo el grupo fueran atribuidos a A, y que los ingresos de C fueran de 45, el ajuste positivo en A sería de 5.

(1) Pudiera ocurrir, sin embargo, que, no siendo Estado miembro, B aplicase normas antihíbridos en sintonía con la regla primaria prevista por ATAD II.

3.3.3. Aplicación a la norma española

Este primer supuesto, a efectos de su transposición, debe recoger, como es la esencia de las *linking rules* diseñadas por la acción 2 del plan BEPS, una norma primaria y otra secundaria o defensiva. La norma primaria sería aplicable cuando España fuese la jurisdicción del ordenante y, en caso contrario, cuando España fuese la jurisdicción de residencia de la entidad dominante (A, en nuestro ejemplo), habría que diseñar una norma secundaria si el ordenante no residiese en un Estado miembro.

La norma primaria en la ley española viene estudiándose detenidamente y aquí no tenemos una excepción. El artículo 15 j) exige, para negar la deducción del gasto ocasionado en B, que se produzca por operaciones realizadas con entidades vinculadas (algo que se produce si bien debería especificarse que el nivel de vinculación exigido debe elevarse al 50 % para estos casos), requiere también que dicho gasto no genere ingreso o genere un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 % (con los comentarios que ya hemos hecho al respecto) y que todo ello se deba a diferencias de calificación (debiendo incluirse un párrafo que habilite la aplicación de la norma cuando la asimetría se debe a que el pago no se compute por tratarse al contribuyente en la otra jurisdicción como transparente). Igualmente, habría que introducir referencias a las rentas de doble inclusión.

No deberían ser deducibles, por tanto, los gastos que deriven de operaciones realizadas con entidades vinculadas (participación mínima del 50 %) que no generen ingreso en las mismas debido a que estas consideran al contribuyente una entidad idéntica o análoga a las entidades en régimen de atribución de rentas, salvo que en sede de la entidad participe también se atribuyesen rentas que hubiesen tributado previamente en sede del contribuyente, en cuyo caso el importe de gasto no deducible será la diferencia entre el ingreso doblemente atribuido y el gasto no imputado en el socio o partícipe en el extranjero.

Más difícil se antoja el diseño de una norma secundaria. De acuerdo con la estructura del esquema, debería preverse cuando sea España la jurisdicción donde resida la entidad que participe en la entidad asimétrica, esto es, la entidad que juega el papel de inversor. La casuística que podemos encontrar en ese supuesto es muy vasta, por lo que partiremos del ejemplo de una entidad en régimen de atribución de rentas, constituida en el extranjero (fuera de la UE), sin presencia en territorio español con un solo socio o partícipe, residente en España, y contribuyente del IS español.

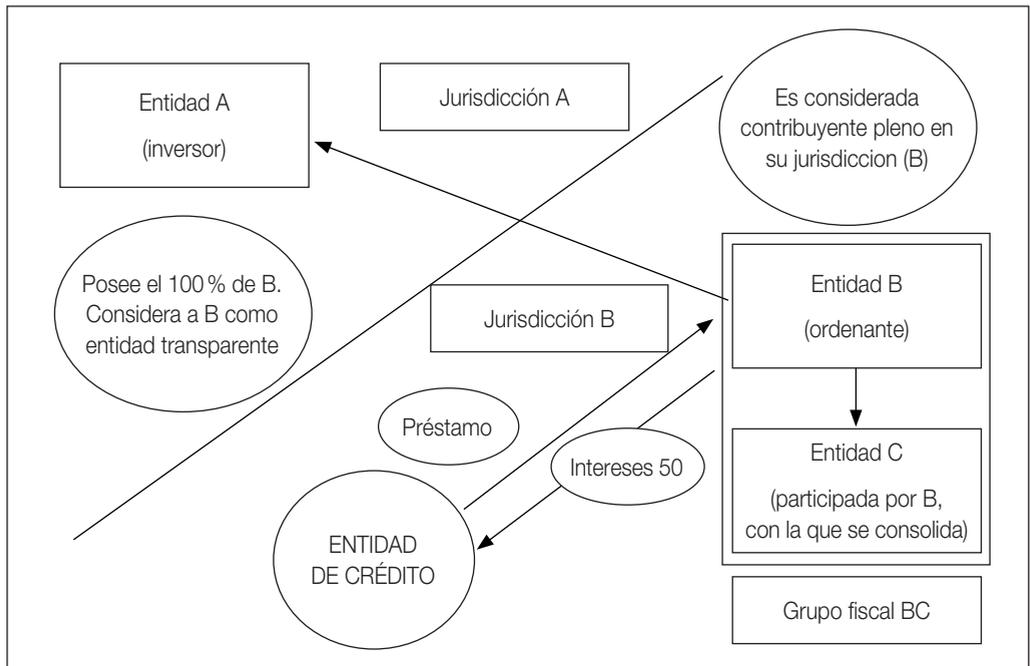
De acuerdo con la LIRPF, en esencia la base imponible de las entidades en atribución de rentas se calcula según las reglas del IRPF, salvo cuando todos sus socios o partícipes fuesen contribuyentes del IS en cuyo caso acudiríamos a la LIS. Es el ejemplo en el que estamos.

Por tanto, se requiere que en el IS se incluyan las rentas que, derivadas de operaciones con entidades extranjeras vinculadas en más de un 50 % y situadas en países no comunitarios, se hubiesen ignorado de acuerdo con las leyes españolas, pero hubiesen generado un gasto deducible en sede de la pagadora.

Esto último, y teniendo en cuenta que obviamente las leyes españolas no van a reconocer el ingreso en ningún caso (porque no deriva de una entidad con personalidad jurídica según nuestro ordenamiento jurídico), deberá suponer regular un ajuste positivo en la base imponible del IS.

3.4. Asimetrías derivadas de efectos de doble deducción

3.4.1. Esquema a analizar y reglas sugeridas



Como puede intuirse, este supuesto no abarca una estructura completamente novedosa, y de hecho podría haber sido clasificado en otros epígrafes, ya que lo realmente característico del mismo es que el efecto producido no es la D/NI, sino la doble deducción (D/D).

Todas las definiciones hechas anteriormente valen para poder entender el funcionamiento del mecanismo expuesto. En este lugar, parecido al de las asimetrías por no cómputo de pagos de la matriz vista más arriba, la gran diferencia consiste en que el préstamo no lo otorga la matriz, sino una entidad de crédito, lo que supone que, si antes la matriz ignoraba o no reconocía el pago de intereses que le hacía una entidad que consideraba transparente (con la consecuente no inclusión de los mismos), ahora el gasto que se deducía dicha entidad transparente (B) va a ser asimismo aprovechado por A, toda vez que se le atribuye la renta de B. La relación de vinculación debe ser de nuevo del 50 %.

Vayamos, de nuevo, punto por punto:

- A, residente en la jurisdicción A, es una entidad que posee el 100 % de las participaciones de la sociedad B, a la que considera transparente. Una entidad de crédito concede un préstamo a la entidad B que genera unos intereses en B por importe de 50. No obstante, como A no considera contribuyente independiente a B, esos intereses se atribuyen a la propia A, que los deduce por 50.
- Por su parte, B es una entidad residente en la jurisdicción B, para la cual es un contribuyente opaco, independiente, con personalidad jurídica propia. Recibe un préstamo de una entidad de crédito que genera unos gastos financieros de 50, los cuales abona y se deduce. En este punto debemos diferenciar:
 - Si B solo obtuviese estos gastos, se generaría un efecto D/D porque A computa los mismos como gastos al no entender a B como contribuyente pleno.
 - No obstante, si B tuviese unos ingresos del mismo importe, 50, dichos ingresos también se computarían en A. Volveríamos a lo que hemos llamado «renta de doble inclusión». Es decir, existiría una doble deducción de 50, pero también una doble inclusión de ese importe. No habría, por tanto, asimetría híbrida en ese caso.
 - Si los ingresos fuesen inferiores a los gastos, la diferencia sí generaría una asimetría digna de corrección.
- Por último, un tercer interviniente es C, residente en el país B y que consolida con la entidad B. Con dicho régimen de consolidación se aprovechan los gastos en B para neutralizar ingresos (los de C) que no son renta de doble inclusión (en el caso de que los ingresos del grupo no transparentasen) y se genera el efecto D/D que se pretende evitar. Sin embargo, como ocurría antes, en función del importe de los ingresos consolidados, si estos son iguales o inferiores a los gastos por intereses, y si se imputasen también a la dominante A, la diferencia generará la asimetría híbrida. Por ejemplo, si los ingresos de C fuesen de 45, el resultado consolidado de 5 sería la asimetría fiscal generada y que habría que corregir: B se dedujo 50, pero solo se palió el no cómputo de estos intereses con rentas de doble inclusión de 45.

Es decir, que la diferencia negativa entre ingresos y gastos del grupo, en este caso, será el importe de la corrección que deba practicarse.

Para paliar y neutralizar este efecto no querido, la directiva impone las siguientes reglas:

Regla primaria (art. 9.1 a) ATAD II)	El estado del inversor (A) deniega la deducción, si A es Estado miembro de la UE. Ajuste positivo de 50 en A. En caso de que los ingresos de todo el grupo fueran imputados a A, y que los ingresos de C fueran de 45, el ajuste positivo en A sería de 5.
Regla secundaria (art. 9.1 b) ATAD II)	Si A no deniega la deducción en A (porque A no es Estado miembro (1)), la jurisdicción B debe negar la deducción en B en el importe del pago. Ajuste positivo de 50 en B. En caso de que los ingresos de todo el grupo fueran imputados a A, y que los ingresos de C fueran de 45, el ajuste positivo en B sería de 5.

(1) Pudiera ocurrir sin embargo que, no siendo Estado miembro, B aplicase normas antihíbridos en sintonía con la regla primaria prevista por ATAD II.

Como se puede observar, para el efecto de D/D, la regla prevista por la directiva es justo la contraria que la prevista para el efecto D/NI. Aquí debe corregir, en primer lugar, el Estado del inversor, mientras que solo en caso de que este no lo haga (porque no se ve obligado a ello al no entrar en el ámbito de aplicación de la directiva, por no ser Estado miembro de la UE), será el estado del ordenante el que adopte la norma secundaria o defensiva, consistente en negar la deducción en su jurisdicción.

Aquí se pone de manifiesto la cuestión que se comentó al hablar de los conceptos de «ordenante» e «inversor». Para situaciones así, no se acomoda bien el término que veíamos válido para el efecto D/NI sobre el ordenante, rol que asumía en definitiva quien soportaba un gasto o pérdida. Aquí, sin embargo, encaja mejor la idea de ordenante como quien realiza el pago.

El artículo 9.1, *in fine*, establece en relación con la deducción que debe negar el Estado del inversor (regla defensiva), que «No obstante, tal deducción podrá compensarse con una renta de doble inclusión resultante de un periodo fiscal actual o futuro». Esta norma habilita al Estado del inversor a evitar la regularización cuando entienda que la asimetría deriva de un desajuste temporal (porque, por ejemplo, entienda que la entidad B obtendrá ingresos que se transparentarán igualmente y generarán un ingreso que tributará doblemente en sede de A). El reto será determinar un plazo para asegurar que la asimetría se corrige con posterioridad.

Por último, debe traerse a colación que también se prevé que concurra el mismo esquema con un establecimiento permanente como entidad dominante del grupo fiscal, manteniéndose igual el resto de condiciones del esquema visto.

La regla del *carry-back* o del *carry-forward*

Cuando vemos que la directiva hace referencia, al final del artículo 9.1, a que «[...] tal deducción podrá compensarse con una renta de doble inclusión resultante de un periodo fiscal actual o futuro», atendemos a una asunción de la norma comunitaria de lo que el informe final de la acción 2 denomina *carry-forward*²⁴. Básicamente que, en lugar de negar la deducción en la regla defensiva, se compense el gasto contra ingresos doblemente incluidos, obtenidos en periodos impositivos futuros²⁵.

Si bien el informe de la acción 2 contempla la posibilidad de aplicar igualmente una compensación «hacia atrás» (el llamado *carry-back*), la UE termina adoptando un criterio que no es desconocido en España. Sin ir más lejos, el propio artículo 16.1 de la LIS, en relación con el límite de deducción de gastos financieros, así lo prevé. En nuestro caso, y dentro del contexto de la regla secundaria, podría contemplarse la posibilidad de declarar los gastos como no deducibles, sin perjuicio de que los mismos puedan deducirse en periodos impositivos siguientes, conjuntamente con los del periodo impositivo correspondiente, y con el límite de los ingresos que se transparenten al socio (para garantizar que se compensan con rentas de doble inclusión).

3.4.2. Aplicación a la norma española

En nuestro ordenamiento jurídico, como hemos visto, el artículo 15 j) de la LIS puede tomarse como regla primaria cuando estamos ante un efecto de D/NI. No obstante, cabría entender que sirve igualmente como norma primaria en el caso de los efectos de doble deducción, toda vez que, en puridad, el gasto (en A) no produce un correlativo ingreso en sede de una entidad vinculada (B). Sin embargo, parece que la configuración del artículo («gastos que no generen ingreso») se refiere a una neutralización del efecto D/NI más que a un efecto D/D. Es por ello que, sin perjuicio de que pueda interpretarse el citado precepto para adaptarlo como norma primaria en estos casos, un precepto diferente (una letra distinta) en el artículo 15 podría ser recomendable. Dicho precepto debería contener los siguientes requisitos: 1) establecer como no deducible un gasto; 2) que el gasto derive de atribuciones de rentas entre entidades vinculadas con participaciones superiores al 50 %, y 3) que se corresponda con una renta neta negativa que, debido a una calificación diferente de la naturaleza jurídica de la entidad pagadora por la jurisdicción de residencia de su socio o partícipe, hubiese sido deducible también en la jurisdicción de la entidad pagadora. Por renta neta deberá entenderse el exceso de gasto sobre ingresos atribuidos.

La norma secundaria (aplicable a B, la entidad que abona los intereses a la entidad de crédito y que se considera transparente en la jurisdicción de A), que debe tratar igualmente de evitar la deducción de un gasto cuando el mismo ha sido deducido en sede de un socio residente en

²⁴ Páginas 72 y siguientes del informe definitivo de la acción 2 de BEPS.

²⁵ A este respecto, Blasco Marzal (2017, capítulo 12).

un Estado no miembro y que considera a la entidad transparente, deberá, por su parte, tener las siguientes características: 1) establecer como no deducible un gasto; 2) que dicho gasto derive de atribuciones de rentas entre entidades vinculadas con participaciones superiores al 50 %, y 3) que se corresponda con una renta neta negativa que haya sido considerada deducible en sede del socio o participe del contribuyente debido a una calificación distinta de la naturaleza jurídica del propio contribuyente por la jurisdicción de residencia de su socio o participe.

4. Conclusiones: sugerencias de cambio en la norma española para la transposición de ATAD II

Para una correcta transposición de ATAD II, podrían barajarse varias alternativas. Una de ellas sería la inclusión de las normas en un título o capítulo independiente, como han hecho algunos países de nuestro entorno. Por ahora, plantearemos las potenciales modificaciones que cabría considerar sobre los textos normativos vigentes

1. La norma primaria por antonomasia para los efectos D/NI: el artículo 15 j) de la LIS

Podrían modificarse los siguientes aspectos del precepto:

1. La remisión a la ausencia de ingreso o ingreso inferior al 10 % en el extranjero. Podría plantearse la opción de dejarlo en ingresos que no se generen, si bien la opción actual endurece la norma comunitaria, lo que no debería presentar problema al tratarse de una protección mínima.
2. La referencia a un plazo razonable de inclusión del ingreso, como ya se ha comentado.
3. Para paliar los efectos D/NI derivados de la estructura de entidades híbridas inversas (transparentes en su jurisdicción, opacas en la de su socio), se hace necesaria una cláusula en el artículo que especifique que dicho efecto podrá producirse, además de por «una calificación fiscal diferente en estas» (se refiere el artículo a las «operaciones»), por «haberse generado frente a una entidad en atribución de rentas que tenga una calificación jurídico tributaria distinta en la jurisdicción de quien debió integrarse el ingreso por atribución».
4. Por su parte, los efectos D/NI generados en operaciones con entidades híbridas (contribuyentes plenos en su jurisdicción y transparentes en la de su socio), necesitan de una cláusula en el mismo sentido que la anterior. Es decir, que especifique que el efecto que se pretende combatir no depende de la diferencia de calificación sino de, en este caso, «derivar el gasto de una operación con una persona vinculada en cuya jurisdicción se califica al contribuyente como entidad idéntica o análoga a una entidad en atribución de rentas». Asimismo, habría que

incluir («salvo») una excepción para el caso de rentas de doble cómputo («hasta el límite de los ingresos que, como consecuencia de la atribución, hubiesen tributado también en la jurisdicción del destinatario»).

5. Por último, y para un esquema con un efecto de doble deducción, la cláusula que podría necesitarse debería referirse a un gasto atribuido por una entidad idéntica o análoga a una entidad de atribución de rentas que en su jurisdicción careciese de esa calificación jurídica, habiendo sido objeto de deducción el mismo gasto en dicha jurisdicción.

2. La «protonorma» secundaria o defensiva: el artículo 21.1, penúltimo párrafo, de la LIS

Si bien el artículo 15 j) de la LIS es la norma primaria por excelencia en la mencionada norma, y la gran norma antihíbridos en la misma, el artículo 21.1, penúltimo párrafo, del mismo texto pasa por ser una suerte de norma secundaria muy limitada, ya que adolece de carencias como, principalmente, servir con carácter casi exclusivo para dividendos recibidos que hayan tenido la consideración generalmente de gasto financiero en origen, es decir, para asimetrías derivadas de instrumentos financieros.

Debe observarse que este artículo no hace referencia a la necesidad de que la entidad que se deduce el gasto en origen sea vinculada, ni siquiera que sea comunitaria, así como que omite que este efecto sea derivado de una diferencia en cuanto a la calificación de la renta. Es de esperar que no abordar estos puntos no tenga influencia real en el funcionamiento de la norma defensiva: en todo caso, se está endureciendo la directiva, lo que ya hemos visto que es admisible.

Sin embargo, sí queda ausente de configuración una norma defensiva para las asimetrías derivadas de diferencias de calificación de rendimientos subyacentes, también llamadas «transferencias híbridas». Para afrontar este tipo de asimetrías, además de ser necesario un artículo que permita recalificar las rentas (para ello existe el art. 13 LGT), el artículo 15 j) puede ser suficiente para contar con una norma primaria. Pero el 21, relativo a dividendos, tendría en su caso que ampliarse a plusvalías de cartera (posiblemente reproduciéndolo en el apartado 3 del art. 21) para poder entenderse transpuesto el artículo 9.2 de ATAD en este sentido.

3. El establecimiento de las condiciones de vinculación en el artículo 18.2 de la LIS

Ya hemos visto que el artículo 2.4 a) de ATAD eleva el vínculo necesario para la existencia de relación de asociación de un 25 % a un 50 % en ciertos casos.

Por ello, podría ser suficiente con, manteniendo la referencia a sujetos vinculados con los que se realizan operaciones en las normas primaria o secundaria que puedan diseñarse (por ejemplo, en el art. 15), elevar en el artículo 18.2, segundo párrafo, de la LIS dicho porcentaje del 25 % (que ya consta) al 50 %.

4. Nueva norma defensiva para asimetrías derivadas de diferencias en asignaciones de pagos entre entidades vinculadas

Como hemos visto, el artículo 21 es una norma secundaria muy específica, ya que se reduce al supuesto de dividendos, no alcanzando siquiera a los de plusvalías de cartera. Ahora nos encontramos con una entidad híbrida inversa que se considera opaca desde España (estamos en el contexto de una norma secundaria) y que nunca va a repartir beneficios (porque en su jurisdicción no reparte beneficios y entiende que todos los ingresos se transparentan). Se hará necesario, por tanto, una nueva norma que integre en la base imponible las rentas derivadas de entidades vinculadas, residentes en países que no pertenezcan a la UE, que cumplan los siguientes requisitos: 1) hubiesen podido deducirse por dichas entidades; 2) no hubiesen generado ingreso alguno en sus partícipes por tener estos una calificación jurídico-tributaria en su jurisdicción de residencia como entidades idénticas o análogas a las entidades en régimen de atribución de rentas, y 3) que de dichos partícipes sea a su vez socio o partícipe el contribuyente.

5. Nueva norma defensiva para asimetrías híbridas por no cómputo de pagos en sede de matrices frente a sus entidades híbridas participadas

En este caso, y por los mismos motivos expuestos antes, se hace necesario una norma nueva que combata este tipo de asimetrías si no lo hace la jurisdicción del ordenante. Así, habría que especificar que se integrasen en la base imponible las rentas derivadas de las operaciones con entidades de naturaleza idéntica o análoga a entidades en régimen de atribución de rentas residentes en Estados que no sean miembros de la UE, en las que el porcentaje de participación sea superior al 50 %, y cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1) Dichas entidades no se califiquen como de naturaleza idéntica o análoga a entidades en régimen de atribución de rentas en su país de residencia; 2) debido a esta diferente calificación, las rentas a integrar en la base imponible del contribuyente hayan originado gastos deducibles en la participada, y 3) la integración se haga por el exceso sobre el importe de los ingresos que, por el mismo motivo de diferencia de consideración jurídica de la participada, hubiesen tributado tanto en España como en la jurisdicción de residencia de esta.

6. Nueva norma defensiva para asimetrías híbridas de doble deducción por atribución de pagos por entidades híbridas a sus matrices

En este caso, donde estamos ante un supuesto de D/D, el precepto a introducir podría ser prácticamente igual que el anterior, pero en lugar de referirse a rentas derivadas «de operaciones con entidades», hacerlo a «rentas derivadas de entidades», toda vez que en este caso el gasto deducible en la participada híbrida deriva de una operación con una entidad de crédito, generando doble deducción, y no con la propia partícipe en España, en cuyo caso se generaba un efecto de deducción sin inclusión.



7. Otras normas necesarias para transponer ATAD II

Como hemos venido apuntando, hay otros preceptos que contienen reglas que pudieran adaptarse para una mejor transposición de la directiva. Entre otros, hemos comentado la posibilidad que otorga esta de configurar una regla de *carry forward* para la última norma comentada, la de la regla secundaria o defensiva en los supuestos de asimetrías derivadas de doble deducción, entre otras.

Referencias bibliográficas

Blasco Marzal, A. (2017). Desajustes en el equilibrio de las bases imponibles por instrumentos híbridos. En J. M. Almudí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez y P. A. Hernández González-Barreda (eds.), *El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BPES): G20, OCDE y Unión Europea*. Aranzadi.

Juan Casadevall, J. de. (2017). La neutralización de híbridos en la directiva ATAD 2. *Quincena Fiscal*, 15, 159-181.

Juan Casadevall, J. de. (2018). La cláusula antiabuso en la Directiva ATAD. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 427, 5-38.

Sanz Gadea, E. (2017). La directiva antiabuso (III). Asimetrías híbridadas. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 415, 43-102.

Bibliografía

OECD. (2015). *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris.

Rodríguez Peña, N. (2018). Asimetrías híbridadas con terceros países. *Fiscalidad Inter-*

nacional y Negocios Transnacionales, 7, 141-150.

Simón Yarza, M. E. (2015). *La exención de dividendos y plusvalías para corregir la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades*. Lex Nova.

¿Hacia la *administrativización* del delito fiscal?

Análisis de la [STS de 2 de octubre de 2019, rec. núm. 708/2018](#)

Claudio García Díez

*Abogado. Doctor en Derecho
Profesor de la UDIMA*

Extracto

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2019 objeto de este comentario es un claro exponente del riesgo (cada vez más consistente) de *contaminar* el delito fiscal con institutos antielusorios (en este caso, el principio de calificación del art. 13 de la Ley General Tributaria) que, en principio, deberían operar y desplegar efectos en el ámbito estrictamente tributario, poniendo en peligro la *autonomía selectiva* del artículo 305 del Código Penal con relación a la infracción tributaria.

1. Supuesto de hecho

1. La sentencia que va a ser objeto de análisis es un buen exponente de lo que parece una nueva tendencia interpretativa de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS) acerca del delito fiscal. Desde el año 2005 viene siendo pacífico que la *defraudación tributaria* requiere no solo la verificación del incumplimiento de la normativa tributaria, generadora de un perjuicio económico; sino que además (y, en particular) exige la acreditación de una genuina «puesta en escena» encaminada a menoscabar los intereses de la respectiva Hacienda Pública. Solo la prueba plena de ambos extremos (tributario y penal) hace subsumible la conducta denunciada en el tipo penal del artículo 305 del Código Penal (CP)¹.

¹ En efecto, la Sentencia del TS 1505/2005, de 25 de noviembre (rec. núm. 788/2004 –NFJ021672–), ya destaca que:

[...] este entendimiento del tipo objetivo encaja mejor con el texto del artículo 305 actual, en el que se sanciona al que por acción u omisión «defraude» a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, *de donde no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar*, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquel se basa o se origina [...] El deber impuesto, deber de contribuir, se cumple, pues, atendiendo a dos aspectos: declarar y pagar. La infracción de cualquiera de ellos podría tener consecuencias de naturaleza tributaria. *Sin embargo, lo que penalmente se sanciona no es la omisión de la declaración por sí misma, formalmente considerada, aislada de cualquier valoración. Ni tampoco el impago, entendido como omisión del ingreso material del dinero, si ha mediado una declaración veraz. Pues el tipo exige una conducta defraudatoria y no el mero incumplimiento de deberes tributarios. De esta forma, la omisión de la declaración solo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante.* (Fundamento Segundo).

En los mismos términos, la Sentencia del TS 801/2008, de 26 de noviembre (rec. núm. 496/2008 –NFJ036248–), expone que:

[...] La doctrina de esta Sala ha reiterado el criterio antes apuntado, en el sentido de que *el mero hecho del impago no satisface las exigencias del tipo*, señalando la necesidad de *algo más en la conducta del autor* que permita valorar su acción u omisión como defraudatoria en cuanto consiste en una *conducta de ocultación del hecho imponible* ejecutada con la finalidad de eludir el pago del impuesto o de pagar menos de lo realmente debido (véase, entre otras, STS de 28 de noviembre de 2003 [...] *la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo*, constituye una *conducta defraudatoria* en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de *ocultación de la realidad* en que el deber se

Sin embargo, en fechas recientes, hay una serie de sentencias que, alejándose (o, mejor dicho, olvidándose) de dicho axioma jurisprudencial, vienen interpretando el delito fiscal desde una óptica *puramente tributaria*, orillando los aspectos de genuina significación *penal*, que deberían primar y prevalecer en esta esfera punitiva.

Vaya por delante que en este caso se comparte la decisión condenatoria de la sentencia de instancia (Sentencia de la Audiencia Provincial –AP– de Madrid núm. 777/2017, de 30 de noviembre [rec. núm. 870/2016 –NFJ078497–]), que resulta refrendada por la sentencia del TS aquí comentada. Sin embargo, como detallaremos en las líneas que siguen, no compartimos el *camino* seguido para fundamentar tal fallo.

2. En esencia, el objeto de controversia se refiere a la tributación en régimen de imposición directa de la comisión derivada de la venta de unos terrenos. Los *hechos probados* de la sentencia de instancia están correctamente elaborados y son destacados certeramente por el TS; a saber:

- a) Suscripción, el 13 de febrero de 2004, de un *contrato de comisión* entre la persona física encausada por delito fiscal y el representante de una entidad, propietaria de unos terrenos, en los que estaría interesada una tercera sociedad para la ampliación de un campo de golf. Se estipula para el comisionista:

[...] que como remuneración por su intervención, siempre que la venta se lleve a cabo en un plazo no superior a cinco años, se fija una comisión por el importe del 3 % de la venta, que en el supuesto de que el precio final supere los 35.000.000 euros ascenderá a 1.500.000 euros, pagaderos –al

basa o se origina. A tenor de todo ello, resulta más que evidente la actuación dolosa de los acusados al desfigurar intencionadamente la realidad sobre la que se conforman las bases impositivas del impuesto para pagar mucho menos de lo debido. (Fundamento Cuarto).

En definitiva:

[...] la sanción penal está prevista *para quien defrauda eludiendo*, es decir, para quien *ocultando la realidad* no declara correctamente o simplemente no declara y, además, no paga. Es decir, que a los efectos de estos delitos, *la defraudación consiste en ocultar la deuda o los hechos que la generan*, impidiendo así a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento las prerrogativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para hacer efectivos el cobro de aquello que corresponde. (Sentencia del TS 1046/2009, de 27 octubre [rec. núm. 548/2009 –NSJ061622–, Fundamento Cuarto]).

De ahí que (como se concluye en la Sentencia del TS 740/2018, de 6 de febrero [rec. núm. 2604/2017 –NFJ072855–]) «en el delito de defraudación tributaria *ciertamente se exige la ocultación de ingresos como medio para eludir el pago de impuestos (no basta el impago según jurisprudencia y doctrina mayoritarias)*» (Fundamento Segundo. *Vid.*, también, la Sentencia del TS 209/2019, de 22 de abril [rec. núm. 659/2018 –NFJ073453–], Fundamento Segundo).

comisionista– o a la persona jurídica que este designe en el momento de emisión de la correspondiente factura.

- b) Firma, el 26 de junio de 2004, de un contrato de opción de compra entre la entidad propietaria de los terrenos y la entidad interesada en su adquisición: «en virtud de dicho contrato de opción de compra la entidad Golf de la Moraleja, SA pagó a la entidad Soto de Alegete, SA la cantidad de 464.000 euros».
- c) Suscripción, el 20 de enero de 2005, de un acuerdo de novación del contrato de opción de compra, «ampliando la superficie de la finca objeto del derecho de opción [...] En virtud de este acuerdo de novación [...] pagó [...] la cantidad de 696.000 euros».
- d) Constitución, el 7 de mayo de 2007, de la entidad Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU, cuyo objeto social era:

Organización y servicios de publicidad y esponsorización en el ámbito deportivo. Se fijó como capital social 3.006 euros, representado por 3.006 cuotas o participaciones sociales iguales que –en teoría– fueron suscritas y su precio desembolsado por doña Bernarda, quien en el acto de la constitución fue nombrada Administradora Única.

- e) Transmisión «unos meses más tarde» por parte de doña Bernarda del 100 % del capital social de Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU al comisionista de la operación inmobiliaria, «sin hacer constar tal transmisión de las participaciones en el Registro Mercantil».
- f) Venta, el 2 de diciembre de 2008, de las fincas objeto del contrato de comisión a la entidad Golf de la Moraleja, SA por importe de «35.877.019,40 euros».
- h) Emisión por parte de Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU de factura de fecha 28 de diciembre de 2008, dirigida al comitente (Golf de la Moraleja, SA) por el concepto de «"Honorarios profesionales por la intermediación y consecución de la venta de terrenos a un club deportivo y posterior realización de un campo de golf". El importe de la factura es de 1.500.000 de euros; el IVA al tipo del 16 % (supone 240.000 euros); y el total de la factura asciende a 1.740.000», que fue pagada a la entidad emisora a través de varias transferencias.
- i) Presentación por parte de Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU de autoliquidación del impuesto sobre sociedades (IS) del ejercicio 2008:

[...] declarando el ingreso de la referida factura por el importe de 1.500.000 euros, pero ante las bases imponible negativas de ejercicios fiscales anteriores, el ingreso de 1.500.000 euros fue compensado con los resultados

negativos de los ejercicios precedentes, por lo que tal ingreso [...] no llegó a tributar ni en el Impuesto de Sociedades ni [...] en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

- j) Presentación por parte del comisionista de autoliquidación del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) del periodo 2008, sin declarar el importe de la referida comisión. De ahí que se proponga una regularización inspectora por importe de 610.129,98 euros, dejados de ingresar por el IRPF de 2008.

Vemos, por tanto, que, desde una perspectiva puramente fáctica, se discute si la comisión recibida debe tributar en sede de la sociedad que ha facturado los servicios (Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU), o bien la carga fiscal deducida de dicha operación comercial debe recaer en el IRPF de la persona física que, en su día, suscribió el contrato de comisión. Ahora bien, estos *hechos probados*, ¿son aptos *per se* para integrar una conducta defraudatoria del artículo 305 del CP?

2. Doctrina del tribunal

1. La AP de Madrid, en la sentencia de instancia, no duda en calificar los hechos constitutivos de un delito fiscal en cuanto:

[...] que el acusado [...] dejó de declarar en su personal declaración y autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 2008 los honorarios que le pagó [...] por importe de 1.500.000 euros [...] esta renta como comisionista debe tributarse por el acusado en su personal Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como ingresos como derivado del ejercicio de una actividad económica empresarial, conforme a la modalidad simplificada [...] Consideramos que se cumplen plenamente todos y cada uno de los elementos del tipo penal aplicado, pues el acusado [...] no declaró a la Hacienda Pública la renta de 1.500.000 euros obtenida por su personal actividad económica en el ejercicio 2008, lo que hizo consciente e intencionadamente con el fin de evitar su adecuada tributación como renta de carácter personal a tributar conforme al IRPF, ahorrándose –ánimo de lucro– el pago de 610.129,98 euros, con el consiguiente perjuicio al Erario Público. (Fundamento Segundo).

1.1. Es más, la referida sentencia califica los hechos dentro del subtipo agravado del artículo 305 bis.1 a) del CP (según redacción dada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre), habida cuenta de que «la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros». En consecuencia, «la cuantía defraudada se ha declarado probado asciende a 610.129,98 euros, por lo que la calificación de los hechos declarados probados conforme al subtipo agravado resulta obligado». (Fundamento Segundo).

2. Por su parte, la Sentencia del TS quita esencia a la condena de instancia:

[...] por el delito fiscal imputado por no haber satisfecho sus obligaciones fiscales de acuerdo al IRPF, *aunque sí declaró ese ingreso como impuesto de sociedades de la empresa «Comunicación y management»* afirmando la compensación de dichos ingresos con los importes negativos de años anteriores. (Fundamento Único).

Resulta importante destacar que tanto la AP de Madrid como el TS reconocen que la operación de mediación ha sido declarada a la Hacienda Pública Estatal; si bien en sede de la entidad que ha facturado dichos servicios. Parece, por tanto, que nos encontramos ante una controversia jurídica que queda residenciada en la determinación del obligado tributario que debe tributar por la operación. Y se confirma en la sentencia aquí comentada al introducir *ex novo* una argumentación no utilizada en instancia, como es el artículo 13 de la Ley General Tributaria (LGT), relativa a la recalificación de hechos con trascendencia fiscal, que posibilita que las *«obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez»*. Concretamente, la Sentencia del TS 441/2019, de 2 de octubre (rec. núm. 708/2018 –NFJ075310–), objeto de análisis, señala:

[...] que debemos partir de la interpretación al *artículo 13 de la Ley General Tributaria*, que regula la calificación de los actos generadores del impuesto, y, consecuentemente, la determinación de la norma aplicable [...]. *Esa norma expresa con claridad, la determinación del impuesto procedente, en función de la naturaleza jurídica del hecho, del acto o del negocio realizado para la selección de la norma aplicable, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado*. Es preciso comprobar si la labor de intermediación que declara el hecho probado y que genera la obligación de tributar fue realizada por la persona física del acusado o por la entidad que cobró los honorarios devengados por la labor de intermediación. El Tribunal lo declara abiertamente: *«lo hizo consciente e intencionadamente con el fin de evitar su adecuada tributación como renta de carácter personal a tributar conforme al IRPF, ahorrándose el pago de 610. 129,98 euros»* [...]. *La omisión de esa declaración respecto a la obligación tributaria es defraudatoria en la medida en que contraviene el artículo 13 de la Ley General Tributaria al no tributar unos ingresos con arreglo a la ley reguladora del impuesto*. No se trata de una discrepancia entre el deudor tributario y la administración tributaria sino la afirmación respecto del impuesto aplicable al acto realizado. (Fundamento Único).

En consecuencia, para la Sala Segunda, lo que se ha llevado a cabo es una recalificación fiscal del negocio de mediación realizado que, *per se*, se integra plenamente dentro de la conducta punible del artículo 305 del CP. La pura reinterpretación tributaria del contrato efectuado tiene aptitud suficiente para sostener que nos encontramos ante una conducta defraudatoria de relevancia penal o, en palabras del TS, *«la omisión de esa declaración*

respecto a la obligación tributaria es defraudatoria en la medida que contraviene el artículo 13 de la Ley General Tributaria». Ahora bien, ¿esto es así? ¿La recalificación de hechos con relevancia fiscal deja expedita la vía penal? Y, finalmente (y con el debido cuidado y respeto), ¿es lo que se deduce de la declaración de hechos probados de la sentencia de la AP de Madrid, que motivó esta casación?

3. Comentario crítico

1. La respuesta a las cuestiones suscitadas obliga, en primer lugar y aunque sea brevemente, a analizar la posible proyección del artículo 13 de la LGT en sede penal. De manera que una regularización tributaria fundamentada en la recalificación de hechos o negocios jurídicos sería habilitante para postular la existencia de un delito fiscal. Hay que plantearse hasta qué punto el instituto de la recalificación fiscal puede dar lugar, primero, a una liquidación vinculada a delito; y, finalmente, a una condena por defraudación. La respuesta afirmativa a esta cuestión supondría que el negocio así regularizado (esto es, aplicando el art. 13 LGT) cumple todos los requisitos previstos en la conducta típica descrita en el artículo 305 del CP, teniendo presente que (conforme a la doctrina legal hasta la fecha prevalente) *el tipo exige una conducta defraudatoria y no el mero incumplimiento de deberes tributarios*. De esta forma, *la omisión de la declaración solo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante*. En caso de una respuesta negativa, nos encontraríamos ante una aplicación extensiva del referido tipo penal y, por lo mismo, vulneradora del principio de legalidad penal (ex art. 25.1 de la Constitución española).

2. En las líneas que siguen no vamos a realizar un estudio exhaustivo del artículo 13 de la LGT, pero sí nos referiremos a la funcionalidad de la potestad recalificadora en el seno del ordenamiento tributario². Y, en este sentido, hay que destacar que dicha potestad es un mecanismo antielusorio, que tiene eficacia puramente tributaria³ y que, es más, «pres-

² En efecto, se trata de una potestad en manos de la Administración tributaria; tal y como tiene reconocido el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), entre otras, en la Resolución de 25 de junio de 2009 (RG 3123/2008 –NFJ035446–):

[...] el principio de calificación se configura como *una facultad de la Administración* que la Ley le atribuye, y le permite a efectos tributarios de determinar la existencia del verdadero hecho imponible y su concreción, con independencia de la forma o denominación que las partes le hubieran dado. Pero este *no se configura como un principio cuya aplicación pueda ser directamente exigido por el obligado* y que le permita alterar la calificación que en su día le dio a la operación realizada, con las consecuencias inherentes a efectos tributarios. (Fundamento Segundo).

En los mismos términos, la Resolución del TEAC de 1 de diciembre de 2011 (RG 1567/2010 –NFJ045528–, Fundamento Tercero).

³ Y lo refrenda el TEAC en su Resolución de 8 de junio de 2017 (RG 3737/2014 –NFJ066939–) cuando señala que:

cinde de los defectos que pudieran afectar a su validez»⁴. Ahora bien, una regularización fundamentada en dicha potestad, ¿puede trascender los muros de lo tributario alcanzando la órbita penal?

La sentencia del TS aquí comentada no aprecia obstáculo para ello («*La omisión de esa declaración respecto a la obligación tributaria es defraudatoria en la medida en que contraviene el artículo 13 de la Ley General Tributaria al no tributar unos ingresos con arreglo a la ley reguladora del impuesto*»). Sin embargo, en nuestra opinión, esta afirmación merece una reflexión más profunda y, en concreto, una puesta en contacto con la doctrina constitucional que se ha construido en torno al fraude de ley tributaria y su posible incidencia sobre el delito fiscal, en la medida en que ambos institutos (fraude de ley y recalificación fiscal) comparten un mismo denominador común: son mecanismos antielusorios.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 120/2005, de 10 de mayo (NFJ019865), en referencia al fraude de ley tributaria y su posible proyección penal, señala que:

[...] *el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o de defraudación propios del Derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos. La utilización del término «fraude» como acompañante a la expresión «de Ley» acaso pueda inducir al error de confundirlos, pero en puridad de términos se trata de nociones esencialmente diversas. En el fraude de Ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de*

[...] se trata de una facultad que la Ley atribuye a la Administración, y que le permite, *solo a efectos tributarios*, determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible y su correspondiente tributación, con independencia de la forma o denominación dada por las partes. Esta facultad de calificación, *con efectos exclusivamente fiscales*, ha sido reconocida en diversas resoluciones de este Tribunal, pudiendo citar entre otras la RG 4135/2010 (30/05/2012) y la RG 3123/2008 (25/06/2009), confirmadas por la Audiencia Nacional en sentencias 14 de mayo de 2014 (recurso n.º 04/3471/12) de y de 23 de junio de 2010 (recurso núm. 04/258/09) respectivamente. Con este precepto, de forma lógica en consideración por este Tribunal, se pretende garantizar que la aplicación del gravamen se corresponda con la realidad jurídica puesta de manifiesto por los hechos, permitiendo así una tributación ajustada a la voluntad de la Ley. (Fundamento Segundo).

⁴ Repárese que, como se destaca (en nuestra opinión, erróneamente) en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2019 (rec. núm. 252/2017 –NFJ075075–), en la potestad calificatoria «se trata de examinar la real operación desde su contenido económico». Y, por ello, los elementos jurídicos del negocio jurídico litigioso pasan a un segundo plano, pues las consecuencias económico-fiscales (fruto de la recalificación) «no quedan desvirtuadas por la calificación jurídica realizada en el informe pericial aportado, cuya calificación, *por ser jurídica*, no puede imponerse a la calificación jurídica realizada por la Administración». (Fundamento Segundo, *in fine*). Semejante planteamiento, traspasa (e incluso vulnera) el límite de la legalidad tributaria, que debe ser respetado en toda operación recalificada fiscalmente (sobre el particular, véase, Casado Ollero, 2000, pp. 41 y ss.).

cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de Ley tributaria, *semejante «rodeo» o «contorneo» legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu*. De manera que no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, *la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal; y tampoco puede hablarse de una actuación que suponga una violación directa del ordenamiento jurídico que, por ello mismo, hubiera que calificar per se de infracción tributaria o de delito fiscal*. Por ello mismo, la consecuencia que el art. 6.4 del Código civil contempla para el supuesto de actos realizados en fraude de Ley es, simplemente, *la aplicación a los mismos de la norma indebidamente relegada* por medio de la creación artificiosa de una situación que encaja en la llamada «norma de cobertura»; o, dicho de otra manera, la vuelta a la normalidad jurídica [...] Por el contrario [...] *la simulación negociada* entraña como elemento característico *la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes*, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista. (Fundamento Cuarto).

Pues bien, la potestad de recalificación fiscal (ex art. 13 LGT), ¿se encuentra más próxima al fraude de ley tributaria (actual conflicto en aplicación de la norma tributaria, del art. 15 LGT) o a la *simulación negociada* (art. 16 LGT) que, *per se*, podrá ser penalmente relevante? Sin duda la respuesta definitiva a esta cuestión deberá ser resuelta por el TC. No obstante, nos aventuramos a conjeturar que la función recalificadora en la medida en que crea una *verdad negociada a efectos puramente tributarios*, permitiendo exaccionar la obligación tributaria que se pretendía eludir por el obligado tributario, deja la puerta abierta a una posible responsabilidad penal. Si bien, no en todo caso o circunstancia. Lo relevante a estos efectos será el *análisis de la actividad indagatoria desplegada por la Inspección de los Tributos para regularizar con base en el artículo 13 de la LGT*. De manera que, si la recalificación fiscal es fruto del propio análisis jurídico del hecho, acto o negocio sometido a control tributario, sin necesidad de desarrollar una investigación compleja (en palabras del propio TC, si la recalificación fiscal «salta a la vista»), nos encontraríamos ante una recalificación fiscal meramente antielusoria, hermana del fraude de ley tributaria y, por lo mismo, irrelevante penalmente. Por el contrario, si la actividad comprobadora hubiera sido ardua (esto es, hubiera sido necesario trascender del propio hecho, acto o negocio para recalificar), estaríamos ante un mecanismo reactivo de naturaleza antifraudatoria y, por tanto, con repercusión penal; al compartir los rasgos *engañosos* de la simulación negociada. Vemos, pues, que postulamos la naturaleza ambivalente (antielusoria o antifraudatoria, según los casos) de la referida potestad recalificadora.

3. Razonada nuestra posición sobre la funcionalidad de dicha potestad, hay que plantearse si en el supuesto analizado por la AP de Madrid y por el TS se ha llevado a cabo una genuina actividad recalificatoria. Llama la atención (aunque en sí mismo no es definitorio)

que la sentencia de instancia guarda silencio sobre esta cuestión. Es la Sala Segunda la que, novedosamente, introduce dicho instituto tributario. Ahora bien, la condena por delito fiscal ¿se asienta en una recalificación del negocio jurídico sometido a comprobación inspectora?

En nuestra opinión no ha sido así. Veámoslo. Como ya destacamos al inicio de este comentario, el eje de la regularización estribó en la fiscalidad de un contrato de comisión (concretamente se trató del contrato de 13 de febrero de 2004) que, años después, culminaría con éxito, percibiéndose la comisión en su día pactada. Y el mismo, obviamente, no ha sido objeto de recalificación alguna. La *causa* del contrato no ha sido *rediseñada a efectos tributarios*. Repárese que el artículo 13 de la LGT tiene una operatividad muy concreta y determinada, que posibilita que «las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del [...] negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado». Y resulta palmario que el contrato de comisión, como tal, nunca ha sido cuestionado. En todo momento se ha respetado la calificación jurídica del mismo. De ahí que cuestionemos que, en este caso, se haya acudido al expediente del artículo 13 de la LGT. Entonces, ¿qué tipo de regularización con trascendencia penal se ha efectuado en este caso?

4. Pudiera pensarse a partir de cierto razonamiento de la Sala Segunda del TS que la regularización tributaria se ciñe a la determinación del obligado tributario que debe tributar por la comisión percibida. De manera que el contribuyente denunciado defendería la tributación en sede del IS, de la entidad que *formalmente* recibió la citada comisión. Mientras que la Inspección sostendría la tributación en el IRPF del *auténtico* comisionista (la persona física). Concretamente, la Sentencia del TS destaca que:

[...] la labor de intermediación *fue obra personalísima del acusado*, que fue él, en su propio nombre, quien desarrolló la labor de intermediación sin intervención alguna de la sociedad a la que giró y recibió el importe de los honorarios profesionales. Ningún error, por lo tanto, cabe declarar cuando es el hecho probado de la sentencia a cuyo relato ha de estarse, el que dispone que la conducta era personalísima del acusado y, *por lo tanto*, refiere la *norma tributaria aplicable, la correspondiente al Impuesto de Renta de Personas Físicas*.

Para, posteriormente, concluir que el acusado «hizo figurar una actividad mercantil de una sociedad para eludir su obligación de pago tributario por actos realizados en el ámbito de su trabajo como persona física, *integra la defraudación típica*». (Fundamento Único).

Sin embargo, no podemos compartir esta argumentación. Si la conducta punible es consecuencia de la determinación *subjetiva* acerca de la sede de tributación (IRPF o IS) a la vista de la regularización tributaria puesta de manifiesto por la Inspección de los Tributos, ¿dónde se encuentra la *puesta en escena* delictiva? Más bien nos encontramos ante una mera controversia jurídica de naturaleza tributaria sobre la tributación correcta de una determinada operación (en nuestro caso, la propia de un contrato de comisión culminado con éxito en una adquisición inmobiliaria). Repárese, asimismo, que estas regularizaciones

fiscales (tras, eso sí, diversas vicisitudes administrativas, contenciosas y penales⁵) han sido abordadas expresamente por la Ley del impuesto sobre sociedades (LIS). En particular, y a fuerza de caer en cierto reduccionismo, el artículo 18.6 de la LIS pretende salir al paso de estas situaciones solventando la cuestión en un puro y simple reparto de la tributación entre el IRPF y el IS; que, básicamente (y *grosso modo*), en conexión con el artículo 18.4 de la LIS, establece que «el valor convenido *coincide* con el valor de mercado en el caso de una prestación de servicios por un socio profesional, persona física, a una entidad vinculada» siempre que se cumpla (entre otros requisitos) que «la cuantía de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de servicios a la entidad *no sea inferior al 75 por ciento del resultado previo*».

En consecuencia, si el problema en este supuesto se reduce a la concreción del contribuyente y, por lo mismo, del tributo que resulta aplicable, difícilmente podría sostenerse una defraudación tributaria penalmente relevante. Máxime a tenor de la solución que el legislador fiscal ha dado a estos casos.

5. Entonces y como hemos mantenido *ab initio*, ¿cómo defender la condena penal en este caso? La respuesta se encuentra en la propia doctrina legal de la Sala Segunda del TS (hasta la fecha prevalente) que identifica las conductas merecedoras de una respuesta penal, en la acreditación de una «conducta defraudatoria» de la que se deduce la «ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo» (*vid. supra* nota 1). Y ello obliga a determinar y aislar en sede penal de todos los *hechos tributarios* que fundamentan la regularización (estrictamente) tributaria, aquellos que dotan a la conducta denunciada de *significación penal*.

Desde esta perspectiva, el delito fiscal se estructura en dos niveles de comprensión exegética: el primero, de naturaleza tributaria, consiste en una acreditación (fáctica y jurídico-fiscal) de la conducta regularizada. Hasta aquí el debate será (como queda dicho) puramente tributario y necesario; aunque, *per se*, no convertirá la regularización en penalmente relevante. Y, el segundo, de corte (este sí) genuinamente penal, tendrá por objeto concretar (a través de la declaración de hechos probados de la sentencia) aquellos hechos con trascendencia fiscal que, a su vez, tienen *significación penal*, incardinando la conducta denunciada en el tipo del artículo 305 del CP⁶. Veamos, la proyección de lo argumentado teóricamente sobre el supuesto fáctico aquí comentado.

5.1. De todos los *hechos probados* reflejados en el supuesto de hecho de este comentario (a los que nos remitimos) y que conformarían el primer nivel exegético de la conducta denunciada, hay que aislar aquellos que dotan a la regularización tributaria de *significación penal* (segundo nivel exegético) y que, en nuestra opinión, son los siguientes; a saber:

⁵ Para una visión sobre las referidas vicisitudes, *vid.* García Díez (2018, pp. 652 y ss.).

⁶ Cfr., García Díez (2019, pp. 141-144).

- a) Suscripción, el 13 de febrero de 2004, de un *contrato de comisión* entre la persona física encausada por delito fiscal y el representante de una entidad, propietaria de unos terrenos; en los que estaría interesada una tercera sociedad para la ampliación de un campo de golf.
- b) Constitución, el 7 de mayo de 2007, de la entidad Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU cuyo objeto social era:

Organización y servicios de publicidad y esponsorización en el ámbito deportivo. Se fijó como capital social 3.006 euros, representado por 3.006 cuotas o participaciones sociales iguales que –en teoría– fueron suscritas y su precio desembolsado por doña Bernarda, quien en el acto de la constitución fue nombrada Administradora Única.

- c) Transmisión «unos meses más tarde» por parte de doña Bernarda del 100 % del capital social de Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU al comisionista de la operación inmobiliaria, «sin hacer constar tal transmisión de las participaciones en el Registro Mercantil».
- d) Emisión por parte de Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU de factura de fecha 28 de diciembre de 2008, dirigida al comitente (Golf de la Moraleja, SA) por el concepto de «"Honorarios profesionales por la intermediación y consecución de la venta de terrenos a un club deportivo y posterior realización de un campo de golf". El importe de la factura es de 1.500.000 de euros; el IVA al tipo del 16 % (supone 240.000 euros); y el total de la factura asciende a 1.740.000», que fue pagada a la entidad emisora a través de varias transferencias.

5.2. Vemos, pues, que el *hecho probado fundamental*, que acredita la *puesta en escena* delictiva no es otro que la adquisición del 100 % del capital de una sociedad (Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU), que facturará y declarará (en su autoliquidación del IS) la comisión recibida por el éxito de la operación. Adquisición que pretendió ser *ocultada* a terceros (en nuestro caso, a la Hacienda estatal), al no registrarse la misma en el Registro Mercantil. El verdadero muñidor de la operación de mediación, el auténtico comisionista, trata, en todo momento y conscientemente, de ocultar su identidad a través de la interposición de una sociedad. Es más, la AP de Madrid, en la sentencia de instancia profundiza en el perfil de la citada entidad, destacando que:

Tampoco se depositaron en el Registro Mercantil en los años 2007, 2008 y 2009 las cuentas anuales de la sociedad Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU.

Y no consta en modo alguno que la entidad Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU, ni ninguno de sus trabajadores, realizara ningún tipo de función de intermediación en la ejecución del contrato de 13 de febrero de 2004 que dio lugar al pago de la comisión de 1.500.000 euros.

No consta que Comunicación y Management Sponsoring de Eventos Deportivos, SLU tenga trabajadores.

No consta que el acusado don Óscar sea trabajador u ostente cargo en dicha sociedad.

Y, en fin, como sintetiza certeramente el TS en la sentencia objeto de este comentario:

[...] resulta del contrato de 13 febrero 2004, por el que el acusado asume la función de intermediario en la venta, en una fecha en la cual ni siquiera estaba constituida la sociedad *que se colocó* para el cobro de la cantidad generada, sociedad *que se constituyó tres años después del contrato de encargo de la intermediación*, y en la que, como se analiza en la fundamentación de la sentencia, *el acusado no era trabajador ni contratado laboral, ni desarrollaba ninguna función alguna*. Se declara que meses después de la constitución de esa sociedad *la adquirió sin llevarlo al registro mercantil*, posibilitando así presentar como destinataria de los honorarios en los términos declarados. (Fundamento Único).

6. Por tanto, para condenar en este caso basta con acudir a la jurisprudencia sentada por la Sala Segunda del TS. No hace falta recurrir a mecanismos antielusorios de naturaleza tributaria (como la potestad recalificadora del art. 13 LGT). La utilización de instrumentos foráneos al Derecho penal debe hacerse con suma prudencia con base en una premisa y a una consecuencia. Con la primera se hace hincapié en la necesidad de utilizar certeramente el mecanismo antielusorio seleccionado⁷; aspecto que, como hemos destacado en este comentario, no ha ocurrido aquí (pues, en realidad, no ha existido actividad recalificadora alguna del contrato de comisión). Y respecto a la consecuencia, una vez aplicado correctamente aquel, hay que tener en cuenta que su uso despliega efectos en la esfera tributaria e, incluso, en la administrativo-sancionadora. Pero no tiene por qué ser trasladable *mutatis mutandi* al ámbito penal (Sentencia del TC 120/2005, de 10 de mayo –NFJ019865–). Los mecanismos antielusorios se activan (valga la redundancia) para responder a situaciones elusorias, esto es, aquellas que se sitúan a caballo entre la economía de opción y los comportamientos genuinamente defraudatorios.

⁷ En este sentido, hay que reconocer que ni siquiera en el ámbito estrictamente tributario están claras las fronteras entre la calificación (art. 13 LGT), el conflicto en aplicación de la norma tributaria (art. 15 LGT) y la simulación (art. 16 LGT); tal y como se reconoce en el Auto del TS de 4 de junio de 2018 (rec. casación núm. 1432/2018 –NFJ071454–), al dotar a esta cuestión de interés casacional objetivo:

Es indudable que los artículos 13 «Calificación», 15 «Conflicto» y 16 «Simulación» LGT establecen cláusulas generales «antiabuso» enderezadas al logro de la correcta aplicación de las normas tributarias cuando las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes permitan advertir su inadecuada aplicación por los obligados tributarios, pero también lo es que *tienen un distinto significado y alcance. No son en su configuración legal ni, por ende, pueden ser en su interpretación y aplicación intercambiables*, por más que sea innegable la dificultad que entraña delimitar los precisos contornos de cada una de ellas.

No obstante, de prosperar en resoluciones penales sucesivas esta vía (de *administrativización* del delito fiscal) se corre el riesgo cierto de poner en cuestión las relaciones, hasta ahora existentes, entre el ilícito penal y el administrativo. Por el momento parece claro que el delito no solo sanciona comportamientos más graves que los amparados por la infracción administrativa, sino (lo que es más relevante) además *distintos*, seleccionados por la ciencia penal conforme a unos principios (de intervención mínima y *ultima ratio*), radicalmente opuestos a los que operan en la potestad sancionadora, de vocación general como régimen jurídico *de cierre* a cualquier regulación sectorial (en nuestro caso, la tributaria), habida cuenta del carácter *heterónimo* de la norma administrativo-sancionadora (Nieto, 2005⁸).

La introducción en sede penal de la potestad tributaria de recalificación diluye la frontera entre el delito fiscal y la infracción tributaria. Abriendo paso a la constitución de una línea de continuidad entre ambos injustos, cuya única diferencia sea cuantitativa, es decir, en función del *quantum* regularizado.

Referencias bibliográficas

- Casado Ollero, G. (2000). Los negocios jurídicos anómalos ante el Derecho tributario español. En *Legalidad tributaria y función calificadora de la Administración Fiscal*. Boletín del Ilustre Colegios de Abogados de Madrid, 16.
- García Díez, C. (2018). Aspectos fiscales y sancionadores de las sociedades profesionales interpuestas (Un modelo de estructuración societaria bajo sospecha de la Administración tributaria. *Responsabilidad profesional*. Tirant lo Blanch.
- García Díez, C. (2019). La prueba en el delito fiscal. El delito fiscal. *Aspectos penales y tributarios*. Atelier-UCLM.
- Nieto, A. (2005). *Derecho Administrativo Sancionador*. (4.ª ed.). Tecnos.

Bibliografía

- García Novoa, C. (2005). Las potestades de calificación y recalificación como mecanismos antielusorios en el Derecho español. *Themis (Revista de Derecho)*, 51, 159-169.

⁸ En efecto, como expone y razona Nieto (2005, p. 312):

[...] las normas penales no prohíben ni ordenan nada sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción.

Procede la anulación inmediata de las liquidaciones del IBI cuando se anula la valoración catastral*

Análisis de la [STS de 18 de mayo de 2020, rec. núm. 6950/2018](#)

Diego Marín-Barnuevo Fabo

*Of Counsel en Pérez Llorca
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Madrid*

Extracto

El objeto del presente comentario es analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2020, en la que, con base en el principio de buena administración, se establece que las liquidaciones del impuesto sobre bienes inmuebles deben ser inmediatamente anuladas cuando se anula la valoración catastral, sin que sea necesario esperar al momento de notificación de los nuevos valores catastrales.

* El trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-86971-P, titulado «Las entidades locales y su financiación: nuevos retos derivados de la reforma del control interno y de los cambios en el sistema tributario local».

1. Supuesto de hecho

En el caso enjuiciado, un contribuyente interpuso reclamación económico-administrativa contra los nuevos valores catastrales notificados en 2008 y, pasados unos meses, en abril de 2009, obtuvo una resolución estimatoria de su reclamación. En cumplimiento y ejecución de dicha resolución, el Catastro declaró la nulidad de los valores catastrales impugnados y dictó una nueva resolución en septiembre de 2014 (*sic*), asignando nuevos valores catastrales a las fincas de referencia.

En noviembre de 2014, el ayuntamiento de la imposición anuló las liquidaciones de los ejercicios 2008 a 2014 y dictó nuevas liquidaciones, determinando la base imponible en función de los nuevos valores catastrales aprobados por el Catastro.

El contribuyente, sin embargo, consideró que las nuevas valoraciones dadas por el Catastro no se ajustaban a lo dispuesto en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) anulatoria y, por ello, presentó incidente de ejecución contra las mismas. Ese incidente dio lugar a una nueva resolución del TEAR, en marzo de 2015, que volvió a dar la razón al contribuyente y anuló las valoraciones impugnadas.

Tras la segunda anulación de las valoraciones catastrales, el contribuyente presentó ante el ayuntamiento una solicitud de devolución de lo ingresado, porque entendía que «anulados los datos y valores que constituyen la base imponible sobre la cual se realizan las liquidaciones correspondientes, es evidente que dichas liquidaciones son radicalmente nulas».

El ayuntamiento no resolvió la solicitud formulada, lo que llevó al contribuyente a interponer recurso de reposición contra la desestimación tácita. Ese recurso tampoco fue resuelto por el ayuntamiento, lo que motivó la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra esa desestimación tácita. El Juzgado número 2 de Gran Canarias estimó el recurso y condenó a la Administración a devolver la cantidad indebidamente cobrada por conside-

rar que las liquidaciones eran nulas de pleno derecho al haberse dictado con base en unos valores que han sido declarado nulos por la propia Administración.

El ayuntamiento de la imposición interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias, que fue estimado por considerar correcta la actuación de la Administración. Según la Sentencia 334/2018, del citado TSJ de Canarias, de 22 de junio de 2018 (rec. núm. 26/2018 –NFJ073905–), del artículo 224.1 de la Ley General Tributaria (LGT) se desprende que la anulación del valor catastral:

[...] no convierte en nula la liquidación girada, sin perjuicio de la correspondiente devolución de ingresos, de forma que si la resolución catastral aumenta dicho valor catastral, lo procedente no será la nulidad de la liquidación, sino la liquidación complementaria por el exceso, mientras que si la resolución catastral disminuye dicho valor, lo procedente será la nueva liquidación y, en su caso, la devolución de ingresos indebidos por la diferencia a favor del sujeto pasivo.

Añade esa sentencia del TSJ que:

[...] para poder devolver los ingresos indebidos es necesario que exista una resolución del Catastro que modifique la valoración catastral, sin que se pueda realizar con la mera resolución del TEAR en el incidente de ejecución, puesto que, mientras la Gerencia del Catastro no ejecute la rectificación, no se puede modificar la liquidación.

El contribuyente interpuso recurso de casación contra la sentencia citada, que fue resuelto por la Sentencia de 18 de mayo de 2020, sobre la que se realiza el presente comentario.

2. Doctrina del tribunal

La Sentencia del Tribunal Supremo (TS) analizada 430/2020, de 18 de mayo de 2020 (rec. núm. 6950/2018 –NFJ077779–), tenía por objeto:

Determinar cuál es el alcance de la declaración de nulidad (ya sea total o parcial) de los valores catastrales en vía económico-administrativa o en vía judicial: si dicha nulidad conlleva también la nulidad de las liquidaciones del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, emitidas con posterioridad y basadas en aquellos valores catastrales o si, por el contrario, atendiendo al carácter bifásico del citado impuesto, dichas liquidaciones son válidas, en tanto que el Catastro no proceda a rectificar o modificar los valores catastrales, pudiendo ser giradas, incluso, con efectos retroactivos.

Para resolver esa cuestión, la sentencia comienza recordando las Sentencias 196/2019, de 19 de febrero de 2019 (rec. núm. 128/2016 –NFJ072686–); 273/2019, de 4 de marzo

de 2019 (rec. núm. 11/2017 –NFJ072912–), y 443/2019, de 2 de abril de 2019 (rec. núm. 2154/2017 –NFJ078470–), en las que se trataba un problema similar, aunque no idéntico.

La Sentencia 273/2019, de 4 de marzo de 2019, resulta especialmente importante porque explica el significado y alcance del sistema dual de gestión catastral y gestión tributaria, que diferencia dos actuaciones administrativas distintas: a) la determinación de los valores catastrales, que corresponde al Estado y se ejerce a través de la Dirección General del Catastro, por lo que es susceptible de reclamación económico-administrativa; y b) la liquidación de la deuda tributaria, que corresponde al ayuntamiento y es susceptible de impugnación ante el mismo ayuntamiento de la imposición.

Del divergente sistema de impugnación de los actos del Estado y municipales se desprende que la impugnación de valores catastrales ante el tribunal económico-administrativo no impide a los ayuntamientos liquidar el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI); y que la impugnación de la liquidación ante el propio ayuntamiento no permite cuestionar la legalidad del valor catastral que ha sido fijado por el Estado. Solo excepcionalmente recuerda la sentencia que es posible cuestionar la legalidad del valor catastral a través de la impugnación de la liquidación, pero debe tratarse de supuestos en los que se aprecie una clara disfunción en la actuación del Catastro que no debería perjudicar al contribuyente diligente.

Como complemento de esa doctrina, añade la sentencia analizada que a) el valor catastral singulariza en el IBI la concreta capacidad económica que grava este tributo municipal, por lo que sería contrario al artículo 31 de la Constitución española (CE) que una aplicación rígida de ese sistema dual impidiera revisar ese valor catastral en un proceso jurisdiccional; b) es asimismo contrario al principio constitucional de eficacia administrativa imponer al obligado tributario la carga de soportar una indebida dilación administrativa; c) la apreciación de los casos encuadrables en este grupo de excepciones se hará de manera casuística o singularizada, mediante un enjuiciamiento que permita apreciar las razones para sostener la improcedencia del valor catastral aplicado en la liquidación litigiosa.

A partir de esas premisas, la sentencia explica que el ayuntamiento tiene una pretensión sustentada en esa gestión dual, pues considera que la normativa vigente determina que el contribuyente que ha conseguido una anulación del valor catastral debe solicitar posteriormente que se modifique ese valor en el padrón correspondiente; y «solo entonces esto es, cuando el Catastro refleje esa nueva realidad procederá que el ente local ajuste su liquidación del IBI al resultado de aquella nulidad, anulabilidad o variación».

Frente a ese argumento, afirma la Sala que una solución como la que postula la parte recurrida puede ser:

[...] la procedente ante situaciones idílicas, esto es, ante supuestos en los que las eventuales modificaciones de aquella información tengan un trasunto inmediato o al menos muy cercano en el tiempo en el ámbito de la gestión tributaria. En otras

palabras, cabría asumir esa tesis si gestión catastral y gestión tributaria (los dos elementos de esa dualidad) fueran razonablemente de la mano y estuvieran perfectamente conectados, de suerte que no se colocara a los contribuyentes a veces ante insólitas situaciones de peregrinaje impugnatorio impropias de un sistema en el que la eficacia de la actuación de los poderes públicos y su sometimiento pleno a la Ley constituyen los parámetros esenciales que deben guiar su forma de conducirse.

Pero en el caso enjuiciado se puede constatar que la realidad no es esa, puesto que el contribuyente logró la anulación del valor catastral en abril de 2009, pero el Catastro no ejecutó la resolución anulatoria hasta septiembre de 2014 (que fue cuando el ayuntamiento modificó las liquidaciones del IBI). Pero, como el contribuyente consideró mal ejecutada la resolución, instó el correspondiente incidente, que dio lugar a una nueva resolución anulatoria de marzo de 2015, por lo que instó la correspondiente anulación de las liquidaciones y el ayuntamiento consideró que era improcedente porque el Catastro no había procedido todavía a modificar esos valores catastrales anulados.

El desarrollo de los acontecimientos pone de manifiesto el perjuicio sufrido por el contribuyente como consecuencia de la mala coordinación entre Catastro y ayuntamiento. Y, en ese contexto, habría que decidir si las liquidaciones del IBI debieron ser anuladas o, por el contrario, deben considerarse válidas hasta el momento en que el Catastro dicte una nueva valoración, como pretendía el ayuntamiento de la imposición.

Para resolver esta cuestión, el TS acude de nuevo al principio de buena administración, implícito en la CE y recogido en los artículos 41 y 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que como tantas veces ha señalado:

[...] impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, o aquellas que den lugar a resultados arbitrarios, sin que baste al respecto la mera observancia estricta de procedimientos y trámites. Tal principio reclama, más allá de ese cumplimiento estricto del procedimiento, la plena efectividad de las garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente y ordena a los responsables de gestionar el sistema impositivo (en nuestro caso), es decir, a la propia Administración Tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y la de garantizar la necesaria protección jurídica de los ciudadanos, impidiendo situaciones absurdas, que generen enriquecimiento injusto o, también, que supongan una tardanza innecesaria e indebida en el reconocimiento de los derechos que se aducen.

Al aplicar ese principio al caso concreto considera el TS que:

[...] una Administración que sirve con objetividad los intereses generales como nuestra Constitución proclama y que debe atemperarse al indicado principio de

buena administración no puede desconocer, amparándose en la estricta rigidez de la existencia de una dualidad procedimental entre gestión catastral y gestión tributaria, que una liquidación tributaria es, claramente, contraria a Derecho porque ha utilizado como base imponible un parámetro un determinado valor catastral, en nuestro caso que ha sido declarado contrario a Derecho por el órgano competente (en el seno de la «gestión catastral»).

Consecuentemente, no es aceptable mantener la legalidad de las liquidaciones hasta que se dicte una resolución sobre los correctos valores catastrales que ejecute debidamente la decisión del TEAR, para que el interesado inste después la modificación del padrón cuando ya es notorio por resultar de una resolución administrativa firme que los valores sobre los que se han girado las dos liquidaciones son incorrectos. Ello, según reconoce la sentencia, «supondría imponer al contribuyente una carga innecesaria, ilógica y desproporcionada, impropia de una Administración que debe atemperar su conducta a la Ley cuando se ha comprobado insistimos que la base imponible del impuesto girado al contribuyente es contraria a Derecho».

Los elevados costes de impugnación soportados por el contribuyente llevan a afirmar a la Sala que «hubiera resultado exigible para la Hacienda Local por mor de aquel principio de buena administración revocar de oficio sus liquidaciones de IBI cuando ha tenido constancia indubitada de que la base imponible sobre la que se giraron era errónea».

Por todo lo expuesto, la respuesta de la sentencia a la cuestión de interés casacional que determinó la admisión del recurso es la siguiente:

1. Si el contribuyente discute en sede de «gestión catastral» en tiempo y forma los valores asignados a los inmuebles de su propiedad y obtiene una decisión firme que anula tales valores, ordenando efectuar nueva valoración, el ayuntamiento que ha girado el Impuesto sobre Bienes Inmuebles conforme a los valores declarados nulos no puede aducir la existencia de una dualidad del procedimiento para mantener la vigencia de esas liquidaciones. 2. La Hacienda Local, por tanto y en un supuesto como el que nos ocupa, precisamente por la vigencia en nuestro sistema fiscal de aquella dualidad, debe atemperarse a la decisión que adopte el órgano competente de «gestión catastral» y, si esta es anulatoria de la valoración que le permitió girar el tributo, debe dejar sin efecto las liquidaciones correspondientes sin esperar a que se produzca un expresa modificación del padrón, a salvo su derecho, en los términos que legalmente procedan, a emitir nuevas liquidaciones conforme a los valores que, finalmente, sean declarados ajustados a Derecho.

3. Comentario crítico

La cuestión debatida en este recurso de casación consistía en determinar con precisión los efectos derivados de la anulación del valor catastral en la liquidación del IBI, pues

a tenor de lo dispuesto en el artículo 224 de la LGT era posible interpretar que los ayuntamientos no estaban obligados a anular las liquidaciones cuando se producía la anulación del valor catastral, sino cuando la Dirección General del Catastro dictaba un nuevo valor catastral que sustituía al anulado.

El problema planteado, pues, es uno más de los derivados de la gestión dual del IBI, en donde la atribución de las tareas censales al Estado y las tareas de pura gestión tributaria a los ayuntamientos determina la existencia de «dos procedimientos diferentes, dotados cada uno de ellos de vida propia» (Varona Alabern, 2011).

Esa dualidad de procedimientos genera problemas específicos en relación con la impugnación de los valores catastrales (Tejerizo, 2016), motivados principalmente por la disociación entre el momento de notificación del valor catastral (determinante de su plazo de impugnación) y el momento de producir sus efectos, especialmente los derivados de la inclusión del valor catastral en liquidaciones tributarias del IBI devengadas recurrentemente, año tras año. Esa disociación determina que la firmeza del valor catastral en el año X limite las posibilidades de impugnación de todas las liquidaciones del IBI de los años posteriores, porque el artículo 65 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) dispone que la base imponible del impuesto solo pueda ser impugnada «conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario». Y ello, en nuestra opinión, constituye una injustificada limitación del derecho a la tutela judicial efectiva de los contribuyentes del IBI que no tuvieron la posibilidad de impugnar ese valor catastral en el año X (Marín-Barnuevo, 2019).

Para la resolución del problema planteado, la Sala acude de nuevo al principio de buena administración, que ha fundamentado muchas de las sentencias de la Sección Segunda de la Sala Tercera del TS de los últimos años. Se trata de un principio relativamente novedoso que, en realidad, aglutina otras reglas y principios vigentes desde hace años en materia tributaria (Marín-Barnuevo, 2020). En todo caso, es innegable que ese principio ha sido utilizado en los últimos tres años como un eficaz *bálsamo de Fierabrás* que ha servido para justificar cambios muy significativos en la doctrina jurisprudencial.

Según esa reiterada jurisprudencia del TS, este principio:

[...] impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivada de su actuación, sin que baste la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente. (*Vid.*, por todas, STS 196/2019, de 19 de febrero de 2019, rec. núm. 128/2016 –NFJ072686–).

Esa interpretación del principio de buena administración fue crucial en la resolución de otros recursos de casación en los que se cuestionaba la posibilidad de impugnar valores

catastrales firmes con ocasión de la impugnación de las liquidaciones del IBI. En esas sentencias, el TS reconoció que, en determinadas situaciones excepcionales, sí es posible esa impugnación, ya que la firmeza del acto impugnado, como concreción del principio de seguridad jurídica, debe ceder ante principios superiores.

Esa primera sentencia fue objeto de distintos comentarios doctrinales (Marín-Barnuevo, 2019; Varona Alabern, 2019; Casas Agudo, 2019) y constituyó el fundamento de otros fallos judiciales sobre la misma cuestión, como fueron las Sentencias del TS 380/2019, de 20 de marzo de 2019 (rec. núm. 3209/2017 –NFJ078476–); 443/2019, de 2 de abril de 2019 (rec. núm. 2154/2017 –NFJ078470–); 628/2019, de 14 de mayo de 2019 (rec. núm. 3457/2017 –NFJ073540–), y 234/2020, 19 de febrero de 2020 (rec. núm. 5904/2018 –NFJ078479–), que son un lógico antecedente de la sentencia ahora analizada.

La procedencia de aplicar el principio de buena administración en la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2020 que estamos analizando es, en nuestra opinión, mucho más evidente que en la de 19 de febrero de 2019, porque la cuestión de fondo se podía resolver mediante una adecuada interpretación del artículo 224 de la LGT, mientras que en la anterior era necesario dejar de aplicar el explícito mandato del artículo 65 del TRLRHL. Por ello creemos que, desde un punto de vista técnico-jurídico, el TS debió haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad por la posible contradicción entre el artículo 65 del TRLRHL y el principio de tutela judicial efectiva, aunque también es posible imaginar que la «clara propensión a la conservación de las normas cuestionadas» por parte del Tribunal Constitucional haya influido en la decisión adoptada (Marín-Barnuevo, 2020).

En la sentencia ahora analizada, el dilema planteado es resuelto mediante una interpretación razonable de la norma, sin que exista un mandato legal que queda enervado como consecuencia de la aplicación de dicho principio. La cuestión, pues, se limitaba a determinar la recta interpretación del artículo 224 de la LGT, en donde se dispone que:

[cuando] la impugnación afectase a un acto censal relativo a un tributo de gestión compartida, no se suspenderá en ningún caso, por este hecho, el procedimiento de cobro de la liquidación que pueda practicarse. Ello sin perjuicio de que, si la resolución que se dicte en materia censal afectase al resultado de la liquidación abonada, se realice la correspondiente devolución de ingresos.

En efecto, de lo dispuesto en el artículo 224 de la LGT y en las demás normas aplicables se desprenden dos interpretaciones razonables sobre esta cuestión:

- a) Que, una vez anulado el valor catastral, el ayuntamiento debe practicar la devolución de las cuotas de IBI ingresadas cuando el Catastro haya ejecutado la resolución anulatoria y notificado la nueva valoración catastral a la Administración local. Esta interpretación tiene sentido porque permite al ayuntamiento devolver

solo la diferencia de cuotas determinadas conforme a uno y otro valor catastral y, además, porque le permite seguir liquidando el impuesto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 77.5 del TRLRHL, esto es, conforme a la información contenida en el padrón catastral.

- b) Que, una vez anulado el valor catastral, el ayuntamiento debe practicar la devolución de las cuotas de IBI ingresadas una vez devenga firme la resolución anulatoria. Esta interpretación también tiene sentido, aunque parece menos eficiente porque obliga al ayuntamiento a realizar una doble regularización: la primera, devolviendo íntegramente las cuotas del IBI calculadas conforme al primer valor anulado; y la segunda, exigiendo el pago de una nueva liquidación, calculada conforme al nuevo valor determinado en ejecución de la resolución anulatoria.

Desde esa consideración, parece razonable defender la primera de las interpretaciones posibles por ser más respetuosa del principio de eficiencia administrativa. Pero en esa comparación no se contemplan los problemas derivados del retraso en la ejecución de las resoluciones anulatorias por parte de la Dirección General del Catastro, que es un factor esencial en el caso enjuiciado. Porque en muchos casos el Catastro tarda varios años en ejecutar la resolución anulatoria, y el contribuyente que logró la estimación del recurso se ve obligado a soportar, con perplejidad, que el ayuntamiento no le devuelva lo pagado y, además, continúa practicando nuevas liquidaciones con base en un valor catastral declarado contrario a Derecho.

Se trata de retrasos en la ejecución de resoluciones anulatorias perfectamente conocidos por todos que, en el supuesto enjuiciado, habían llegado a superar los cinco años de duración. En esos casos, parece evidente que se produce una colisión entre el interés del ayuntamiento en gestionar de forma eficiente sus tributos, de un lado, y el interés del contribuyente en lograr el cumplimiento de las resoluciones judiciales y no asumir nuevas obligaciones tributarias manifiestamente incorrectas, por otro.

En este caso, además, no cabe sancionar el retraso en la ejecución de las resoluciones anulatorias con la caducidad del procedimiento, porque la atribución de un valor catastral a todos los inmuebles es una exigencia legal derivada de la Ley del catastro inmobiliario que despliega sus efectos en muchos órdenes jurídicos. Tampoco parece viable sancionar ese retraso con una correlativa restricción del derecho de liquidación de los ayuntamientos, porque el modelo de gestión dual del impuesto y la falta de responsabilidad de la Administración local en el eventual retraso del Catastro en la ejecución de las resoluciones anulatorias hacen difícilmente admisible esa opción.

Consecuentemente, constatada la existencia de retrasos significativos en la ejecución de resoluciones anulatorias de valoraciones catastrales, y dada la dificultad para compeler al Catastro a ejecutar en plazo las resoluciones anulatorias, parece lógico defender que la interpretación de la normativa aplicable debe hacerse de la forma que resulte más respetuosa con los derechos y garantías del contribuyente, ya que resulta inadmisibles que una

ineficaz actuación del Catastro lesione gravemente el derecho de los contribuyentes a la tutela judicial efectiva y a tributar conforme a su capacidad económica.

Así lo entiende también la sentencia analizada, que destaca expresamente la ejemplar conducta seguida por el contribuyente en los distintos procedimientos tramitados para lograr una tributación conforme a la ley, sin tener que pagar una cuota tributaria superior a la que le corresponde por aplicarse un valor catastral anulado. Es en este punto cuando, de forma impecable, invoca el principio de buena administración para destacar que dicho principio reclama la plena efectividad de las garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente, por lo que el ayuntamiento no puede prescindir del hecho de que los valores catastrales hayan sido anulados amparándose en la rigidez de una dualidad procedimental, ya que ello implicaría aceptar la exigibilidad de unas obligaciones tributarias manifiestamente contrarias a Derecho por haber sido dictadas a partir de un valor catastral declarado contrario a Derecho.

Es más, añade la sentencia analizada que «hubiera resultado exigible para la Hacienda Local por mor de aquel principio de buena administración revocar de oficio sus liquidaciones de IBI cuando ha tenido constancia indubitada de que la base imponible sobre la que se giraron era errónea», lo que constituye un claro mensaje sobre cómo debe actuar en un Estado de Derecho una Administración que actúa con objetividad.

Por todo lo expuesto consideramos impecable la sentencia analizada, tanto en su fundamentación jurídica como en las conclusiones finalmente alcanzadas.

Referencias bibliográficas

- Casas Agudo, D. (2019). En torno a la posible discusión de la valoración catastral del inmueble al hilo de la impugnación de liquidación por el IBI. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019. *Nueva Fiscalidad*, 2, 253-263.
- Marín-Barnuevo Fabo, D. (2019). La impugnación de valores catastrales firmes con ocasión de la impugnación de la liquidación del IBI. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 435, 119-126.
- Marín-Barnuevo Fabo, D. (2020). El principio de buena administración en materia tributaria. *Revista Española de Derecho Financiero*, 186.
- Tejerizo López, J. M. (2016). La impugnación de los valores catastrales y de las liquidaciones en el impuesto municipal sobre bienes inmuebles. *Nueva Fiscalidad*, 6, 9-60.
- Varona Alabern, J. E. (2011). *El valor catastral: su gestión e impugnación*. (4.ª ed.). Aranzadi.
- Varona Alabern, J. E. (2019). Dificultades para impugnar el valor catastral que ha devenido firme y la STS de 19 de febrero de 2019. *Quincena Fiscal*, 13, 99-112.

La calificación contable y fiscal de una operación de *equity swap* combinada con una ampliación de capital. La recalificación a efectos fiscales de una operación no regulada en la LIS*

Análisis de la [SAN de 23 de diciembre de 2019, rec. núm. 456/2016](#)

Luis A. Malvárez Pascual

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Huelva*

M.ª Pilar Martín Zamora

*Profesora titular de Contabilidad.
Universidad de Huelva*

Extracto

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2019 tiene por objeto el análisis de la calificación contable y fiscal de una operación de *equity swap* combinada con una ampliación de capital en el marco de un plan de retribución a largo plazo a directivos. La compañía aplicó el tratamiento contable que correspondía individualmente a cada una de las operaciones señaladas. Sin embargo, la inspección basó su regularización en que todas ellas estaban unidas por un único propósito negocial, por lo que tenían que ser tratadas en su conjunto, lo que llevó a eliminar la deducibilidad de diversos cargos realizados en la cuenta de resultados. El objetivo de este comentario es doble. Por un lado, se examinará la metodología aplicada por la inspección para llevar a cabo dicha regularización, al objeto de determinar si resulta o no correcta. Debe tenerse presente que se trata de una operación no regulada de forma expresa en la Ley del impuesto sobre sociedades, por lo que a efectos fiscales la regularización debería haberse fundamentado en las normas y principios contables. Por ello, como segundo objetivo, se determinará cuál habría sido el tratamiento adecuado de esta operación en dicho ámbito. Dado que la normativa contable no contempla expresamente la transacción realizada, las reglas para su registro se deben deducir de las normas y principios contables establecidos en el Código de Comercio y en el Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad. El tratamiento que se deduzca de estas reglas es el que debió aplicarse también a efectos del impuesto sobre sociedades. Sin embargo, la inspección no siguió estrictamente esta metodología, lo que da lugar al planteamiento de diversas dudas sobre la validez del procedimiento y las liquidaciones derivadas del mismo.

* 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.

1. Supuesto de hecho

La cuestión que resuelve la sentencia es la calificación de una operación financiera compleja, consistente en un contrato de *equity swap* vinculado con una ampliación de capital. Según que se tome en consideración cada negocio individualmente, como hizo el contribuyente, o la transacción en su conjunto, que fue el criterio de la inspección, las consecuencias a efectos contables y fiscales son muy diferentes.

El primer negocio jurídico celebrado fue la emisión de acciones con exclusión del derecho de suscripción preferente de todos los accionistas en favor de una entidad financiera. El objetivo de esta operación societaria era la obtención de fondos para hacer frente a las obligaciones derivadas de un plan de retribución variable a largo plazo dirigido a los directivos de la compañía que, entre otros parámetros, dependía de la cotización de las acciones. Concretamente, se había acordado que en la fecha en que debía hacerse efectivo el plan la entidad financiera habría de satisfacer a los directivos de la compañía la cantidad que resultara de los objetivos alcanzados, para lo cual debía vender las acciones en el mercado. La entidad retendría para sí el precio satisfecho en la suscripción de las acciones. Así, si el precio de venta fuera inferior al precio de emisión, la compañía habría de abonar la diferencia hasta completarlo. No obstante, cuando el importe obtenido por la venta fuera mayor que la suma de la cantidad retenida por la entidad financiera y la abonada a los directivos, el exceso debía ser entregado a la compañía. Finalmente, en la fecha del vencimiento del plan retributivo la cotización de las acciones de la compañía fue muy inferior al establecido en el mismo, por lo que los directivos no percibieron ninguna cantidad.

De forma consecutiva, a tenor de una cláusula incorporada en el plan de retribución variable, se concertó con la misma entidad financiera un contrato de *equity swap*. Este tipo de contrato consiste en un *swap* sobre valores admitidos a negociación en mercados oficiales, mediante el cual una persona que posea una cartera de valores acuerda con otra persona cambiar los rendimientos, positivos y negativos, imputables a la misma (plusvalías más dividendos) por un interés estipulado más un diferencial, liquidándose el contrato por diferencias al vencimiento de cada periodo. En el caso que nos ocupa, la finalidad de la operación era cubrir el efecto en los resultados de las eventuales obligaciones de pago en metálico derivadas del plan de retribución variable.

La compañía registró de forma independiente la ampliación de capital y el *equity swap*. En relación con este último, el contrato fue identificado como un instrumento financiero derivado, por lo que en cada periodo se realizaron los correspondientes ajustes positivos y negativos para adecuar el valor contable del activo al que tenían las acciones en el mercado. De acuerdo con lo previsto en el artículo 38 bis del Código de Comercio, se aplicó el criterio del valor razonable, imputándose a la cuenta de pérdidas y ganancias las variaciones en la valoración de los títulos. En la medida en que, durante el periodo de vigencia del *swap*, la cotización de las acciones cayó considerablemente, los ajustes a la baja fueron superiores a las ganancias reconocidas. En la fecha de liquidación del *equity swap*, el descenso de la cotización de los títulos determinó que la sociedad tuviese que abonar una cantidad compensatoria a la entidad financiera, resultado de la diferencia entre el precio de emisión de las acciones y la cotización en la fecha de su venta a terceros, lo que fue considerado como una pérdida contable y un gasto a efectos fiscales.

La inspección defendió que para analizar contable y fiscalmente el *equity swap* y la ampliación de capital, las operaciones debían considerarse de forma conjunta, aplicando para ello el artículo 143 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS) y el artículo 13 de la Ley General Tributaria (LGT), pues vistos como una unidad los negocios jurídicos concertados excedían de la estructura contractual de este tipo de permuta financiera. En concreto, se argumentó que la operación concertada sobrepasaba la permuta de los rendimientos y riesgos de una inversión financiera por los derivados de un préstamo, pues la entidad financiera realizó una aportación de capital a la compañía a un precio ventajoso, cediendo la condición de accionista sin riesgo alguno en la fecha establecida en el acuerdo. La suscripción de las acciones y los derechos y obligaciones derivados del *equity swap* estaban hasta tal punto vinculados que no se concebía su existencia aislada, pues existía una relación precisa y directa entre la emisión de las acciones nominativas efectuada por la compañía, la suscripción de los títulos por la entidad financiera y el contrato de *equity swap*. De hecho, el contrato se estableció sobre el mismo número de títulos suscritos por la entidad financiera en la ampliación de capital, coincidiendo el valor inicial de dicho producto con el importe desembolsado a través de la operación societaria.

En cualquier caso, la cuestión que determinó el posicionamiento de la inspección a favor del análisis conjunto de los diferentes negocios celebrados fue la conexión de todos ellos por el mismo propósito negocial. Para la compañía era la captación de recursos propios para financiar el plan de retribución variable a largo plazo a los directivos, pero en lugar de obtenerlos en la fecha en la que, en su caso, naciera la obligación de pago, se llevó a cabo unos años antes. Finalmente no apareció dicha obligación, pero sí las asumidas con el financiador. Al analizar las transacciones como un todo, la inspección consideró que la posición jurídica de la compañía se identificaba con la del emisor de acciones, con la peculiaridad de que dicha operación societaria atravesó una fase preliminar en la que el primer suscriptor venía obligado a transmitir los títulos en el mercado de valores una vez transcurridos cinco años desde la emisión, sin sufrir quebrantos ni obtener ganancias. En definitiva, la inspección recondujo las transacciones realizadas a una ampliación de capital condicionada o a plazo, pues

los recursos propios definitivos fueron aportados por los terceros que adquirieron los títulos en el mercado en 2012. De este modo, se concluye que la compañía realizó una operación de financiación propia a largo plazo que, como consecuencia de la caída de la cotización de las acciones, se completó con la captación de fondos por un importe inferior al previsto.

Por su parte, el propósito comercial para la entidad financiera era la obtención de una remuneración por la cesión de un capital en metálico y su recuperación una vez transcurrido un plazo de cinco años. Según el informe de la inspección, aunque la entidad financiera suscribió las acciones, las características de la operación la alejaban de la condición de accionista, pues no asumía los riesgos propios de dicha figura y, en particular, los relativos a la variación de la cotización de los títulos. Por la remuneración percibida y porque en la venta de las acciones no obtendría beneficios ni soportaría quebranto alguno, se dedujo que la posición de la entidad financiera era análoga a la de aquel que cede el uso de un capital y lo recupera en su integridad tras un tiempo prefijado, percibiendo una remuneración predeterminada.

La vinculación entre los diferentes negocios no fue negada por el obligado, quien argumentó que el objeto de la operación no consistía en la obtención de financiación sino en una medida de cobertura de las futuras obligaciones derivadas del plan de retribuciones a los directivos. Sin embargo, la inspección insistió en que la compañía obtuvo una financiación antes de que naciera la posible obligación de pago, siendo irrelevante que esta financiación no fuera necesaria, como había alegado la compañía.

Determinada la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas, había que establecer el tratamiento contable y fiscal que correspondía a las mismas. La inspección no puso en duda la calificación del contrato de *equity swap* como instrumento financiero derivado en dichos ámbitos, lo que conduciría al reconocimiento de ingresos y gastos en la cuenta de resultados y en la base imponible. Sin embargo, la cuestión determinante era que dicho contrato no se podía concebir sin ser puesto en relación con la ampliación de capital, de tal forma que, como se ha indicado, ambas transacciones debían ser contempladas conjuntamente. Por ello, se puntualizó que no eran deducibles diversas partidas que la compañía había registrado contablemente y, en particular, los gastos financieros reconocidos con origen en la minoración del valor en libros del instrumento financiero derivado como consecuencia del descenso de la cotización de las acciones que servían de referencia al *equity swap*. Concretamente, se consideró que ese quebranto no era una pérdida deducible, sino que se trataba de la devolución parcial de la financiación obtenida inicialmente, conservando la compañía el resto de los recursos propios. Esta última constituía la operación realmente realizada, debiendo valorarse los fondos propios captados en función del precio por el que los accionistas definitivos adquirieron sus acciones. La conclusión más importante es que al tratarse de una operación de financiación propia no es posible ningún tipo de cargo o abono en la cuenta de resultados ni en la base imponible. Los únicos gastos cuya deducibilidad admitió la inspección fueron los cargos en la cuenta de pérdidas y ganancias en concepto de gastos financieros por la retribución del capital cedido por la entidad financiera. Además, aunque el plan de retribuciones a los directivos preveía unos pagos a cargo de la

compañía que debían hacerse efectivos en 2012, no se experimentó disminución patrimonial alguna finalmente por causa del compromiso asumido con sus directivos. De hecho, si la compañía hubiera esperado al devengo de dicha obligación, no hubiera hecho falta financiación alguna por cuanto que no se presentaron las condiciones fijadas en el plan de retribuciones y, por tanto, el devengo del gasto no tuvo lugar.

La compañía mantuvo en todo momento una opinión completamente diferente a la defendida por la inspección, al considerar que ambas operaciones se debían registrar de forma independiente. El recurso ante la Audiencia Nacional (AN) se basó en dos informes periciales de parte en los que se concluía que la razón de la contratación del *equity swap* era reestructurar el perfil de riesgo de las obligaciones de pago derivadas del plan de retribución variable, de tal forma que dicho contrato se debía contabilizar independientemente de la ampliación de capital. Se argumentó que el *equity swap* contratado no era un instrumento de patrimonio (entre otras razones porque su liquidación se produciría en efectivo y no en acciones) sino un instrumento financiero derivado que debía ser valorado al cierre de cada ejercicio económico por su valor razonable, reconociéndose en la cuenta de pérdidas y ganancias los cambios de valor. Asimismo la compañía alegó que el criterio empleado coincidía con el establecido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en relación con estos productos financieros, habiendo sido también admitido por la firma que auditó sus cuentas, que no reconoció la existencia de la unidad negocial que propugnaba la inspección.

Finalmente, se ha de hacer referencia a un argumento complementario que utilizó la inspección en su informe, en el que consideró que en tanto que la operación analizada estaba asociada a la remuneración de determinados empleados referenciada a instrumentos de patrimonio, el cargo que se hubiera realizado en la cuenta de pérdidas y ganancias tampoco habría tenido la consideración de partida fiscalmente deducible en virtud de los artículos 13.1 f) y 19.5 del TRLIS. En este sentido, se defendió que al no ser deducible fiscalmente una provisión que cubriera este tipo de pagos, tampoco debía serlo una operación de financiación de los mismos con carácter previo al nacimiento de dicha obligación. Frente a este criterio, la recurrente alegó que el pasivo reconocido contablemente no era una provisión, sino la contrapartida de la variación de valor de un instrumento financiero derivado que, aunque se contrató para cubrir los pagos futuros por ese concepto, no llegó a desplegar dicho efecto al no devengarse la retribución variable, por lo que no resultaban de aplicación los preceptos mencionados, criterio con el que coincidimos.

2. Doctrina del tribunal

La Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 23 de diciembre de 2019 (rec. núm. 456/2016 –NFJ077359–), al igual que ya hizo anteriormente la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 6 de mayo de 2016 ha considerado correcto el criterio defendido por la Administración, que, como se ha analizado, determinó que la ampliación de

capital y el *equity swap* tenían un único propósito negocial, por lo que los distintos negocios y actos realizados debían ser contemplados de manera conjunta y no aisladamente. La formalización del *equity swap* se articuló como un instrumento simultáneo a una ampliación de capital, que fue suscrita por la entidad financiera previa renuncia del derecho de suscripción preferente de los accionistas de la compañía, y que se configuró como el subyacente de dicho instrumento financiero. La AN ratifica el criterio de la Administración a la hora de analizar de forma conjunta los negocios jurídicos concertados, considerando que la causa de esta estructura negocial, que excedía de una simple permuta financiera, fue la captación de recursos financieros. De hecho, el fundamento jurídico (FJ) 3.º de dicha SAN es del siguiente tenor:

La Administración no ha negado en ningún momento la existencia del *equity swap*, lo que afirma es que existe un conjunto de negocios jurídicos, que incluye el *equity swap*, que por tener una misma voluntad negocial aparecen como un negocio complejo (unión de contratos conforme a la voluntad de los interesados y a la unidad del fin perseguido). Por ello da al conjunto negocial el tratamiento tributario de la operación económica realmente realizada. Así, concluye que la vinculación existente entre el *equity swap* y la ampliación de capital hace necesario contemplar ambos negocios conjuntamente y se advierte que la significación de la operación desde la perspectiva de ENCE queda radicada en una operación de captación de recursos financieros. [...] La cuestión por tanto radica en la calificación conjunta de las operaciones que realiza la Inspección y que no es considerada por los informes periciales que desvinculan las operaciones. Pero lo cierto es que, de la operativa reflejada anteriormente, resulta que existe una vinculación entre el *equity swap* y la ampliación de capital, y se articula como un instrumento para obtener dicha ampliación. Desde esta perspectiva, la Administración aplica correctamente el artículo 143 en relación con el 10.3, ambos del RDL 4/2000. [...] Compartimos, por tanto, la apreciación de la Administración de que, atendiendo a la verdadera naturaleza económica del contrato del *equity swap*, el mismo debe ser interpretado, no de manera aislada, sino conjuntamente con la ampliación de capital de ENCE que fue suscrita por Caja Madrid.

La compañía negó que se tratara de una operación de financiación propia, en la medida en que tenía una situación económica saneada y no necesitaba de esta financiación. Sin embargo, la AN en el FJ 3.º rechaza este razonamiento:

Niega también la actora que la calificación de la operación como «captación de recursos propios» sea correcta. Sostiene, en primer lugar, que ENCE no tenía necesidad alguna de obtener financiación en forma de recursos propios, pero la existencia de una situación económica saneada no impide la existencia de una operación de captación de recursos por parte de una entidad.

Otra premisa que utilizó la inspección para la calificación de la operación es que la entidad financiera en ningún momento asumió riesgo alguno en la operación. La AN considera

correcto el argumento esgrimido por la Administración según el cual, por las condiciones de la operación, la entidad financiera no adquirió la condición de accionista de la entidad, a pesar de haber suscrito las acciones, por cuanto no asumió los riesgos de la variación de la cotización de las mismas como correspondería a un accionista, pues se acordó que en caso de que las acciones perdieran valor el reembolso de los títulos se efectuaría de acuerdo con el precio satisfecho en la suscripción. En concreto, la AN señaló en el FJ 3.º:

Compartimos la afirmación de la Administración en cuanto que Caja Madrid, se posiciona en la operación de forma que la aleja de la condición de accionista, aun cuando haya suscrito las acciones, por cuanto no asume los riesgos propios del accionista, pues no asumía el riesgo de variación de cotización de las acciones suscritas.

Por todo ello, la AN considera adecuado el criterio de recalificar las operaciones realizadas teniendo en cuenta el conjunto negocial, según lo dispuesto en los artículos 13 de la LGT y 143 del TRLIS.

En su recurso la parte actora argumentó que el criterio defendido por la inspección era contrario al dictado por la CNMV en cuanto a la contabilización del *equity swap*, que lo considera como un instrumento financiero derivado del que resultan ingresos y gastos imputables contablemente a la cuenta de resultados. Sin embargo, la AN determina que no existe contradicción alguna, pues tanto la inspección como los órganos revisores no rechazan el criterio contable señalado, sino que consideran que al vincular ese contrato con la ampliación de capital los criterios contables utilizados no han sido los adecuados, pues no se puede analizar separadamente del conjunto negocial realizado. Por otra parte, el hecho de que exista una opinión favorable de la firma de auditoría sobre el criterio contable aplicado tampoco se considera determinante de la corrección de las declaraciones presentadas, pues solo se trata de la opinión de un experto contable y, además, la existencia de un informe de auditoría no puede restringir las facultades comprobadoras y liquidadoras de la inspección. Finalmente, tampoco los informes periciales presentados sobre la contabilización del *equity swap* aportan argumentos que sean determinantes para que la AN cambie el criterio administrativo, por lo que no fueron considerados por el tribunal:

[...] la indicación de la CNMV de registrar el *equity swap* en la contabilidad como instrumento financiero derivado a valor razonable con cambios en resultados, no puede tener relevancia en la interpretación de la operación a efectos tributarios, porque considera el *equity swap* separadamente del conjunto negocial, téngase en cuenta que el artículo 13 de la Ley 58/2003 ordena que las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez. Estas reflexiones son predicables del contenido de la auditoría en que no se considera la unidad negocial.

3. Comentario crítico

3.1. La metodología que debe utilizar la Inspección para recalificar una operación contable que no está regulada en la Ley del impuesto sobre sociedades (LIS)

La SAN analizada ha considerado correcta la regularización realizada por la inspección, lo que supone también avalar el procedimiento y la metodología utilizada por dicho órgano para llevar a cabo la misma. De hecho, la sentencia no plantea ninguna duda en relación con este aspecto. Sin embargo, a nuestro juicio, surgen diversos interrogantes sobre la corrección del procedimiento que ha seguido la inspección y, en particular, en relación con la fundamentación jurídica en la que se basó para regularizar las operaciones controvertidas.

En la documentación de la inspección, así como en la resolución del TEAC y en la SAN analizada, se hace referencia a dos preceptos en los que la Administración ha fundamentado la regularización de las liquidaciones. El primero de ellos es el artículo 143 del TRLIS (que se corresponde con el actual art. 131 LIS), que disponía: «A los efectos de determinar la base imponible, la Administración tributaria aplicará las normas a que se refiere el artículo 10.3 de esta ley».

El segundo precepto al que se alude es el artículo 13 de la LGT, que regula el denominado principio de calificación, que señala lo siguiente:

Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.

Ambos preceptos han sido utilizados en el procedimiento de forma complementaria o indistinta para recalificar los negocios jurídicos celebrados, lo que ha permitido a la inspección otorgar un tratamiento contable y fiscal diferente al aplicado por el contribuyente. Ahora bien, la operación que fue recalificada no se encuentra regulada en la LIS, por lo que su consideración a efectos del impuesto sobre sociedades (IS) se establece por las normas contables. Por ello, parece que lo propio es que la calificación de la operación se determine en atención a los principios que rigen dicha materia. En cierta medida esta tesis fue defendida por la recurrente, al mantener que el tratamiento fiscal del *equity swap* deriva de la contabilización del mismo como un instrumento financiero derivado, pues al no existir una norma fiscal específica aplicable a este tipo de productos, su tributación se debe regir por los criterios contables. En efecto, de acuerdo con el artículo 10.3 de la LIS, en todo aquello no regulado expresamente en dicha ley se aplicará la regulación contable, por lo que en estos casos se debe proceder a interpretar dicha normativa con base en los principios que son propios en dicho marco, y no con principios propios del ámbito tributa-

rio. Por tanto, la inspección debería haber analizado la regulación contable de esta operación, pues la recalificación de la misma se tendría que haber realizado según los principios y normas de contabilidad. Sin embargo, en ningún momento la inspección hace referencia a la normativa contable empleada para regularizar la operación. Tan solo en algún pasaje del informe inspector se indica que, teniendo en cuenta la verdadera operación realizada, la misma no se ha contabilizado correctamente, y se considera que lo importante no es la ausencia de ajuste fiscal, sino que las imputaciones a la cuenta de pérdidas y ganancias no responden a la verdadera naturaleza de la operación. Esto habilitaría a la inspección para la corrección de la operación en el ámbito contable, pues en virtud del artículo 143 del TRLIS la Administración tributaria no tiene que aceptar sin más el resultado contable calculado por el contribuyente, sino que cuando este no haya aplicado correctamente la normativa contable puede modificar el resultado del que se haya partido para la determinación de la base imponible. Sin embargo, en la documentación analizada no se indica qué principio o norma contable se ha empleado a estos efectos. Dado que la regularización se fundamenta en que no es posible tomar en consideración aisladamente los diferentes actos que integran la operación, sino que la misma se ha de analizar contablemente teniendo en cuenta el conjunto negocial, la única regla que podría haber sido empleada a tal efecto es el principio de imagen fiel, esto es, la preferencia del fondo económico sobre la forma jurídica, que, sin embargo, no se menciona expresamente. Quizá la razón de no emplear esta metodología es que con ella se corre el riesgo de que la misma se pueda equiparar a la interpretación económica, desterrada del derecho tributario español desde la Ley 25/1995, de 20 de julio. De hecho, para evitar todo atisbo de interpretación económica, el FJ 3.º de la SAN señala lo siguiente:

No se ha realizado una calificación de la operación *a posteriori* en función del resultado de la misma, sino que se ha analizado la operación en su conjunto, atendiendo a la voluntad negocial manifestada en la sucesión de relaciones negociales, y en el fin perseguido por las operaciones. Debemos concluir, atendiendo a la operativa anteriormente descrita que la calificación realizada por la Administración es ajustada a Derecho.

A nuestro juicio, para la recalificación a efectos del IS de una operación regulada por la normativa contable no se pueden invocar indistintamente los artículos 13 de la LGT y 143 del TRLIS. La inspección utiliza los dos preceptos con el objeto de reforzar el resultado interpretativo o la calificación a la que se pretende llegar. Sin embargo, por mucho que el resultado pueda ser el mismo, la metodología y las normas y principios que se deben utilizar en aplicación de ambos preceptos son completamente diferentes. Además, resulta cuando menos llamativo que la calificación de la operación mediante la aplicación del artículo 13 de la LGT opere sobre la normativa contable, pero despliegue sus efectos únicamente en su vertiente tributaria y no en el ámbito que le es propio. La calificación correcta de esta operación ha de ser realizada en aplicación de los principios y normas contables, debiendo ser aceptada la conclusión a la que se llegue en dicho ámbito a efectos del IS. Así es en la

medida en que todas las operaciones que no estén reguladas en la LIS se deben regir por lo dispuesto en la normativa contable que menciona el artículo 10.3 del citado texto legal. Por ello, en el siguiente epígrafe se analizará la calificación correcta de esta operación de acuerdo con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados.

En definitiva, no consideramos adecuada la aplicación del principio de calificación recogido en el artículo 13 de la LGT para las operaciones que no están reguladas expresamente en la LIS, como ocurre en el caso analizado en la SAN de 23 de diciembre de 2019, pues se rigen por la normativa contable. Pero es que incluso aunque dicho precepto resultara de aplicación en este tipo de situaciones, es dudoso que la metodología empleada por la inspección en este caso pueda encajar en este precepto. El citado artículo 13 no se refiere a la calificación conjunta de un grupo de actos o negocios jurídicos, pues al definir el objeto de la calificación siempre se hace en singular, refiriéndose a un hecho, acto o negocio individual. Sin embargo, el artículo 15 de la LGT, relativo al conflicto en la aplicación de la norma tributaria, sí hace referencia al conjunto negocial, al señalar que existe conflicto cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. En el caso que nos ocupa no se produce la calificación de un hecho jurídico individual, pues lo que hace la inspección es analizar diferentes negocios jurídicos de forma conjunta por considerar que forman parte de un mismo complejo negocial, lo que le permite modificar el tratamiento contable y fiscal que el contribuyente otorgó a la operación. En definitiva, lo que ha hecho la inspección es inaplicar el tratamiento contable propio del *equity swap* al considerar que dicho contrato está vinculado con la ampliación de capital realizada por la compañía en favor de la misma entidad financiera con la que suscribió dicho contrato. En el supuesto planteado no se discute la calificación de cada uno de los negocios celebrados, que es conforme a su verdadera naturaleza, sino que se analiza como una globalidad una serie de actos jurídicos individuales. Tampoco cabría rectificar la operación con base en el artículo 15 de la LGT, pues los negocios ni son artificiosos o impropios ni tampoco tienen como objetivo el ahorro fiscal, pues lo que se discute tan solo es el tratamiento contable y fiscal aplicado a tales negocios. Además, ni tan siquiera el criterio contable empleado por la compañía ha tenido como propósito principal el ahorro de impuestos, pues de haberse mantenido al alza el valor de las acciones, como era previsible al celebrar la operación –de hecho, así ocurrió el primer año–, el criterio contable empleado habría supuesto el pago de impuestos más altos que de haber aplicado el tratamiento señalado por la inspección.

Los argumentos empleados por la inspección para recalificar la operación realizada en atención al conjunto negocial y no a cada uno de los actos individuales que lo integran encajan en una doctrina jurisprudencial utilizada en Estados Unidos para prevenir el abuso fiscal, conocida como *steps transactions* (doctrina de la transacción escalonada o por pasos o de las operaciones complejas). El aspecto clave es que una serie de hechos o actos formalmente separados son tratados como una sola operación cuando cada uno de ellos se

encuentra integrado en una secuencia dirigida a la obtención de un resultado, lo que permite obtener una visión real de la operación realmente realizada. Se vinculan así todos los actos interrelacionados, como componentes de una sola transacción global, en lugar de su consideración de forma aislada. Al tratarse como un evento único, no se aplican las consecuencias fiscales que corresponderían a cada uno de los pasos de forma independiente, sino las relativas a toda la transacción. En cualquier caso, la determinación de si existe o no esa especial relación entre cada uno de los hechos y actos y si con ellos se persigue un único resultado es una cuestión interpretativa, para lo que se ha de analizar el verdadero fondo económico de las operaciones realizadas. De ahí que esta metodología se utilice normalmente en combinación con otras doctrinas como la prevalencia de la sustancia sobre la forma. Para establecer la vinculación entre los actos y el motivo comercial se han desarrollado diversas pruebas escalonadas, siendo tres los tipos más comunes de contrastes que utilizan los tribunales. Seguidamente, se analizará esta metodología y su aplicación al caso concreto que ha sido objeto de la sentencia.

El primer método es el del acuerdo vinculante. Solo se tratará toda la secuencia como una sola transacción si cuando se ejecutó el primer acto había un acuerdo vinculante para la ejecución de los posteriores, lo que es especialmente importante cuando median largos periodos de tiempo entre los distintos pasos, pues cuando existe proximidad temporal entre ellos es más fácil establecer dicha vinculación. Si no existiera dicho acuerdo, se aplicarían las otras dos pruebas. Por tanto, es relevante que exista un plan para realizar todos los actos de forma consecutiva para conseguir un determinado resultado. En el caso que nos ocupa, todas las operaciones venían recogidas en el «Contrato marco de operaciones financieras» celebrado entre las dos partes, realizándose los distintos pasos de manera consecutiva. Es más, en el plan aprobado de retribución variable a largo plazo a los directivos, ya se había consignado una cláusula que establecía la formalización del contrato de *equity swap* sobre las acciones de la compañía.

El segundo es el método de la interdependencia mutua, según el cual todos los pasos están tan unidos a los restantes que la ejecución de uno solo tiene sentido cuando se realicen los demás en el marco de una transacción planificada más amplia. Esta doctrina se aplicará cuando no tenga sentido realizar un solo paso, por cuanto las relaciones legales creadas por una transacción no serán relevantes sin la ejecución de la serie completa. Es decir, se trata de determinar si cada paso origina efectos independientes significativos o si dependen de los demás que se produzcan dentro de la secuencia planificada. Así ocurre con la ampliación de capital y el *equity swap*, pues cada uno de estos actos solo cobra sentido si se ejecuta el otro, careciendo de significado la ejecución de cada hecho por separado.

El último método es la prueba del resultado final, en el que se examina si cada uno de los pasos se ejecuta para conseguir el resultado pretendido. Así ocurre cuando se trata de eventos estrechamente relacionados que no tienen propósitos independientes, de tal forma que el plan puede verse en conjunto teniendo en cuenta el efecto fiscal combinado. La prueba del resultado final se utiliza cuando está claro que un resultado fiscal planificado se logra

a través de una serie de operaciones relacionadas que están diseñadas y ejecutadas como parte de un plan unitario para lograr dicho resultado, el cual no podría lograrse a través de una sola transacción. Si la intención de un acto es servir al siguiente paso, el tribunal puede considerar todos ellos de forma conjunta. Este método también es conocido con el nombre de «la prueba de intención», pues se analiza la intención del contribuyente cuando realiza las transacciones para analizar si pretendía que estas se integraran en un esquema único y general, formando parte de una transacción mayor, en cuyo caso las transacciones realizadas independientemente se ignorarán y se tratarán como una operación única. Cuando el contribuyente no tenga la intención de crear una serie de pasos para lograr un propósito general, cada operación se tratará por separado. En el caso analizado en la sentencia, la inspección se refiere a la existencia de un mismo propósito negocial en el *equity swap* y la ampliación de capital, lo que le permite llegar a la conclusión de que las consecuencias fiscales se han de determinar teniendo en cuenta el conjunto negocial y no las que corresponderían a cada operación de forma independiente.

Hasta donde llega nuestro conocimiento, esta metodología no ha sido aplicada como tal por los tribunales españoles. Es cierto que la SAN analizada ha considerado correcto el procedimiento aplicado por la inspección, al haber dado validez a las liquidaciones que han resultado del mismo, pero en dicha sentencia no se ha planteado nada sobre la adecuación a derecho de la metodología empleada en dicho procedimiento. Su engarce con el artículo 13 de la LGT es cuanto menos discutible, pues cuando el legislador se ha querido referir al conjunto negocial, lo ha hecho explícitamente, como ocurre en el artículo 15 de la LGT. Por tanto, no es claro que en virtud del artículo 13 de la LGT se pueda prescindir de la naturaleza propia de cada acto o negocio para establecer la naturaleza del conjunto negocial celebrado, como ha hecho la inspección. En cualquier caso, aunque se pueda llegar a esta conclusión por la vía interpretativa, sería mucho más adecuado una reforma del artículo 13 de la LGT para dar cabida de forma expresa a esta metodología, lo que permitiría que la inspección pudiera utilizarla sin el riesgo de que las regularizaciones que se fundamenten en ella sean anuladas por un tribunal.

Además, las dificultades para encajar la metodología empleada por la inspección en los esquemas generales de la LGT tienen también su origen en las particularidades de la normativa reguladora del IS, pues es una característica exclusiva de este impuesto que el núcleo esencial de la base imponible se regule por normas ajenas al ámbito tributario. En este sentido, la LIS no establece de forma adecuada las relaciones entre las normas contables y fiscales y, en particular, no determina los mecanismos, principios y normas que deben emplearse para regularizar las operaciones que no estén reguladas expresamente en dicha ley, en la medida en que a efectos fiscales han de admitirse los criterios que se deriven de la legislación contable. Mayores dificultades aun se producen cuando se trata de una operación que tampoco está reglada específicamente en las normas contables, en cuyo caso su tratamiento en dicho ámbito resulta de la aplicación de los principios contables previstos en el Código de Comercio y en el Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad (PGC), lo que, evidentemente, puede ser susceptible de interpretaciones di-

versas. Por ello, no resulta sencilla la articulación de las reglas generales que establece la LGT en materia de interpretación, calificación e integración de las normas tributarias cuando se trata de la aplicación de la normativa del IS, sobre todo en relación con operaciones no reguladas expresamente en la LIS. En particular, así ocurre con el principio de calificación previsto en el artículo 13 de la LGT, pues estas operaciones deben ser calificadas en virtud de los criterios establecidos en la normativa contable, de los que derivará el tratamiento que habrá de ser aplicado tanto a efectos contables como fiscales. Lo cierto es que en el procedimiento administrativo, avalado plenamente por la SAN analizada, solo se hace referencia a la incorrección de los criterios contables, una vez que la operación realizada se ha calificado de acuerdo con el citado artículo 13, sin que se indiquen las reglas contables que, en virtud del criterio administrativo, resultaban realmente aplicables. La insuficiencia de la regulación de la LIS a estos efectos se ha hecho particularmente evidente a partir de la aprobación del PGC de 2007, en el que se incluye en el Marco Conceptual el principio de preferencia del fondo sobre la forma, pues desde el punto de vista fiscal la aplicación del mismo en el IS podría desembocar en dos consecuencias prohibidas por el derecho tributario. Por un lado, permitiría colmar las lagunas de la normativa contable mediante la equiparación de una operación no reglada a otra regulada en dicha normativa, cuando la naturaleza económica de ambas operaciones sea equivalente o guarde identidad de razón, lo que podría suponer la introducción de la analogía a efectos de la determinación de la renta gravada en el IS, aspecto que se encuentra expresamente prohibido en el artículo 14 de la LGT. Por otro lado, podría dar lugar a la reintroducción de la interpretación económica en la práctica administrativa, pues posibilitaría establecer las consecuencias tributarias de una operación en función de la realidad que subyace tras la misma. Esto conduciría a la recalificación de una operación cuando la formalidad jurídica empleada no coincida con su sustancia económica, de tal forma que un hecho u acto se podría calificar en función de los resultados económicos que produzca. Por ello, resulta necesario un precepto que clarifique este marco de relaciones, tanto para los contribuyentes como para la Administración en su labor comprobadora, que en aplicación del artículo 131 de la LIS podría corregir la contabilización de una transacción cuando el reconocimiento contable se haya realizado en atención a la forma jurídica empleada, siempre que esta última no sea representativa del fondo económico de la operación. La situación planteada puede suponer una merma de la seguridad jurídica de los contribuyentes a causa de la falta de previsibilidad de las consecuencias tributarias de sus conductas. Por tanto, el legislador debería establecer las prevenciones necesarias para evitar los riesgos señalados.

En cualquier caso, en la normativa del IS no se han establecido tales prevenciones, con lo que el tratamiento fiscal de todas aquellas operaciones no reguladas en la LIS derivará de lo que resulte de la aplicación de los principios contables, sin que la operación pueda interpretarse de un modo diferente a efectos exclusivamente fiscales. Por ello, a continuación se procederá al análisis de la operación controvertida desde el punto de vista contable. Aunque los resultados coincidan con los que determinó la inspección, la metodología utilizada y las normas y principios que han servido de fundamento son completamente diferentes, lo que podría afectar a la validez del procedimiento inspector.

3.2. La calificación contable de la operación realizada teniendo en cuenta su fondo económico

Una vez que se ha concluido que la regularización de la inspección no tuvo que fundamentarse en el artículo 13 de la LGT, sino que se debió analizar la calificación contable de la operación concluida por las partes, se ha de proceder al estudio del tratamiento contable que se debió dar a esta transacción de acuerdo con las normas y principios contables de general aceptación, al ser determinante del régimen de la misma en el IS.

Como se ha comentado, la compañía concluyó con una entidad financiera un contrato de *equity swap* tras una ampliación de capital suscrita por la misma entidad en el marco de un plan de retribución a largo plazo a directivos. Ahora bien, se trata de analizar cómo debió ser calificada contablemente esta operación, pues al no estar regulada expresamente por la normativa contable, su tratamiento se ha de deducir de la aplicación de los principios contables enunciados en el Código de Comercio y en el Marco Conceptual del PGC, teniendo a estos efectos una especial relevancia el principio de preferencia del fondo sobre la forma. También se ha de examinar si en el ámbito contable es posible la calificación conjunta de la operación realizada, en los términos analizados por la inspección, más allá de los negocios individuales celebrados por las partes. Uno de los argumentos utilizados por la inspección y ratificados por el TEAC y la AN es que, en su conjunto, se trataba de una operación de financiación propia. De acuerdo con todo ello, se ha de analizar si el criterio contable empleado por la compañía fue correcto, al registrar cada acto o negocio de forma particular, sin tener en cuenta el fondo económico del conjunto de las operaciones realizadas.

A este respecto, el PGC no contempla la calificación y el reconocimiento en libros de la compleja transacción efectuada por la compañía. De hecho, la figura del *equity swap* carece de una regulación específica en el ordenamiento contable, más allá de su consideración de forma residual al tratarse las aportaciones sociales en 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 y en la consulta 3 del BOICAC 97, de marzo de 2014 (NFC050568). En principio, este tipo de contratos, desde el punto de vista contable, es conceptualizado como un instrumento financiero derivado en la medida en que cumplen con los requisitos establecidos en la norma de registro y valoración 9.ª del PGC y, consecuentemente, figurarán en libros por su valor razonable, imputándose las variaciones que se produzcan en este último, como gastos o ingresos financieros, en la cuenta de resultados. Este fue el criterio seguido por la compañía y admitido por el auditor de cuentas por cuanto no consignó salvedad alguna en el informe emitido. Previamente, la compañía había reconocido entre sus fondos propios la emisión y posterior suscripción de acciones por parte de la entidad financiera con la que se concertó el *equity swap*. En concreto, se produjo un incremento de la cifra de capital por el valor nominal de las acciones emitidas y se reconoció una reserva (prima de emisión) por el exceso del precio de emisión sobre el nominal de los títulos.

Dicho proceder fue consecuencia de la consideración como independientes de los actos realizados. De hecho, el tratamiento contable del *equity swap* practicado por la compañía coincide con el establecido en el artículo 21.1 de la Resolución del ICAC antes citada, donde se dispone que resultarán de aplicación los criterios establecidos en el PGC para los instrumentos financieros derivados en la contabilización de los contratos de permuta financiera sobre las propias acciones cuando la sociedad se compromete a pagar (o recibir) un interés fijo o variable a cambio de recibir (o entregar) el rendimiento de sus propios instrumentos de patrimonio durante el plazo del acuerdo, y asume el riesgo de la variación de valor razonable de las acciones propias que se origine en ese periodo. Desde nuestro punto de vista, los criterios contables aplicados habrían sido correctos si las transacciones no hubieran guardado una relación entre sí pues el tratamiento previsto en la norma contable solo es pertinente ante un «genuino» contrato de permuta financiera. En este sentido, la consulta del ICAC antes citada señala que el aspecto clave que permitirá concluir que la calificación y registro como un derivado financiero es correcta es la forma de liquidar el contrato de *equity swap*. A tal efecto, el ICAC diferencia entre dos casos, según que el contrato se liquide en efectivo o en acciones (entregadas o recibidas). Y, aunque parece desprenderse de la consulta que de presentarse la primera situación, el contrato habrá de ser calificado en todo caso como un derivado financiero, en el supuesto que nos ocupa quizás no sea relevante el modo en que fue liquidado el contrato, sino la retención por parte de la compañía de los riesgos y beneficios inherentes a las acciones que constituían el subyacente del contrato. A este respecto, entendemos que en la medida que la compañía mantuvo los beneficios y riesgos inherentes a las acciones, se debería concluir que el derivado financiero solo actuó como mecanismo para la retención de dichos beneficios y riesgos. A este respecto, si bien la situación planteada en la citada consulta difiere del caso que nos ocupa, por analogía, podemos remitirnos a la opinión del ICAC cuando afirma que:

[...] la calificación del contrato requiere un previo análisis, en su conjunto, del intercambio de flujos y de la operación principal (intercambio de acciones, presente o futuro), con el objetivo de concluir si el fondo económico del contrato sigue siendo un derivado «genuino» o auténtico derivado, o por el contrario el derivado financiero se configura como un medio para retener los riesgos de unas acciones previamente enajenadas (circunstancia que implicaría negar la baja), o con el propósito de asumir los riesgos y beneficios inherentes a la condición de propietario antes de adquirir la titularidad jurídica de los instrumentos de patrimonio (lo que traería consigo el reconocimiento de una adquisición de acciones con pago aplazado).

La aplicación al caso sobre el que la SAN se pronuncia nos lleva a considerar, en primer término, la naturaleza contable de las acciones emitidas. En relación con esta transacción, la compañía reconoció un aumento de fondos propios. Este tratamiento contable sería el adecuado si se entendiera que los actos realizados no guardaban relación entre sí. Sin embargo, los acuerdos adoptados como consecuencia del plan de retribución variable a largo plazo supusieron que la compañía no cediera a la entidad financiera que suscribió los títulos los riesgos y beneficios inherentes a los mismos. De hecho, la entidad financiera no solo

había de mantener los títulos hasta la conclusión del plan de retribuciones, procediendo en esa fecha a la entrega de las acciones a los directivos o a la venta en el mercado en caso de que el directivo se decantara por una retribución en metálico sino que, de no recuperar el precio de emisión satisfecho en la fecha de la ampliación de capital, la compañía vendría obligada a cubrir la diferencia. En consecuencia, la entidad financiera, mediante la suscripción de las acciones emitidas y la formalización de los acuerdos derivados del plan de retribuciones, dispuso del derecho incondicional a recuperar los flujos de efectivo cedidos a la compañía. Esta circunstancia determinaría que las acciones emitidas no pudieran lucir en el patrimonio neto de la compañía al contener un componente de pasivo financiero. A este respecto, cabe recordar que el apartado 3 de la norma de registro y valoración 9.ª del PGC establece que los instrumentos financieros emitidos, incurridos o asumidos, se clasificarán como pasivos financieros, en su totalidad o en una de sus partes, siempre que de acuerdo con su realidad económica supongan para la empresa una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero. Además, si se tiene en cuenta que el apartado 4 de la misma norma limita el alcance de un instrumento de patrimonio propio a aquel negocio jurídico que evidencia, o refleja, una participación residual en los activos de la empresa que los emite una vez deducidos todos sus pasivos, en la medida en que la entidad financiera que suscribió las acciones venía obligada a vender, en un plazo de cinco años, las acciones suscritas para recuperar el precio satisfecho en el momento de la inversión, lo que se aproxima al rescate por parte del inversor, no parece que estos instrumentos financieros evidenciaran la participación residual en los activos de la compañía una vez deducidos sus pasivos.

Por otra parte, este argumento se ve reforzado si se tiene en cuenta el comunicado de la CNMV de 22 de mayo de 2020 donde se establecen criterios respecto a la notificación de *equity swaps* sobre acciones propias de las sociedades cotizadas. En el supuesto que nos ocupa, la ausencia de riesgo para la entidad financiera en la venta de las acciones así como la obligación de mantener los títulos hasta la liquidación del plan de retribución a los directivos conducirían a su conceptualización como persona interpuesta, esto es, aquella que en nombre propio adquiere, transmite o posee acciones por cuenta de otra persona física o jurídica, condición que también se presume, salvo prueba en contrario, cuando se deja total o parcialmente a cubierto de los riesgos inherentes a las adquisiciones, transmisiones o a la posesión de las acciones (art. 24 del RD 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea). Así, la consideración de la entidad financiera como persona interpuesta implicaría, desde el punto de vista de la normativa anterior, el reconocimiento de que la compañía está operando indirectamente con autocartera a través de una persona interpuesta.

En definitiva, de acuerdo con los argumentos expuestos, en aplicación del principio de preferencia del fondo sobre la forma, defendemos que los actos realizados por la compañía deberían haber sido registrados como sigue:

En la fecha de formalización de los acuerdos derivados del plan de retribución, la compañía, en lugar de un incremento de la cifra de capital por la puesta en circulación de nuevas acciones, debería haber reconocido un pasivo financiero con origen en la obligación asumida de restituir a la entidad financiera la cuantía satisfecha con ocasión de la suscripción de las acciones. Este pasivo financiero, que debió calificarse a efectos de su valoración como pasivo financiero a coste amortizado, dado su carácter no comercial y su vencimiento en el largo plazo, tuvo que ser reconocido por el valor razonable de la contraprestación recibida.

En cuanto al *equity swap*, desde nuestro punto de vista, el contrato no funcionó como un «genuino» instrumento derivado, sino que constituyó el mecanismo para la retribución del pasivo asumido, cuya cuantía vendría dada por la diferencia entre el interés variable acordado y los dividendos a percibir por las acciones suscritas. Esta retribución, como registró la compañía a lo largo de la vigencia del contrato, supondría el reconocimiento de un gasto en los resultados, atendiendo a su devengo. A tal efecto, los intereses se habrían imputado a la cuenta de pérdidas y ganancias de acuerdo con el método del tipo de interés efectivo que, dado el interés variable acordado, tendría que haber sido determinado en cada uno de los años de vigencia del contrato.

Por su parte, defendemos que el reconocimiento como fondos propios de las acciones emitidas debió retrasarse hasta la fecha en que la entidad colocó los títulos en el mercado por el importe efectivamente percibido. Los nuevos tenedores de los títulos, a diferencia de la entidad financiera que inicialmente suscribió las acciones, sí cumplen con la condición de accionistas al adquirir todos los riesgos y beneficios inherentes a su participación en el patrimonio de la compañía.

Finalmente, y de forma simultánea al registro anterior, tendría que haberse procedido a la liquidación del pasivo asumido, sin repercusión alguna en los resultados del periodo, pues las variaciones en la cotización de las acciones de la compañía tan solo supusieron la colocación de los títulos por una cuantía inferior a la prevista inicialmente, que fue la cuantía cedida por la entidad financiera y que coincide con la valoración del pasivo que en esa fecha se liquidó.

Pese a que la aplicación del principio de preferencia del fondo sobre la forma determina la incorrección de los registros contables realizados no solo a nivel de la información suministrada en balance sino de su repercusión en la cuenta de resultados de los ejercicios implicados, no coincidimos con la opinión de la inspección y ratificada por el TEAC y la AN de que, en su conjunto, los actos realizados constituían una operación de financiación propia. Así habría sido, como se ha comentado, si no se hubiera asumido la obligación de restitución a la entidad financiera de los flujos de efectivo aportados.

Son evidentes las diferencias entre los argumentos que a nuestro juicio se debían haber utilizado para la regularización de la operación –expuestos en este epígrafe– y los empleados por la inspección, que posteriormente han sido ratificados por el TEAC y la AN. Es

cierto que, pese a que la metodología es completamente diferente, existe una coincidencia en el efecto que la recalificación de la operación produjo en los resultados de los ejercicios en que estuvo vigente el plan de retribuciones a los directivos y, en consecuencia, en la base imponible del IS. No obstante, la aplicación por la inspección de una metodología inadecuada podría haber llevado a la anulación judicial de las liquidaciones que resultaron de dicho procedimiento.

El TSJ de Extremadura entra en el fondo del asunto sobre la legalidad del modelo 720: inicio del cómputo del plazo de prescripción y su régimen sancionador

Análisis de la [STSJ de Extremadura de 27 de febrero de 2020, rec. núm. 47/2019](#)

Xavier Orfila Sans

*Inspector de Hacienda del Estado
Funcionario en prácticas en el Instituto de Estudios Fiscales*

Extracto

Desde sus inicios, la obligación de presentar la declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero –en el argot, modelo 720– ha sido objeto de numerosas críticas por su régimen basado en la imprescriptibilidad y la desproporcionalidad en las sanciones, que han conllevado pronunciamientos relevantes por medio de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de febrero de 2019, así como de varias sentencias recientes de distintos tribunales superiores de justicia. Estos últimos pronunciamientos han venido a ratificar la validez del inicio del cómputo del plazo de prescripción, pero se han apartado del criterio defendido por los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en materia sancionadora. Sin embargo, ninguno de ellos entra a analizar la proporcionalidad del régimen sancionador introducido por el legislador, ya que desde el inicio existe falta de motivación en la apreciación de la culpabilidad. El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en la Sentencia 85/2020, de 27 de febrero, sienta doctrina novedosa al entrar en el fondo del asunto y cuestionar abiertamente la proporcionalidad del régimen sancionador.

1. Supuesto de hecho

El día 30 de octubre de 2018, el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Extremadura, por medio de resolución, procedió a la desestimación de la reclamación económico-administrativa interpuesta contra el acuerdo resultante del procedimiento inspector iniciado el 25 de marzo de 2015 por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), por el que se impuso una sanción por la comisión de la infracción tributaria consistente en la falta de prestación de la declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero, modelo 720, del ejercicio 2012. El actor no presentó el modelo 720 de declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero en el año 2012 cuando lo cierto es que era titular de cinco cuentas corrientes en el Reino Unido y sí presentó la declaración correspondiente al año 2013. La Orden HAP/72/2013, de 30 de enero, por la que se aprueba el modelo 720, contenía una disposición transitoria específica para el plazo de presentación del modelo 720 correspondiente al ejercicio 2012, que tendría lugar entre el 1 de febrero y el 30 de abril de 2013.

El escrito interpuesto por la parte reclamante fundamenta sus alegaciones en torno al régimen sancionador articulado por la mencionada orden, que vino a crear el modelo 720, y que según el reclamante vulnera el principio de proporcionalidad. Concretamente, según el recurrente, se afecta a principios fundamentales del derecho de la Unión Europea (UE), tales como la libre circulación de capitales prevista en el artículo 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la libertad de prestación de servicios del artículo 56 del TFUE y, adicionalmente, la libertad de establecimiento referida en el artículo 49. El recurrente sostiene sus argumentos a través de referencias constantes a la investigación abierta por parte de la Comisión Europea contra España y que ha concluido, con carácter preliminar, en que la normativa española articulada en torno al modelo 720 podría contravenir el derecho de la UE, al menos en relación con la imprescriptibilidad del derecho de la Administración a regularizar la situación tributaria del contribuyente y, probablemente, el régimen sancionador.

El TEAR de Extremadura profundiza en el dictamen motivado de la Comisión Europea contra España relativo al modelo 720 de fecha 15 de febrero de 2017. Según el TEAR, este dictamen no deja de ser una fase previa a un proceso contencioso, cuya competencia para

dirimir tales cuestiones recaerá sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Por tanto, y en relación con las actuaciones de la Comisión Europea, no debe darse más importancia de la que verdaderamente puede llegar a tener. En último lugar, el TEAR desestima en su totalidad la reclamación, confirmando el acto impugnado; si bien es cierto que de forma incompleta y breve, al referirse a la validez de la sanción impugnada y justificando la existencia de la culpabilidad. Sin embargo, no por ello se entiende que exista una respuesta genérica y no queda imprejuzgada la pretensión anulatoria planteada por la parte demandante.

2. Doctrina del tribunal

El recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Extremadura, que se pronunció por medio de la Sentencia 85/2020, de 27 de febrero (rec. núm. 47/2019 –NFJ077466–), sentando doctrina novedosa al entrar en el fondo del asunto y cuestionar abiertamente la proporcionalidad del régimen sancionador de la disposición adicional decimoctava de la Ley general tributaria (LGT). Anteriormente, el TSJ de Extremadura, por medio de la Sentencia 445/2019, de 19 de diciembre (rec. núm. 260/2019 –NFJ076698–), vino a reforzar considerablemente la postura asentada en nuestro ordenamiento jurídico por la Sentencia 474/2018, de 16 de mayo, del TSJ de Castilla y León (rec. núm. 529/2017 –NFJ078556–), en la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo al confirmar el acuerdo de liquidación, pero anulando el acuerdo sancionador derivado de la presentación fuera de plazo del modelo 720.

La resolución judicial que se analiza a continuación somete a análisis tres cuestiones básicas íntimamente ligadas a la legalidad o no del citado modelo 720.

En primer lugar, el TSJ de Extremadura entra a analizar la compatibilidad de la obligación de información de los bienes situados en el extranjero con el derecho de la Unión. Así, el mencionado tribunal no se conforma con la argumentación expuesta por el TEAR de Extremadura y profundiza en la misma línea a través del exhaustivo análisis realizado por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en la Resolución de 14 de febrero de 2019 (RG 529/2016 –NFJ073231–). Sin ánimo de ahondar en la compatibilidad del modelo 720 con el derecho de la Unión, el TEAC justifica su validez con base en lo dispuesto en el artículo 65.1 a) del TFUE, que dice que:

1. Lo dispuesto en el artículo 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:

a) aplicar las disposiciones pertinentes de su derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital [...].

Por tanto, a juicio del TEAC, incluso si las disposiciones pudiesen llegar a ser consideradas restrictivas del derecho a la libertad de circulación de capitales, están plenamente justificadas al ir destinadas a evitar el fraude y la evasión fiscal; hecho que queda amparado por la jurisprudencia reiterada del TJUE.

En segundo lugar, el TSJ de Extremadura se pronuncia sobre la proporcionalidad de la «imprescriptibilidad» o, también en palabras de este mismo TSJ, «inicio del cómputo del plazo de prescripción en relación con las ganancias patrimoniales no justificadas». Nuevamente, el tribunal se remite a lo dicho por el TEAC en la mencionada Resolución de 14 de febrero de 2019, que defiende que el régimen jurídico aplicable a la figura de la prescripción no aparece regulado por el derecho de la Unión, remitiéndose este último a lo dicho por cada uno de los ordenamientos jurídicos internos, siempre y cuando no sean contrarios a los principios del derecho de la Unión, especialmente los de efectividad y equivalencia.

Dada la gravedad que conlleva el fraude fiscal y la dificultad adicional que supone por la Administración tributaria de tener conocimiento de los bienes localizados en el extranjero, el legislador introdujo en el artículo 39.2 de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas (LIRPF) que las ganancias patrimoniales no justificadas derivadas de los bienes en el extranjero deberán imputarse al periodo más antiguo de los no prescritos del valor de tenencia o adquisición de todos los bienes y derechos respecto de los que no se hubiese informado a la Administración tributaria española. No cabe duda de que el hecho de modificar el tradicional cómputo del plazo de prescripción supone una grave consecuencia establecida por el legislador. Sin embargo, el TSJ de Extremadura justifica su validez y congruencia con el ordenamiento jurídico español, en la medida en que la deslocalización y ocultación de bienes en el extranjero es especialmente gravosa para la Administración tributaria, aprovechándose el contribuyente de las dificultades que todavía en la actualidad existen entre los Estados para un efectivo intercambio de información sobre este tipo de bienes y rentas.

En último lugar, se procede a tratar la proporcionalidad del régimen sancionador, también conocido por ser uno de los puntos que mayor controversia ha generado desde los inicios de la entrada en vigor del modelo 720 y cuya legalidad ha sido puesta en tela de juicio por la propia Comisión Europea. La argumentación realizada por el TSJ de Extremadura en este punto es, quizá, la de mayor interés con relación a la tan debatida obligación de presentar la declaración sobre bienes y derechos en el extranjero e impuesta por España.

En este caso, tanto el TSJ de Extremadura como el TEAC hacen referencia a la existencia de dos tipos de obligaciones tributarias de distinta naturaleza. Esto es, la obligación formal derivada de la presentación del modelo 720 y la obligación derivada del IRPF, que tiene naturaleza material y sustantiva. Por tanto, se trata de obligaciones distintas, si bien íntimamente conectadas entre sí, ya que la ganancia patrimonial no justificada toma como presupuesto necesario la falta de presentación en plazo de la obligación formal de informar sobre los bienes y derechos. Asimismo, en otros pronunciamientos, como en la Sentencia 445/2019, de 19 de diciembre (rec. núm. 260/2019 –NFJ076698–), el TSJ de Extremadura determinó que el

hecho de que se presente fuera de plazo la declaración informativa no evita que se produzca el nacimiento de la obligación material, así como tampoco las sanciones que pudiesen derivarse de esta última, siempre y cuando quede justificada la culpabilidad del contribuyente.

Para poder proceder a imponer una sanción es necesario previamente que se califique de constitutiva de infracción tributaria la conducta del interesado. No podemos olvidar la importancia del reconocimiento por el TEAC y la jurisprudencia de la aplicación en el ámbito tributario de los principios constitucionales y penales en materia sancionadora. Así, los principios de presunción de inocencia y presunción de buena fe actúan como la piedra angular en materia sancionadora, sin que nadie pueda ser sancionado por responsabilidad objetiva, siendo necesario que se demuestre la existencia del elemento intencional o culpabilidad para poder apreciar infracción tributaria.

En el presente caso, según el TSJ de Extremadura, el acuerdo sancionador parte de los hechos acreditados en el procedimiento de inspección y aprecia una conducta incumplidora de la norma tributaria, existiendo suficientes referencias a las circunstancias fácticas y subjetivas que motivan la imposición de la sanción. Según el tribunal, no cabe duda de que el acuerdo contiene una motivación suficiente sobre la imputación de la infracción a la parte actora; requisito de motivación que debe analizarse en atención a las circunstancias de cada supuesto de hecho. Por tanto, bajo el criterio del tribunal, no hay duda de que el acuerdo sancionador contiene los elementos determinantes para conocer los hechos que la Inspección ha valorado y una referencia a la conducta culpable del obligado tributario, no existiendo automatismos en la imposición de la sanción, sino valoración de los hechos y de la culpabilidad del obligado tributario.

El TSJ de Extremadura, una vez justificada la actuación de la Administración tributaria de acuerdo con lo estipulado en el ordenamiento jurídico tributario y acreditada válidamente la culpabilidad del contribuyente, entra por primera vez a analizar el cumplimiento de la legalidad y el principio de proporcionalidad en relación con la conducta de la parte actora.

Desde el punto de vista del principio de legalidad, la disposición adicional decimoctava de la LGT contiene tres apartados. Es el apartado segundo el que se refiere al régimen de infracciones y sanciones, sin hacer remisión alguna a su desarrollo por norma reglamentaria, ya que el mismo describe la conducta típica y se agota en la propia definición legal.

El apartado segundo de la disposición decimoctava de la LGT establece que:

Constituyen infracciones tributarias no presentar en plazo y presentar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos las declaraciones informativas a que se refiere esta disposición adicional.

También constituirá infracción tributaria la presentación de las mismas por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos en aquellos supuestos en que hubiera obligación de hacerlo por dichos medios.

Las anteriores infracciones serán muy graves y se sancionarán conforme a las siguientes reglas:

a) En el caso de incumplimiento de la obligación de informar sobre cuentas en entidades de crédito situadas en el extranjero, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma cuenta que hubiera debido incluirse en la declaración o hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros [...].

El TSJ de Extremadura empieza su argumentación por la necesidad de interpretar la presente disposición adicional decimoctava, y, más concretamente, los conceptos de datos y grupos de datos de acuerdo con el principio de legalidad, no siendo posible, por tanto, acudir a lo dicho en el artículo 42 bis del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGGI), pues conduciría, en este concreto supuesto de hecho, a un resultado claramente desproporcionado e incompatible con los principios y garantías del derecho administrativo sancionador.

A efectos sancionadores, según el TSJ de Extremadura:

[...] lo importante es el incumplimiento de la obligación de suministrar información sobre las cuentas en el extranjero, que solamente una de las cuentas en el Reino Unido superaba el importe de 50.000 euros, que dos de las cuentas corrientes presentaban un saldo que no puede calificarse de importancia económica, que la infracción se comete no por el incumplimiento de una obligación tributaria material, sino por el incumplimiento de una obligación tributaria formal, y que la infracción debe considerarse una única infracción en atención a que el apartado 2 de la disposición adicional decimoctava de la LGT no contiene una mención específica al reglamento.

Por todo ello, la sanción a imponer lo será por una única acción culpable en el mínimo de 10.000 euros previstos en la disposición adicional decimoctava de la LGT. Esta sanción es proporcionada a la gravedad del hecho cometido y el saldo de las cuentas corrientes no declaradas, pues una sanción de mayor cantidad (como ha sido la de 125.000 € impuesta por la Agencia Tributaria) es claramente incompatible, en este supuesto, con el principio de proporcionalidad, consecuencia del principio de legalidad garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución española (CE).

3. Comentario crítico

Como hemos podido ver, el TSJ de Extremadura en sus últimas sentencias viene a consolidar una corriente que se inició con el primer pronunciamiento por parte del TSJ de Cas-

tilla y León en la Sentencia 474/2018, de 16 de mayo (rec. núm. 529/2017 –NFJ078556–), y que ha sido seguido por otras sentencias más recientes como la del TSJ de Cataluña 572/2019, de 20 de mayo (rec. núm. 158/2017 –NFJ074222–). Todas ellas someten a enjuiciamiento el polémico modelo 720 y, en especial, su régimen sancionador, que ha sido puesto en tela de juicio por la Comisión Europea, que interpuso recurso ante el TJUE contra el Reino de España el 23 de octubre de 2019, asunto C-788/19. Existe coincidencia por las mismas en la vulneración del principio de presunción de inocencia del contribuyente, ya que los órganos de la AEAT no fundamentan los presupuestos subjetivos de la culpabilidad del contribuyente, compuestos, a su vez, por una serie de elementos volitivos y cognoscitivos, necesarios para garantizar la existencia de un ilícito administrativo; además de la necesidad de acreditar el nexo de causalidad entre la conducta imputable al contribuyente y la infracción contenida en las disposiciones administrativas. Sin embargo, ninguna sentencia en la materia entra en el fondo del asunto para esclarecer si el modelo 720 y su normativa de desarrollo deben ser considerados contrarios al ordenamiento jurídico español, o incluso plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE para ver si hay una posible vulneración de derechos en el marco del derecho de la UE. Todas ellas entran exclusivamente a analizar si existe suficiente motivación para acreditar la culpabilidad del contribuyente por la presentación fuera de plazo del modelo 720 y, por tanto, proceder a interponer sanción.

Asimismo, es de especial interés el pronunciamiento del TSJ de Castilla y León en la citada Sentencia 474/2018, de 16 de mayo (rec. núm. 529/2017 –NFJ078556–), en la que se profundiza sobre la pasividad en la actuación por la Administración tributaria. El tribunal llega a la conclusión de que el régimen sancionador debería haberse iniciado al poco tiempo del incumplimiento de la obligación informativa por el contribuyente y de que esa pasividad de dos años resulta un hecho tan negligente como el cumplimiento tardío por el contribuyente de la presentación de la declaración informativa sobre bienes y derechos en el extranjero, y culmina su razonamiento con el plazo de tres meses previsto en el artículo 209.2 de la LGT, a pesar de que en dicho artículo no se hace mención expresa de aquellos regímenes sancionadores nacidos sin origen en un previo procedimiento tributario. Como bien señala Alarcón (2019b):

[...] la sugestiva exégesis del TSJ en este orden de cuestiones no deja de ser, como se ha dicho antes, un medio de ponderar la existencia del elemento subjetivo del tipo infractor en el caso concreto, siendo así que no se puede sancionar a alguien que cumple con un deber informativo, no de ingreso, 90 días tarde si la propia Administración se permite demorar la respuesta de dos años, pues esa circunstancia resulta contraria a la buena administración¹ (p. 161).

¹ El propio Alarcón (2019b, p. 161) matiza que, a pesar de ello, otros tribunales, como el TSJ de Madrid, han validado una sanción impuesta por una presentación 9 días tarde de un formulario 720 sin entrar a valorar este extremo y juzgando que cabe sancionar cualquier grado de negligencia (Sentencia de 14 de noviembre de 2018 [rec. núm. 34/2018]).

A diferencia de los anteriores pronunciamientos judiciales de los TSJ, la sentencia que estamos analizando supone una gran novedad que puede influir en futuros pronunciamientos judiciales contrarios a las actuaciones de los órganos de inspección de la AEAT derivadas de la obligación de presentar la declaración de información de bienes y derechos en el extranjero y sus considerables sanciones ante su incumplimiento. Por primera vez, un TSJ entra en el fondo del asunto al confirmar la existencia de culpabilidad del contribuyente ante la falta de presentación del modelo 720, pero, además, determina que las sanciones derivadas de dicho incumplimiento son excesivamente gravosas y desproporcionadas, hasta el punto de vulnerar el principio de proporcionalidad, consecuencia del principio de legalidad del artículo 9.3 de la CE.

En primer lugar, es conveniente destacar el hecho de que el TSJ de Extremadura entre a analizar la compatibilidad del modelo 720 con el derecho de la Unión. Según Alarcón (2019b):

[...] lo primero que cabe plantearse ante la lectura de esta resolución judicial es cuál hubiera sido la decisión tomada por el TSJ de Castilla y León si hubiera tenido conocimiento en este supuesto de hecho concreto de la completitud del dictamen motivado emitido por la Comisión Europea, tras haberse hecho público su contenido (p. 156).

En nuestro caso, no cabe duda de que el TSJ de Extremadura entra en el fondo de la cuestión y defiende una postura completamente paralela a la de la Resolución del TEAC de 14 de febrero de 2019². En nuestra opinión y en la línea defendida por el TSJ de Extremadura, el modelo 720 no viene a vulnerar principios básicos del TFUE, tales como el de la libertad de circulación de capitales. En varias ocasiones, el TJUE se ha pronunciado sobre la posible vulneración por parte de un Estado miembro del TFUE con base en la distinta situación en la que se encuentran quienes invierten en bienes y derechos en el extranjero en comparación con quienes invierten en el interior de un Estado. En la Sentencia del TJUE (Sala 4.^a) de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558), X y Passenheim-van Schoot, se consolida el principio de que, por razones imperiosas de interés general, entre las que se encuentran las necesidades de garantizar la eficacia de los controles fiscales, puede justificarse una restricción al ejercicio de las libertades de circulación garantizadas por los tratados. Además, el TJUE defiende que los Estados miembros puedan adoptar las medidas que consideren oportunas para impedir las infracciones a su derecho, y en particular en materia fiscal. Por su parte, la exposición de motivos de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, justifica la implantación de la disposición adicional decimoctava de la LGT y otras medidas sancionadoras contra el fraude fiscal como consecuencia de:

² Los últimos pronunciamientos judiciales también defienden posturas similares sobre el respeto del derecho de la Unión en relación con el modelo 720 (*vid.* las Sentencias del TSJ de Extremadura de 19 de diciembre de 2019 [rec. núm. 260/2019 –NFJ076698–] y del TSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2019 [rec. núm. 158/2017 –NFJ074222–], entre otras).

[...] la globalización de la actividad económica en general, y la financiera en particular, así como la libertad en la circulación de capitales, junto con la reproducción de conductas fraudulentas que aprovechan dichas circunstancias, hacen aconsejable el establecimiento de una obligación específica de información en materia de bienes y derechos situados en el extranjero. De esta forma, a través de la disposición adicional decimoctava que se incorpora a la Ley general tributaria, se establece dicha obligación de información, así como la habilitación reglamentaria para su desarrollo. La obligación se completa con el establecimiento en dicha disposición del régimen sancionador en caso de incumplimiento de la obligación.

Por tanto, a la vista de todo ello, creemos fundamentada la posición del TSJ de Extremadura, ya que, incluso en el caso de que se vulnerase el derecho a la libertad de circulación de capitales, este no es absoluto y puede verse limitado cuando existan razones imperiosas de interés general, tales como la protección del sistema fiscal de los Estados miembros.

Por lo que se refiere a la regla de imprescriptibilidad a que da lugar el nuevo apartado 2 del artículo 39 de la LIRPF en relación con las ganancias no justificadas, es importante, como señala Alarcón (2019a), «hacer especial hincapié en su comparación con actividades delictivas muy graves –genocidio, terrorismo, violación de derechos humanos– y su irracionalidad con respecto a otros plazos de prescripción como el previsto genéricamente para las deudas en el Código Civil» (p. 82). Además, el TSJ de Extremadura en la sentencia objeto de análisis hace referencia a la Sentencia del TJUE de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558), en la que se justifica la fijación de un plazo más largo en el caso de bienes poseídos en otro Estado miembro, pero no a un plazo indefinido. Sin embargo, el TSJ de Extremadura omite hacer referencia a otro pronunciamiento posterior del TJUE en la Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10 (NFJ044030), en la que se manifiesta que la ampliación del plazo de prescripción de 2 a 10 años por la normativa belga relativa a bienes en el extranjero sí resultaba desproporcionada.

A continuación pasamos a hacer referencia a la proporcionalidad del régimen sancionador, a nuestro modo de ver, el punto de mayor relevancia en el pronunciamiento judicial por parte del TSJ de Extremadura. Hasta el momento, los órganos de la AEAT, para justificar las considerables sanciones derivadas del incumplimiento de la obligación formal prevista en la disposición adicional decimoctava de la LGT, acudían al artículo 42 bis, entre otros, del RGGI con la finalidad de justificar qué debe entenderse por «cada dato o conjunto de datos referidos a una misma cuenta/elemento patrimonial individualmente considerable/bien inmueble que hubiera debido de incluirse en la declaración o hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa». El TSJ de Extremadura, con el ánimo de evitar imponer una sanción desproporcionada al caso concreto, realiza una interpretación discutible desde el punto de visto técnico. El tribunal considera que únicamente debe sancionarse la falta de presentación o la presentación incorrecta de la declaración informativa, sin tener en cuenta la cantidad de bienes o derechos a declarar, o, lo que vendría a ser lo mismo, cada dato o conjunto de datos, ya que de lo contrario se trataría de sanciones que deberían ser

calificadas de inconstitucionales por vulnerar preceptos básicos como el de proporcionalidad o de no confiscatoriedad³.

Si bien consideramos que el actual régimen sancionador articulado por el legislador en torno al modelo 720 es sumamente gravoso, no creemos que la interpretación realizada por el TSJ de Extremadura sea la más idónea desde el punto de vista técnico. El hecho de que el mismo considere que no debe tenerse en cuenta «cada dato o conjunto de datos» a la hora de imponer la sanción supone realizar una interpretación sumamente laxa e incluso contraria a la propia voluntad del legislador, con la intención de salvar la inconstitucionalidad de dicha disposición adicional.

Asimismo, si bien son numerosas las críticas hacia el modelo 720 diseñado por el legislador⁴, el único pronunciamiento judicial para esclarecer su compatibilidad con el derecho fundamental del TFUE a la libre circulación de capitales ha sido realizado por la Audiencia Nacional (AN) en la Sentencia 671/2014, de 24 de febrero. En esta, se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden HAP/72/2013, de 30 de enero, por ser dicha orden ministerial ajustada a derecho, incluyendo el régimen sancionador a pesar de ser especialmente gravoso en consideración con el resto de sanciones tributarias del ordenamiento jurídico tributario. Más concretamente, la AN dispone que:

[...] al no contener la Orden Ministerial HAP/72/2013 impugnada otras determinaciones que las ya previstas en normas de rango superior y que han de cumplirse materialmente mediante la presentación del modo aprobado, o las correspondientes a los aspectos formales de la obligación específica de información, no puede sostenerse que la orden ministerial en cuestión haya venido a establecer restricciones del derecho a la libre circulación de capitales en los términos que se dice en la demanda. Y la circunstancia de que la información proporcionada en el modelo, en función de su inexactitud u omisión, pueda determinar la comisión de las infracciones establecidas y la imposición de las sanciones correspondientes no

³ «Ha trascendido algún caso concreto en el que precisamente las dudas acerca de la constitucionalidad del régimen sancionador del formulario informativo de continua referencia han determinado que el órgano sancionador ponderara la sanción a imponer, llevándola por el terreno de las infracciones por fuera de plazo –a saber, 100 € por dato con un mínimo de 1.500 €– en un supuesto en el que a tal extemporaneidad se unía la formulación errónea del modelo –con posible sanción, entonces, de 5.000 € por dato con un mínimo de 10.000 €–, aplicando además el mínimo sancionable de 1.500 € con independencia del número de datos declarados extemporáneamente, porque, en otro caso, y de acuerdo a la transcripción literal de un acuerdo sancionador dictado por una delegación de la AEAT en relación con la aplicación del régimen sancionador formal de continua referencia, daría como resultado importes desorbitantes que en algunos casos serían claramente inconstitucionales» (Alarcón, 2019b, p. 160).

⁴ Autores como Calvo (2019, pp. 24-25) y Fayos y Tanco (2015, pp. 1-3) consideran que no hay duda de que el modelo 720 supone un ataque al principio de la libre circulación de capitales e incluye un régimen sancionador completamente desproporcionado.

permite considerar que las determinaciones de la orden impugnada, en sí mismas, comporten el establecimiento de un régimen sancionador susceptible de determinar la restricción a la libertad de circulación de capitales. Lo que, por tanto, y sin mayores precisiones, hace innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial postulada en la demanda.

No cabe duda de que la última opinión sobre la legalidad de la normativa que engloba el modelo 720 recaerá sobre lo que diga el TJUE. Sin embargo, en nuestra opinión y siguiendo lo dicho por el TSJ de Extremadura y el TEAC, no consideramos que se esté afectando a derechos básicos de la UE, en la medida en que las actuaciones del legislador van encaminadas a garantizar el respeto del sistema tributario español. Los nuevos fenómenos de la globalización y liberalización que estamos viviendo están facilitando la deslocalización de los residentes en España y, por tanto, la ocultación de bienes en el extranjero ante la Administración tributaria. El hecho de buscar amparo en el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE para justificar una conducta defraudatoria no consideramos que sea apropiado que prospere. Es necesario, dentro de los límites que marca el ordenamiento jurídico español y europeo, dotar a la Administración tributaria de los medios necesarios para poder hacer frente a las nuevas formas de actuar en la sociedad, marcada por cambios constantes ante la disrupción de la economía digital.

En último lugar, hemos echado en falta que la sentencia del TSJ de Extremadura se manifestase sobre la gravedad de las sanciones derivadas de la disposición adicional primera de la Ley 7/2012, de 30 de octubre, ya que, en el presente caso, no concurrían los presupuestos necesarios para ello al acreditar el contribuyente que se trataba de dinero del que ya disponía antes de fijar su residencia fiscal en España. Sin perjuicio de la gravedad que supone el porcentaje del 150 % del importe de la base de la sanción, constituida esta por la cuota íntegra resultante de la aplicación del artículo 39.2 de la LIRPF, creemos que es de especial relevancia el nuevo criterio fijado por la Dirección General de Tributos (DGT) en la Consulta vinculante V1434/2017, de 6 de junio (NFC065120). En dicha consulta, la DGT analiza la posibilidad de admitir la regularización voluntaria, aunque extemporánea, del incumplimiento derivado de la falta de presentación en plazo de la obligación de información, y que ha llevado a imponer por los órganos de la AEAT la sanción, a nuestro juicio desproporcionada en estos casos, del 150 % por remisión a la disposición adicional primera de la Ley 7/2012. De forma acertada, la DGT procede a realizar una interpretación sistemática y teleológica de los preceptos afectados, en aras de garantizar la uniformidad del ordenamiento jurídico tributario. Por ello es necesario tratar de forma conjunta la presentación de autoliquidaciones extemporáneas a las que se refiere el artículo 27 de la LGT, la ganancia patrimonial no justificada del artículo 39.2 de la LIRPF y la disposición adicional primera de la Ley 7/2012. A pesar de que el artículo 39.2 de la LIRPF somete el tratamiento de esas ganancias patrimoniales como no justificadas (incluido el régimen sancionador) con base en el incumplimiento del plazo para presentar la declaración informativa sobre bienes y derechos en el extranjero, la propia DGT defiende que es necesario habilitar la posibilidad de acudir a la regularización voluntaria de la obligación tributaria principal a través de una autoliqui-

dación extemporánea en los términos del artículo 27 de la LGT. De esta forma, se garantiza que el mero hecho de presentar el modelo 720 fuera de plazo no conlleve necesariamente la aplicación de la sanción regulada en la disposición adicional primera de la Ley 7/2012. Por tanto, con base en el nuevo criterio fijado por la DGT, el contribuyente puede simultáneamente regularizar su situación por la vía de la autoliquidación extemporánea, siéndole de aplicación los recargos del artículo 27 de la LGT.

Referencias bibliográficas

- Alarcón García, E. (2019a). Final del procedimiento de infracción frente al modelo 720: un dictamen digno de reflexión. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 431, 69-90.
- Alarcón García, E. (2019b). Régimen sancionador formal del modelo 720. Análisis de la STSJ de Castilla y León de 28 de noviembre de 2018, rec. núm. 144/2018. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 434, 152-162.
- Calvo Vérguez, J. (2019). La presentación del modelo 720 (declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero) y su compatibilidad con el ordenamiento comunitario. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 11, 39-81.
- Fayos Cobos, C. y Tanco, P. (2015). Modelo 720: el fin no justifica los medios. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 911, 7.

Bibliografía

- Fernández Torrijos, M. (2019). Dictamen de la Comisión Europea: infracción de las libertades comunitarias y el régimen del modelo 720. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 951, 9.

La Responsabilidad Corporativa de Emergencia en tiempos de conmoción: Un marco para el análisis de la respuesta empresarial a la COVID-19

Francisco Javier Forcadell Martínez

Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

Elisa Aracil Fernández

Universidad Pontificia Comillas, ICADE. Madrid



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Contabilidad y Administración de Empresas**.

El jurado ha estado compuesto por: don Santiago Durán Domínguez, don Pablo de Andrés Alonso, doña Silvia Gómez Ansón, don Francisco Javier Martínez García, doña Araceli Mora Enguidanos, doña Esther Ortiz Martínez y don José Pla Barber.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

La Responsabilidad Social Corporativa (RSC) se ha convertido en omnipresente en las empresas de la actualidad. Las actividades de RSC se han orientado tradicionalmente hacia el logro de un impacto en los *stakeholders* durante periodos de cierta estabilidad en la sociedad. Sin embargo, de manera inesperada, este contexto se vio violentamente alterado cuando surgió la pandemia por COVID-19 a principios de 2020. Esta situación fue especialmente grave en algunos países como España. Para lograr una respuesta efectiva a esta emergencia, es necesario un enfoque radicalmente diferente de la RSC, que denominamos Responsabilidad Corporativa de Emergencia (RCE). Analizamos las diferentes acciones realizadas por las empresas que operan en España durante la pandemia de COVID en 2020. Para ello desarrollamos un marco de análisis que clasifica las diferentes respuestas corporativas en cuatro categorías: selectiva, simbólica, reactiva y solidaria. Identificamos a través de las cuatro categorías la respuesta más efectiva socialmente tras una emergencia, que se basa en la existencia de capacidades dinámicas internas, tales como la capacidad de detección, la orientación hacia la ética y la construcción de alianzas.

Palabras clave: RSC; capacidades dinámicas; COVID; emergencia.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Forcadell Martínez, F. J. y Aracil Fernández, E. (2020). La Responsabilidad Corporativa de Emergencia en tiempos de conmoción: Un marco para el análisis de la respuesta empresarial a la COVID-19. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 175-208.



Corporate Emergency Responsibility in times of shock: An analytical framework of corporate responses to the COVID-19

Francisco Javier Forcadell Martínez

Elisa Aracil Fernández

Abstract

CSR has become omnipresent in companies today. CSR activities has been traditionally oriented to achieve an impact on stakeholders during periods of certain society calm. Nevertheless, suddenly this context broke when the epidemic of COVID-19 emerged at the beginning of 2020. This situation was especially severe in some countries such as Spain. This has required a radically different approach to CSR in order to achieve an effective response to this emergency, that we label Corporate Emergency Responsibility. We analyse the immediate social actions reported by companies operating in Spain during the 2020 COVID pandemic. We build a framework that classify the different corporate responses into four categories: Selective, Symbolic, Reactive and Supportive. We identify across the four categories the most socially effective response after a shock, that is based in strong internal dynamic capabilities, such as sense, ethics-focused and partnership building.

Keywords: CSR; dynamic capabilities; COVID; emergency.

Citation: Forcadell Martínez, F. J. y Aracil Fernández, E. (2020). La Responsabilidad Corporativa de Emergencia en tiempos de conmoción: Un marco para el análisis de la respuesta empresarial a la COVID-19. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 451, 175-208.



Sumario

Introducción

1. La respuesta empresarial a la emergencia social, sanitaria y económica provocada por la COVID-19: El caso de España
2. RCE: Un marco de análisis para su definición
 - 2.1. Dimensiones clave para categorizar las actividades de RCE: tiempo de respuesta y alcance
 - 2.2. Un marco de análisis para la RCE
3. Análisis de los diferentes tipos de actividades de RCE
 - 3.1. RCE selectiva
 - 3.2. RCE simbólica
 - 3.3. RCE reactiva
 - 3.4. RCE solidaria
4. Lecciones de las iniciativas de RCE de alto impacto en momentos de emergencia
 - 4.1. Capacidades dinámicas como facilitadoras de RCE
 - 4.2. Detección, orientación ética y alianzas: Capacidades dinámicas como inductoras de una RCE solidaria
 - 4.2.1. Detección
 - 4.2.2. Orientación ética
 - 4.2.3. Alianzas
 - 4.2.4. Multiplicidad de actividades de RCE
 - 4.2.5. Hacia una definición de RCE solidaria
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Bibliografía

Apéndice 1

Introducción

Las iniciativas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) se han orientado tradicionalmente hacia el logro de un impacto en los *stakeholders* durante periodos de cierta calma y estabilidad de la sociedad. Sin embargo, las emergencias provocadas por desastres de diferente tipo provocan una gran presión para que las empresas participen en la resolución de problemas que acucian a la sociedad, tal y como ocurrió con la pandemia generada por la COVID-19. La COVID-19 desafió dramáticamente la salud pública mundial debido a sus patrones de propagación rápidos y elevados y a su tasa de mortalidad. Como resultado, se impusieron medidas drásticas de confinamiento a la mitad de la humanidad. Ante una emergencia social y de salud de este tipo, la respuesta de las empresas es crucial para aliviar el sufrimiento y crear mayores niveles de resiliencia en la sociedad (Flynn, 2008; Johnson *et al.*, 2011). La evidencia sugiere que la ayuda proporcionada por las empresas constituye una parte sustancial de la ayuda de emergencia total (Ballesteros *et al.*, 2017). Por ejemplo, el sector privado suministró más del 10 % de máscaras y equipos médicos de protección en varias regiones españolas durante la pandemia COVID-19.

Desafortunadamente, no todas las compañías logran brindar apoyo efectivo tras un desastre. Aunque la literatura ha analizado la respuesta empresarial ante un desastre o evento catastrófico desde diversos ángulos, carecemos de un marco para analizar efectivamente la RSC en situaciones de emergencia. Por esa razón, proponemos un marco conceptual para (1) identificar las dimensiones clave de las acciones de ayuda de emergencia y proporcionar una tipología, (2) determinar cómo las características organizativas de una empresa influyen en su ayuda de emergencia tras un desastre y (3) su impacto social derivado.

Seguimos un enfoque inductivo-deductivo para desarrollar un marco de Responsabilidad Corporativa de Emergencia (RCE) en el contexto de una emergencia sanitaria (COVID-19), que se convirtió en una emergencia global (a diferencia de la mayoría de la literatura centrada en desastres naturales locales o desastres provocados por el hombre). Analizamos 237 acciones sociales de 111 empresas durante las 7 semanas iniciales inmediatas de la pandemia para el caso de España. Para cada uno de los casos, identificamos y analizamos

dos dimensiones clave correspondientes a la ayuda corporativa: el alcance de las iniciativas desarrolladas durante la emergencia y la rapidez en la respuesta. Estas dimensiones permiten clasificar cada una de las acciones en nuestro marco RCE que consta de cuatro tipos diferentes: selectiva, simbólica, reactiva y solidaria. Descubrimos que la ayuda que consiste en una RCE solidaria conlleva el mayor impacto social entre las diferentes iniciativas corporativas de ayuda tras un desastre. Las RCE solidaria está conformada por una respuesta rápida, un amplio alcance de las iniciativas, y está respaldado por sólidas capacidades dinámicas internas.

Este trabajo ofrece algunas contribuciones de utilidad para las empresas y el sector público en sus intentos de contribuir a ayudar a la sociedad en tiempos de conmoción. Primero, las empresas que poseen capacidades dinámicas internas basadas en a) capacidades de detección, apoyadas en un fuerte liderazgo, b) capacidades relacionadas con la orientación hacia la ética, generadas tras una experiencia previa en RSC, y c) capacidades de construcción de alianzas, como un instrumento eficaz para aprovechar las capacidades individuales de las empresas, están en mejores condiciones para contribuir de manera efectiva a la sociedad a través de las actividades de RCE. Además, nuestro marco de análisis permite diferenciar entre actividades de RCE genuinas y actividades de RCE oportunistas o de *greenwashing*. Por otra parte, explicamos las razones tras una respuesta de RCE no óptima, a pesar de que la empresa tenga una intención genuina de ayuda a la sociedad. Argumentamos que esto se debe a la falta de capacidades dinámicas que permitan una respuesta inmediata y efectiva a la emergencia.

Finalmente, este trabajo proporciona una mejor comprensión de una acción específica de RSC tras una situación de emergencia global y, por lo tanto, contribuye a la literatura sobre RSC enfocada a aliviar las consecuencias de desastres (Johnson *et al.*, 2011; Madsen y Rodgers, 2015) y la literatura sobre innovación y cooperación entre diferentes *stakeholders* (Powell *et al.*, 1996; Seitanidi *et al.*, 2010; Svendsen y Laberge, 2005).

1. La respuesta empresarial a la emergencia social, sanitaria y económica provocada por la COVID-19: El caso de España

Los desastres con un alto impacto son episódicos y difíciles de anticipar, como ocurre con los brotes epidémicos. Estos episodios pueden ser muy peligrosos debido a una rápida escalación y dispersión geográfica (Ivanov, 2020). Este es el caso del brote de COVID-19, que fue reconocido como pandemia por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. Debido a la rápida propagación del virus, la gravedad de sus síntomas, las medidas drásticas de bloqueo implementadas por los gobiernos y las cargas psicológicas en los individuos (Van Bavel *et al.*, 2020), se convirtió en un problema social, económico y de salud global. España, uno de los epicentros del desastre, declaró el estado de emergencia el 14 de marzo de 2020. Esta repentina situación desbordó y colapsó el sistema nacional

de salud y confinó a 47 millones de personas, muchas de ellas en una situación económica desesperada¹. España fue uno de los países más afectados por la pandemia en términos de infecciones y muertes. Además, las medidas de confinamiento se encontraron entre las más duras del mundo. Esto instó a una respuesta, no solo del estado, sino de la sociedad civil y, en particular, del mundo de los negocios.

Desde el brote, el país ha sido testigo de un flujo de solidaridad por parte de las empresas que intentan mitigar los efectos sociales, económicos y de salud de la crisis. La literatura considera como caso particular de RSC aquellos en los que las empresas proporcionan soluciones oportunas y efectivas en áreas tradicionalmente cubiertas por los gobiernos (Scherer *et al.*, 2014). Por ejemplo, en los primeros días de la emergencia, el problema crítico fue la escasez de equipo médico y material de protección. La empresa Inditex ofreció a las autoridades sanitarias sus instalaciones, logística y capacidad de distribución para distribuir máscaras y equipos médicos. Además, la compañía pudo comprar equipos médicos de China, adelantándose al gobierno, utilizando su *know-how*, experiencia local y cadena de proveedores en China. Otros ejemplos incluyen la aparición de redes o acuerdos de colaboración temporales entre diferentes actores (público-privados o privados intra e intersectoriales) para desarrollar soluciones urgentes a las necesidades emergentes. Es el caso de un acuerdo de colaboración entre el Gobierno y diferentes empresas (Telefónica, Carrefour, IKEA, El Corte Inglés y muchos otros) para construir y habilitar en 2 días un hospital de emergencia (el más grande de España) con 5.500 camas de hospital y 500 camas de cuidados intensivos en el Centro de Conferencias IFEMA en Madrid. Otras iniciativas incluyeron respuestas rápidas e innovadoras para adaptar el proceso de producción a la entrega de nuevos productos que alivien el sufrimiento. Por ejemplo, las compañías automotrices SEAT y sus proveedores fabricaron ventiladores automáticos con un motor de limpiaparabrisas adaptado. En la misma dinámica, las industrias de cuidado personal, como Procter & Gamble, Puig o L’Oreal, adaptaron rápidamente sus instalaciones de fabricación para producir solución hidroalcohólica en lugar de sus productos principales. Con la población confinada, varias compañías ofrecieron recursos de entretenimiento de forma gratuita. Por ejemplo, Grupo Planeta abrió su plataforma educativa y facilitó el acceso gratuito a muchos libros. Del mismo modo, Vodafone y MásMóvil eliminaron la suscripción de su contenido de TV.

Sin embargo, no todas las iniciativas alcanzaron el mismo nivel de éxito en su objetivo de luchar contra el colapso. Por lo tanto, nuestro objetivo es comprender los impulsores de las mejores y peores intervenciones y por qué algunas acciones de ayuda consiguieron el favor de la sociedad española y otras no. Para lograr este objetivo, comenzamos clasificando las diferentes iniciativas de la empresa en categorías específicas de acciones (tabla 1).

¹ Debido a los despidos temporales (ERTE) con un 70 % del salario y la elevada incidencia del trabajo sumergido, el estricto confinamiento hizo imposible trabajar a aquellas personas bajo la economía sumergida. Sin subsidios oficiales, una importante parte de la población española dependía de ONG tales como el Banco de Alimentos para cubrir sus necesidades básicas.

Tabla 1. Tipología de acciones de RCE durante la pandemia de COVID-19 en España

Adaptar y modificar procesos productivos	Detener los procesos de producción tradicionales, adaptar la cadena de producción para obtener nuevos productos necesarios durante la pandemia, escalables y disponibles de manera urgente en los hospitales
Donaciones de productos de salud	Donaciones de productos relacionados con la salud, ya sea producidos por la empresa o comprados a otros proveedores.
Donaciones en especie	Relacionadas con ayuda en primera línea (hospitales), como donaciones textiles, de comida, electrónica, etc., ya sean producidos por la propia empresa o adquiridos.
Capacidad de distribución y almacenamiento	Facilitar la obtención de material sanitario utilizando la capacidad logística de la empresa
Investigación sobre COVID-19	Nuevos tratamientos, vacunas e investigación en áreas distintas a la medicina como nuevas apps para el seguimiento del virus o autodiagnóstico.
Financiación de emergencia	Promover facilidades de pago a clientes (empresas financieras y no financieras)
Soporte a empleados	Conceder una paga extra a empleados en primera línea del virus, o evitar despidos temporales.
Facilitar bienes culturales y de entretenimiento	Oferta de servicios destinados a entretener a la población confinada.
Iniciativas financieras	Cancelar el dividendo o reducir salarios o bonos de miembros del consejo de administración.

Fuente: elaboración propia.

Las acciones corporativas recogidas en la tabla 1 pueden implicar un impacto social positivo en la salud, las infraestructuras, el bienestar de los empleados, los proveedores y la sociedad. Junto con cada iniciativa de RCE (tabla 1), tratamos de identificar si se ha llevado a cabo en asociación con gobiernos, otras empresas del mismo sector o de otro sector, u otros *stakeholders*, como ONG. Las iniciativas de asociación pueden producirse en cualquiera de las categorías de la tabla 1. Todas las empresas, independientemente de su participación previa en acciones frente a emergencias, son susceptibles de ayudar. Las empresas que promovieron iniciativas frente a la emergencia obtuvieron un grado variable de éxito. Encontramos un grado diferente de impacto social entre las diversas iniciativas de ayuda de las empresas que operan en España. En concreto, las acciones que muestran una respuesta rápida junto con un amplio alcance muestran un mayor impacto social que las respuestas tardías o las iniciativas limitadas.

Dado que nos enfocamos en acciones corporativas dirigidas a lograr el alivio social, analizamos empresas que han sido previamente reconocidas por un conjunto de *stakeholders*, por tanto ampliamente representativas de la sociedad (Orlitzky y Swanson, 2012). Para ello, dentro del universo de empresas que contribuyen a paliar las consecuencias de la emergencia, seleccionamos aquellas incluidas en MERCO España (Monitor Empresarial de Reputación Corporativa), que encuesta la reputación en función de las percepciones de múltiples *stakeholders*, y ha sido ampliamente utilizada en anteriores estudios (Borda *et al.*, 2017; Cegarra-Navarro y Martínez-Martínez, 2009; Odriozola y Baraibar-Diez, 2017; Sánchez y Sotorrío, 2007). El *ranking* anual de MERCO para 2019 incluye las 100 empresas más reputadas de España, y por lo tanto conocidas, y este conforma el conjunto de empresas que analizamos. Esto garantiza la inclusión de empresas internacionales con presencia local relevante, ya que los componentes se derivan de encuestas a un conjunto de *stakeholders* relevantes. Además, y para garantizar la cobertura de todas las empresas importantes en España, incluimos empresas incluidas en el IBEX35 que no coinciden con la lista de MERCO. Terminamos con una lista de 111 empresas, nacionales y no nacionales, que operan en España (apéndice 1).

Utilizamos una metodología de análisis de contenido que permite recopilar, codificar, cuantificar y analizar información cualitativa derivada de anuncios corporativos de sus iniciativas de RCE. La literatura previa sobre el papel de la RSC en catástrofes ha aplicado esta metodología (Ballesteros *et al.*, 2017; Ballesteros y Useem, 2016; Johnson *et al.*, 2011; Vourvachis, 2016). La unidad de análisis es la empresa y la unidad de observación es la acción de RCE de cada una de las empresas. La metodología para la recolección de datos se describe en la tabla 2.

Tabla 2. Metodología de recolección de datos

Proceso	Descripción
Identificación de las actividades de emergencia	Herramientas de búsqueda: Lexis Nexis Software y Google News
Periodo temporal	4 de marzo de 2020 a 22 de abril de 2020 (1)
Búsquedas booleanas	Términos: «ayuda», «donación», + «COVID» o «Coronavirus» + «España»
Análisis y codificación de contenido	Se verificó la pertinencia de las acciones identificadas con los tipos de ayuda de la tabla 1, y se codificaron de acuerdo a dichas categorías.
Control de calidad y precisión de los datos	Un 5% de las acciones identificadas fueron seleccionadas al azar por otros investigadores. Las discrepancias se revisaron y se recodificaron en caso necesario para validar la precisión del proceso.

(1) El confinamiento en España comenzó el 14 de marzo de 2020, aunque algunas medidas de contención se tomaron con carácter previo.

Fuente: elaboración propia.

La distribución por tipos de acciones de RCE en las empresas analizadas se muestra en la figura 1. La iniciativa más común fue la de donaciones en especie no directamente relacionadas con la atención médica (25,7 % de las actividades). Esto fue seguido por las decisiones de mantener a los empleados en nómina (10,5 %), evitando despidos temporales. Después de esto, las siguientes actividades más comunes se relacionaron con donaciones de atención médica, tanto de productos propios como de compra externa, donaciones monetarias y financiación de emergencia (8 % del total de actividades cada una). La distribución sectorial de las compañías analizadas se recoge en la tabla 3.

Figura 1. Distribución de las iniciativas de RCE por parte de las compañías analizadas

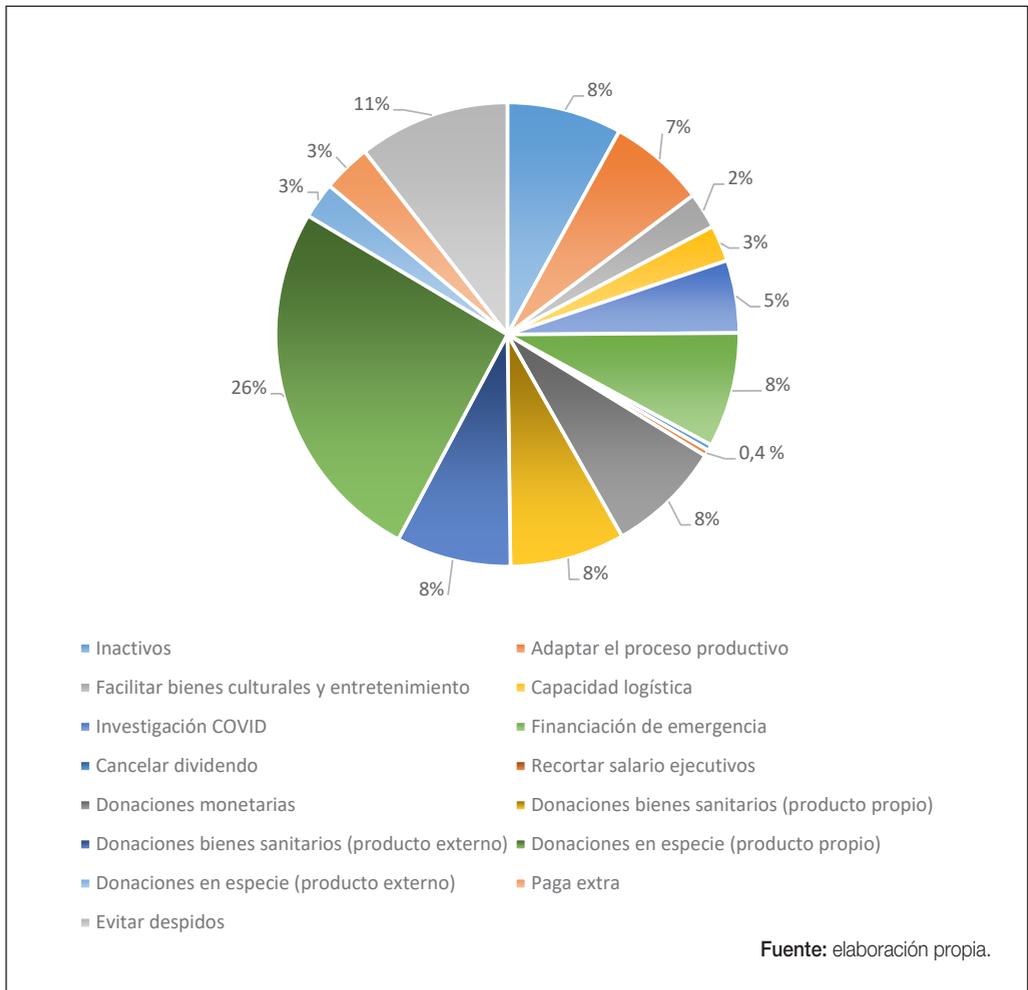


Tabla 3. Actividades de RCE en España durante la pandemia de COVID-19 clasificadas por sectores

Sector	Número de actividades	%
Servicios de comunicación	23	9,70 %
Consumo	50	21,10 %
Hoteles	5	2,11 %
Automóviles	14	5,91 %
Comercio minorista	15	6,33 %
Servicios de consumo	5	2,11 %
Textil	11	4,64 %
Productos básicos	45	18,99 %
Alimentación	23	9,70 %
Venta de alimentos	11	4,64 %
Hogar y productos de higiene	11	4,64 %
Energía	7	2,95 %
Servicios financieros	41	17,30 %
Salud	10	4,22 %
Industria	33	13,92 %
Tecnologías de la información	7	2,95 %
Materiales	7	2,95 %
Construcción	5	2,11 %
Suministros	9	3,80 %
Total	237	100 %

Fuente: elaboración propia.

2. RCE: Un marco de análisis para su definición

Delimitamos el concepto de RCE con base en dos dimensiones clave: el tiempo transcurrido entre el momento de surgimiento de la emergencia sanitaria y la reacción corpora-

tiva, y el alcance de las actividades realizadas para afrontar la emergencia. De acuerdo con estas dimensiones, derivamos diferentes tipos de RCE, que a su vez producen diferente impacto social.

2.1. Dimensiones clave para categorizar las actividades de RCE: tiempo de respuesta y alcance

En nuestro análisis, identificamos una gran cantidad de acciones orientadas a aliviar los efectos inmediatos de COVID-19 en España durante un breve periodo de 7 semanas. Sin embargo, no todas las iniciativas son igualmente efectivas y ágiles para combatir la emergencia. Para clasificar e identificar las diferentes acciones que producen el mayor impacto social, sugerimos dos dimensiones relevantes: el tiempo de respuesta y el alcance de las actividades de ayuda. Estas dos dimensiones permiten centrarse en los resultados sociales en lugar de discutir motivaciones normativas que plantean ambigüedades de medición (Orlitzky y Swanson, 2012). El despliegue eficiente de la ayuda depende de la velocidad de intervención o el tiempo de respuesta (Ballesteros y Useem, 2016; Ballesteros *et al.*, 2017) y su impacto social (Berrone *et al.*, 2007; Orlitzky y Swanson, 2012). Una respuesta rápida en el tiempo contribuye a reducir la gravedad del impacto catastrófico (Day *et al.*, 2012). Cuanto más corto sea el tiempo de respuesta, más vidas se pueden salvar, aliviando el sufrimiento y reduciendo el daño (Day *et al.*, 2012). Un desastre pandémico presenta un punto de inflexión claro, efectos inmediatos y un pico que insta a las empresas a actuar con rapidez, a diferencia de los desastres que surgen lentamente, como las hambrunas o las crisis financieras, cuyos impactos perduran durante largos periodos de tiempo. El *tiempo de respuesta* se puede definir como el tiempo transcurrido desde el comienzo del estudio (4 de marzo) y el momento en el que se realiza la acción. Consideramos una respuesta rápida si ocurre dentro de las primeras 4 semanas de nuestro periodo seleccionado (la respuesta promedio en nuestro universo de empresas fue de 25 días) (Ballesteros *et al.*, 2017; Day *et al.*, 2012; O'Donnell, 2009).

El *alcance* de las actividades se refiere al número de actividades de ayuda realizadas por las empresas. El alcance puede ser limitado o amplio, dependiendo del número de actividades realizadas por la empresa durante la crisis y de la cantidad de recursos dedicados a cada actividad en particular. Como consecuencia del alcance de las actividades, el compromiso de la empresa con sus *stakeholders* variará, que va desde la orientación hacia múltiples *stakeholders* (alcance amplio) hasta una orientación selectiva de *stakeholders* (alcance limitado).

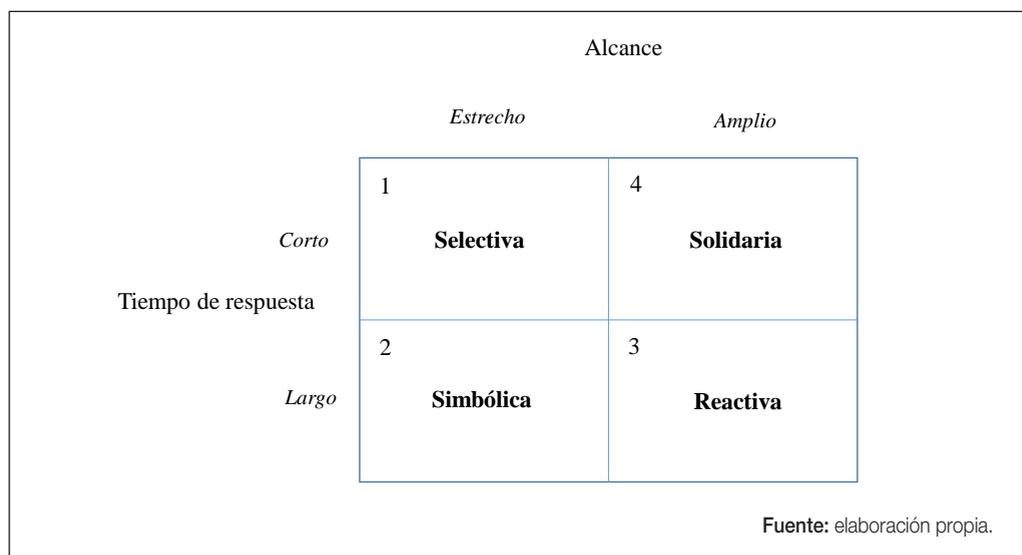
2.2. Un marco de análisis para la RCE

Utilizamos las dimensiones de tiempo de respuesta y alcance de las actividades para clasificar las diferentes iniciativas de RCE de las compañías analizadas durante la crisis de

COVID-19. Como resultado, se pueden establecer cuatro categorías de RCE: selectiva, simbólica, reactiva y solidaria (figura 2).

Como nuestro objetivo es evaluar el impacto social de cada tipo de actividades de RCE, sugerimos que cada acción de RCE ejerce un diferente impacto social (figura 3). Esperamos que el impacto social más intenso se derive de la RCE solidaria, que combina una amplia gama de acciones de ayuda y una respuesta rápida a la emergencia. La sociedad percibe que la RCE reactiva es menos útil porque tiende a llegar tarde y la situación de emergencia requiere una acción inmediata. Consideramos que las RCE selectivas y simbólicas tienen un potencial menor para impactar positivamente en la sociedad, ya que ambas comparten un alcance limitado de ayuda. Además, en el caso de la RCE simbólica, el tiempo de respuesta no es tan rápido como los *stakeholders* pudieran desear.

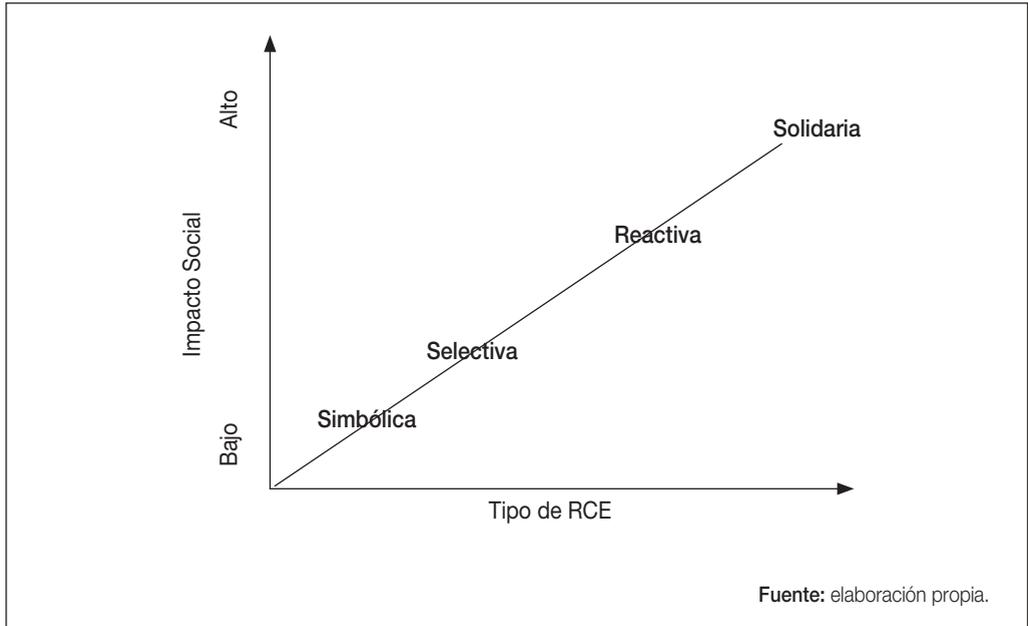
Figura 2. Un marco de análisis para la RCE



Las tragedias, de manera similar a los desastres y los eventos inusuales, tienden a ser objeto de atención de la sociedad (Harding *et al.*, 2002; Lampel *et al.*, 2009). Por lo tanto, la atención pública y el escrutinio de los *stakeholders* sobre el comportamiento de las compañías se intensifica. Además, los desastres ocupan un lugar destacado en la prensa. Los medios y las redes sociales influyen cada vez más en el entorno empresarial y tienden a crear un sentido de urgencia para que las empresas tomen medidas difundiendo información en tiempo real (Lampel *et al.*, 2009). En resumen, los desastres atraen en gran medida la atención de los *stakeholders* sobre el comportamiento de las empresas y, por lo tanto, una respuesta corporativa eficiente necesita satisfacer rápidamente las expectativas de los *stakeholders*

tras una emergencia. Consideramos que la capacidad de responder rápida y adecuadamente a las expectativas de los *stakeholders* es crucial para maximizar su impacto social.

Figura 3. Impacto social de las actividades de RCE



Medimos el impacto social según el *ranking* de reputación de MERCO sobre la pandemia. Este *ranking* recién creado por MERCO evalúa a las compañías que operan en España con respecto a la reputación corporativa emanada de iniciativas para aliviar los desafíos de la COVID. Se obtiene de una encuesta realizada entre el 1 de abril y el 14 de mayo de 2020 a 275 expertos de diferentes ámbitos (periodistas, profesores universitarios, analistas financieros, ONG, etc.) y 2.071 personas que representan a la población en general. Por lo tanto, proporciona una medida convergente sobre las opiniones de diferentes *stakeholders*. La tabla 4 detalla para cada cuadrante las dimensiones focales en este estudio en todas las compañías analizadas.

Tabla 4. La RCE en cifras. Principales magnitudes correspondientes a cada categoría de RCE

Tipología RCE	Número de acciones RCE	%	Alcance*	Tiempo de respuesta**	Impacto social***
---------------	------------------------	---	----------	-----------------------	-------------------

Inactivos	19	8,02%			
-----------	----	-------	--	--	--



Tipología RCE	Número de acciones RCE	%	Alcance*	Tiempo de respuesta**	Impacto social***
▶					
Selectiva	92	38,82 %	1,59	18,20	0
Simbólica	51	21,52 %	1,38	37,88	0
Reactiva	21	8,86 %	1,82	37,63	11
Solidaria	54	22,78 %	2,70	15,62	19
Total	237	100 %			

* Número medio de acciones por compañía.

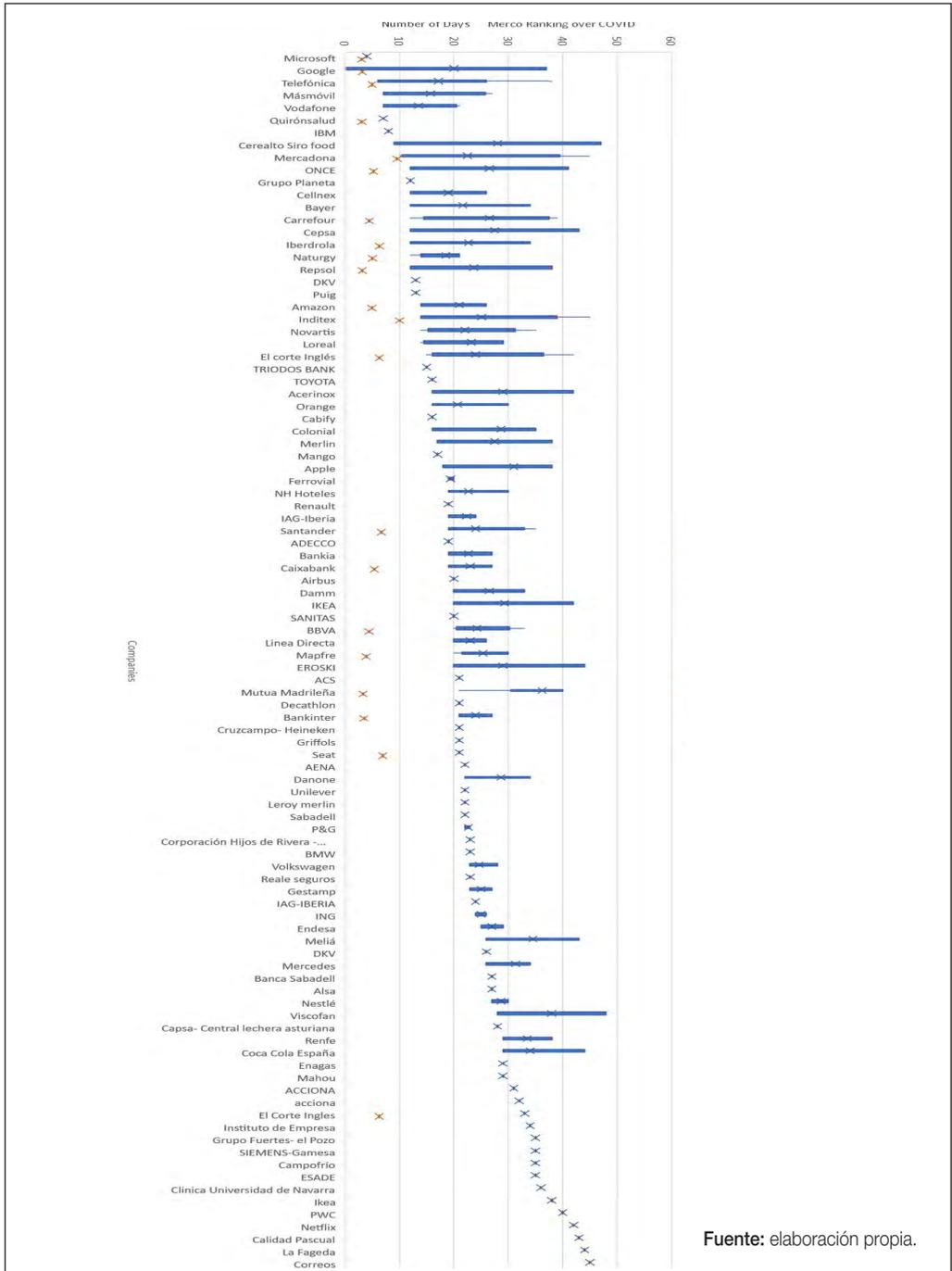
** Número medio de días por acción.

*** Número de compañías en el *ranking* de reputación MERCO durante la pandemia.

De acuerdo al *ranking* de reputación de MERCO sobre la pandemia, 76 iniciativas (de un total analizado de 237 en España) tuvieron un impacto social (en diferentes grados). La figura 4 muestra las empresas analizadas, el impacto social alcanzado, el tiempo de respuesta y el alcance de las actividades. La consideración simultánea del impacto social y el tiempo y el alcance de la respuesta como atributos clave de las actividades de RCE de la empresa derivan en una interacción bidireccional entre el impacto social y la dimensión de la respuesta.



Figura 4. Compañías analizadas: Principales resultados



Fuente: elaboración propia.



3. Análisis de los diferentes tipos de actividades de RCE

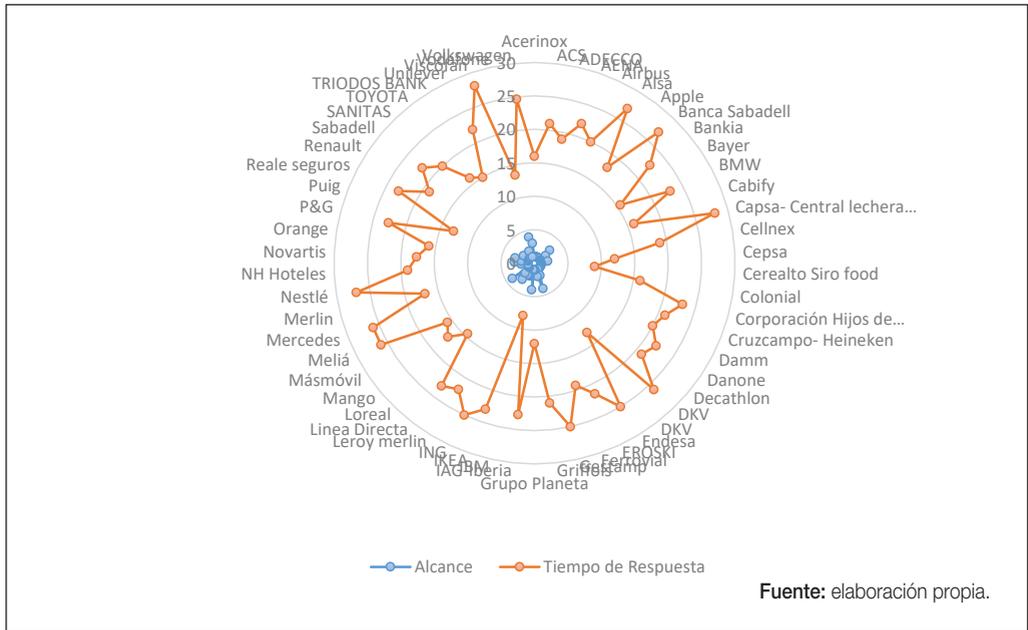
En esta sección, estudiamos las diferentes respuestas a la crisis COVID por parte de las distintas empresas que hemos examinado. Analizamos los antecedentes organizativos y las consecuencias de cada tipología de RCE, y luego proporcionamos ejemplos específicos de los casos observados.

3.1. RCE selectiva

Una RCE selectiva (cuadrante 1 en la figura 2) surge como resultado de combinar una respuesta rápida, aunque con un alcance estrecho de iniciativas. Al realizar este tipo de actividades, las empresas responden rápidamente a las necesidades surgidas de la emergencia. Las empresas seleccionan los problemas específicos en la contingencia que desean y pueden aliviar y, por lo tanto, se centran en grupos específicos de *stakeholders* como objetivos. De esta manera, el número de intervenciones es limitado. Consideramos que, dado que el alcance se limita a un grupo objetivo específico, el impacto social general logrado de estas intervenciones también es limitado, porque solo participará una minoría de *stakeholders*. Por ejemplo, Orlitzky y Swanson (2012) sostienen que los enfoques que no satisfacen a una pluralidad de *stakeholders* tienen un impacto social más bajo. Como tal, sostenemos que, aunque un enfoque selectivo como respuesta a una emergencia es importante para la recuperación tras la catástrofe, esta categoría de ayuda es subóptima, ya que su alcance de intervención limitado alivia la emergencia solo de forma parcial.

Encontramos varios casos de RCE selectiva en las empresas analizadas (figura 5). La figura muestra un número concentrado de acciones durante un corto periodo de ejecución (18,2 días en promedio). Es la categoría más extensa, con 92 acciones diferentes que representan un 38 % del total de iniciativas analizadas. Esta categoría recoge más del 40 % de las donaciones en especie en general no relacionadas con la atención médica, que representan hasta el 28 % de las intervenciones bajo la RCE selectiva. Por ejemplo, los hoteles NH donaron sábanas para el hospital de emergencia de IFEMA. Del mismo modo, IAG-IBERIA donó mantas y *kits* de cuidado personal para el mismo hospital, mientras que Unilever donó alimentos y productos de limpieza. Bajo el paraguas de la RCE selectiva, también encontramos donaciones de productos relacionados con la atención médica (10 % dentro de esta categoría). Como ejemplo, Leroy Merlin donó tareas para usar como material de protección. También encontramos en este grupo (con un 10 % en esta categoría) varias iniciativas para mantener a los empleados en nómina (AENA, Cepsa, Danone, Línea Directa). Sin embargo, observamos que las intervenciones relacionadas con los empleados no tienen un impacto social importante, a menos que la empresa se comprometa con iniciativas de ayuda adicionales. Por lo tanto, el bienestar de los empleados no es suficiente para garantizar el impacto social, que está construido por una mirada de reconocimiento de los *stakeholders* y no se limita a los empleados.

Figura 5. Compañías con acciones incluidas en la categoría de RCE selectiva

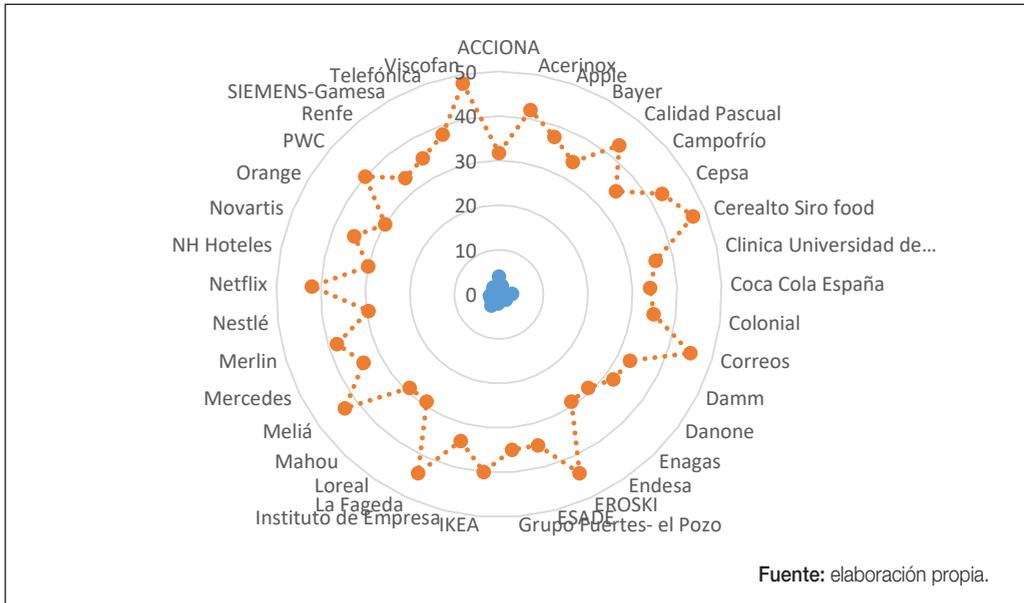


3.2. RCE simbólica

Definimos RCE simbólica (cuadrante 2 en la figura 2) como la combinación de una respuesta tardía y un alcance limitado de las actividades. La RCE simbólica podría considerarse como oportunista. Las empresas que se comportan de manera oportunista no brindan una señal creíble de preocupación genuina hacia sus *stakeholders* (Lyon y Montgomery, 2015; Marquis *et al.*, 2016) y, por lo tanto, su RCE simbólica, oportunista o cosmética no logrará un impacto social sustancial. En otras palabras, el alcance limitado de la intervención se deriva del hecho de que las empresas no pueden o no quieren comprender y responder a una nueva necesidad social (Ballesteros *et al.*, 2017; Marquis y Quian, 2013; Mellahi *et al.*, 2016). Este tipo de acciones cosméticas y oportunistas incorpora una respuesta simbólica a las demandas de los *stakeholders*, anunciando medidas de alivio relativamente benignas, mediante las cuales las empresas buscan ganar legitimidad (Marquis *et al.*, 2016; Scott, 2001). Por lo tanto, es una forma de *greenwashing* o «lavado Covid», para inducir una falsa impresión de preocupación por parte de la compañía de los problemas sociales. De manera similar al *greenwashing*, los impulsores externos del «lavado Covid» (simbólico) pueden incluir presiones de los *stakeholders* para proporcionar ayuda corporativa (Delmas y Burbano, 2011). Como resultado, este tipo de ayuda puede conducir a resultados no deseados desde la perspectiva del desempeño ético.

En esta categoría encontramos una gran variedad de iniciativas dentro de un total de 51 acciones diferentes (figura 6). Como podemos observar en la figura 6, las iniciativas no se desarrollan de inmediato (el tiempo de respuesta promedio es de 37 días) y la cantidad total de iniciativas por empresa se concentra. Las donaciones de productos propios no relacionados con la atención médica se destacan una vez más, en particular del sector de alimentos y bebidas (Nestlé, Damm, Mahou o La Fageda). También encontramos donaciones en efectivo de compañías como Acerinox. Este tipo de donaciones monetarias se pueden explicar cuando el producto central está lejos de la necesidad generada por la emergencia y, aunque cada ayuda es valiosa, se constituye como una forma de caridad o filantropía que tiende a ejercer un impacto social bajo (Ballesteros y Useem, 2016).

Figura 6. Compañías con acciones incluidas en la categoría de RCE simbólica



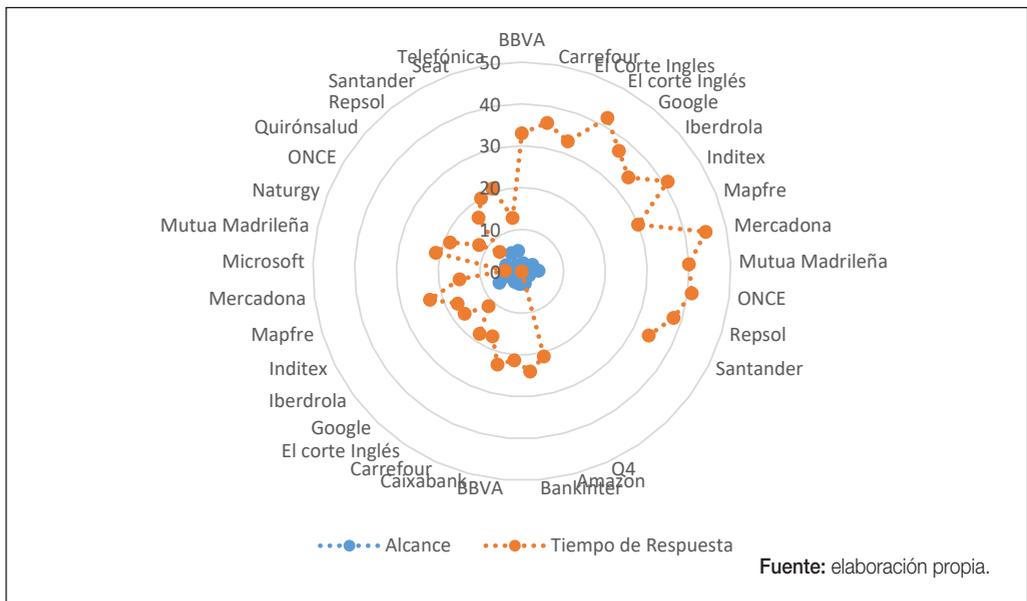
3.3. RCE reactiva

Una RCE reactiva (cuadrante 3 en la figura 2) se caracteriza por una baja respuesta en cuanto al tiempo y un amplio alcance de intervención. Sin embargo, algunas respuestas tardías pueden proporcionar un impacto social relevante (Carroll, 1979). Esto puede suceder en algunos casos como ocurre con la reacción al anuncio de ayuda de un competidor. De esta manera, la RCE reactiva puede interactuar con múltiples *stakeholders*, pero se difiere el tiempo, lo que disminuye el impacto social de esta ayuda. Sin embargo, puede haber algunas circuns-

tancias en las que se necesite tiempo para proporcionar un impacto social significativo (por ejemplo, investigación de vacunas, etc.). La figura 7 muestra los patrones de ayuda dentro de esta categoría, que representan el 8 % del total de casos analizados. El tiempo de respuesta promedio es lento (37 días) aunque el alcance también es mayor que la categoría anterior.

El tipo más importante de ayuda en esta categoría (19 %) se compone de facilidades de financiación (aplazar pagos de préstamos) por parte de compañías financieras y no financieras (Mutua Madrileña o Banco Santander). Las donaciones de equipos de atención médica también se destacan dentro de esta categoría, como las iniciativas de Mapfre. Sin embargo, en algunos casos, la respuesta corporativa no es tan rápida como en otras categorías, tal vez porque es el resultado de una reacción después del anuncio de un competidor.

Figura 7. Compañías con acciones incluidas en la categoría de RCE reactiva



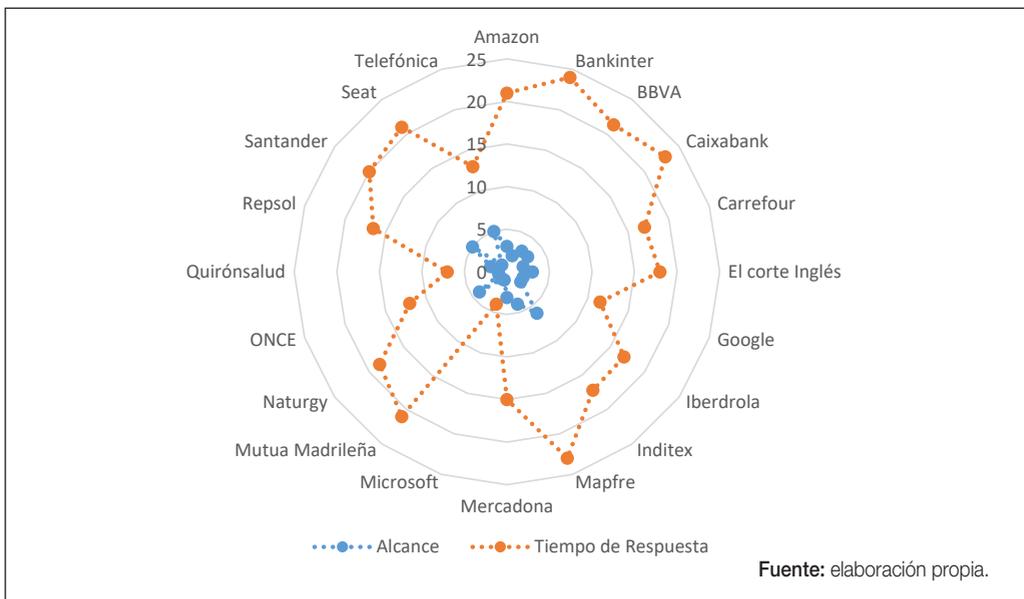
3.4. RCE solidaria

Una RCE solidaria (cuadrante 4 en la figura 2) ofrece una respuesta inmediata a una amplia gama de *stakeholders*. Las acciones de RCE solidaria aplican una fuerte capacidad de respuesta ante la emergencia. Como consecuencia, la empresa que realiza este tipo de actividades contra la pandemia obtiene un profundo impacto, aliviando las consecuencias del choque y al mismo tiempo el reconocimiento de la sociedad.

Por lo tanto, las respuestas corporativas a los desastres que combinan una amplia gama de actividades y una respuesta temprana derivan en RCE solidaria. Esta categoría logra la máxima eficiencia en términos de impacto social. La figura 8 muestra los patrones principales de RCE solidaria. Es notable la cantidad de iniciativas involucradas por las compañías dentro de este grupo, en un promedio de 2,7 acciones por compañía, que es la más alta en todas las acciones de RCE analizadas. Además, el tiempo de respuesta es muy corto, 15 días en promedio, que es menos de la mitad de lo que se obtiene en las categorías reactiva y simbólica.

Esta categoría presenta toda la tipología de acciones consideradas en la tabla 1. Por lo tanto, muestra una amplia variedad de acciones dirigidas a diferentes *stakeholders* y ejecutadas de inmediato. Las iniciativas altamente representadas dentro de RCE solidaria están relacionadas con el bienestar de los empleados (20 %), las donaciones no relacionadas con la atención médica (18 %) y las donaciones en efectivo (16 %). Por ejemplo, Inditex fue una de las primeras grandes empresas españolas en anunciar que mantendría su fuerza laboral durante el periodo de crisis. Las donaciones no relacionadas con la atención médica en este grupo ascienden al 1 %, incluidas las donaciones textiles de El Corte Inglés al hospital de emergencia de IFEMA y las donaciones de alimentos de Mercadona. Las donaciones monetarias en este grupo también son grandes (16 % del total de iniciativas dentro de la categoría). Curiosamente, la mayoría de estas donaciones son el resultado del acuerdo entre cinco grandes empresas de IBEX (Banco Santander, BBVA, Iberdrola, Inditex y Telefónica) para donar 25 millones de euros cada una al objeto de aliviar el sufrimiento relacionado con la COVID.

Figura 8. Compañías con acciones incluidas en la categoría de RCE solidaria



4. Lecciones de las iniciativas de RCE de alto impacto en momentos de emergencia

En los epígrafes anteriores, hemos presentado evidencia sobre la respuesta de un gran conjunto de empresas frente a una situación grave y sin precedentes, la pandemia COVID, que surgió a principios de 2020, para el caso particular de España. Para sistematizar la avalancha de información generada durante un corto periodo de tiempo, hemos diseñado un marco de análisis que toma como base dos dimensiones: tiempo de respuesta y alcance. Como resultado, hemos identificado cuatro respuestas diferentes a la emergencia que producen diferentes grados de impacto social. En este epígrafe, analizaremos los diferentes factores tras las actividades de RCE solidaria, que encontramos que generan los resultados sociales más deseables. Esto puede ayudar a guiar el comportamiento de las empresas al articular respuestas de ayuda específicas tras un desastre. Por último, derivamos algunas proposiciones que resumen nuestros hallazgos y recomendaciones para las empresas que buscan mejorar su impacto social RCE en tiempos de crisis.

4.1. Capacidades dinámicas como facilitadoras de RCE

El enfoque de capacidades dinámicas (Eisenhardt y Martin, 2000; Helfat, 1997; Lavie, 2006; Teece *et al.*, 1997; Teece, 2006; Winter, 2003) explora cómo algunas empresas se recombinan e integran sus recursos para adaptarse a los cambios del mercado. Las capacidades dinámicas pueden ayudar a explicar el éxito de la empresa en su respuesta a un *shock* exógeno como una emergencia sanitaria. El término «dinámico» se refiere a la capacidad de adaptarse cuando el tiempo es crítico, que es una característica clave en una situación de emergencia como una pandemia. En una situación de pandemia, las empresas dispuestas a ayudar deben adaptarse a las necesidades específicas surgidas por el *shock*, que se relacionan principalmente con la escasez de material de salud y otras necesidades básicas. El despliegue de capacidades dinámicas puede ayudar a las empresas a redirigir y recombinar sus recursos hacia nuevos procesos que se adapten rápidamente a los nuevos requisitos del mercado y satisfagan la necesidad emergente.

Consideramos que las capacidades dinámicas de una empresa pueden resultar en el desarrollo efectivo de una nueva capacidad, la capacidad de RCE de la empresa. Esta capacidad incorpora procesos explícitos y habilidades tácitas que permiten el despliegue de un tipo específico de RSC, la RCE solidaria. En otras palabras, las capacidades dinámicas pueden ayudar a redefinir los procesos y los recursos de una empresa para adaptarse a los cambios en las condiciones del mercado derivadas de un *shock* exógeno y desarrollar una nueva capacidad para obtener una respuesta adecuada. Consideramos que la RCE se genera a partir de las capacidades dinámicas existentes en la empresa, en concreto la capacidad de detección, la orientación hacia la ética y las capacidades de construcción de alianzas. Estas capacidades dinámicas se generan a partir de los recursos de la empresa relacionados con los recursos humanos, productivos y de capital social.

4.2. Detección, orientación ética y alianzas: Capacidades dinámicas como inductoras de una RCE solidaria

La literatura previa apunta a qué capacidades dinámicas específicas pueden ser una fuente de respuesta ética en caso de una emergencia: detección, orientación ética y la capacidad de creación de alianzas (Arend, 2013; Ballesteros *et al.*, 2017; Ramachandran, 2011).

4.2.1. Detección

Las capacidades dinámicas de detección permiten que un equipo de gestión identifique necesidades apremiantes después de un desastre y reconfigure rápidamente los recursos y procesos existentes para responder de manera efectiva (Ballesteros *et al.*, 2017; Basu y Palazzo, 2008; Ramachandran, 2011). De esta manera, la alta dirección primero diagnosticará el entorno de una organización e interpretará la respuesta corporativa más adecuada. En el mismo sentido, Day (1994), Kohli y Jaworski (1990), Neill *et al.* (2007) y Weick (1995) encuentran que las capacidades sensoriales pueden conducir al desarrollo de una respuesta adaptativa en entornos turbulentos y eventos inesperados.

Las capacidades dinámicas sensoriales se obtienen de los recursos de capital humano intrínsecos (superiores) de la empresa, como el liderazgo, la intencionalidad (Gioia y Chittipedi, 1991) y la virtudes organizacionales o la intención moral como recurso de capital social. Las capacidades dinámicas de detección implican no solo la percepción cognitiva del entorno del mercado, sino también la decisión por parte de la dirección de actuar (Basu y Palazzo, 2008). Por lo tanto, incorpora liderazgo, ya que el papel de la dirección abarca el inicio del proceso de acción de ayuda corporativa (Gioia y Chittipedi, 1991). Además, una empresa no puede detectar, identificar y comprender una necesidad social particular si no existe un liderazgo ético proactivo (Freeman y Velamuri, 2006).

Adicionalmente, una acción corporativa que logre la satisfacción de los *stakeholders* debe comenzar con la intención de la empresa de mejorar las condiciones de dichos *stakeholders*. Es decir, un proceso de cambio social intencional debe guiar las acciones promovidas por la alta dirección (Boyatzis, 2006; Van Oosten, 2006). Finalmente, la virtudes organizativas o la intención moral constituyen un recurso social incrustado en la capacidad dinámica de detección. La virtuosidad guía el diseño de la respuesta para mitigar el problema. Se refiere a las intenciones genuinas de las empresas de proporcionar una mejora social (Fernando, 2007; 2010), porque consideran que es «lo correcto». Este objetivo normativo es coherente con la noción de capacidades dinámicas como facilitadores de las ventajas competitivas de las empresas (Teece *et al.*, 1997) en particular, el desempeño ético.

Encontramos que el Banco Santander ha demostrado claramente sus capacidades de detección basadas en un fuerte liderazgo. La CEO del Santander rápidamente anunció una

reducción del 50 % en su salario y la eliminación del dividendo. Además, acciones de este tipo sirven de inspiración para que otras grandes empresas del IBEX35 decidieran donar 25 millones de euros cada una para aliviar el desastre derivado de la emergencia COVID.

Proposición 1. El capital humano y los recursos de tipo social tales como el liderazgo, la intencionalidad y la virtuosidad, están integrados en la capacidad dinámica de detección que sustenta la RCE solidaria.

4.2.2. Orientación ética

Las capacidades dinámicas orientadas hacia la ética incorporan las habilidades y los recursos que las empresas necesitan para obtener un resultado adecuado a sus principios éticos (Arend, 2013). Las capacidades de RSC existentes en la empresa también son resultado de capacidades dinámicas relacionadas con la ética, siendo la gestión de los *stakeholders* un componente clave dentro de esta capacidad (Tetrault-Silsky y Lamertz, 2008). Una tradición previa en el compromiso de la empresa con la RSC o una orientación hacia la RSC ya existente puede influir positivamente en una respuesta corporativa adecuada ante un desastre (Muller y Whiteman, 2009). En otras palabras, un historial de RSC puede constituir una capacidad valiosa que puede integrarse en capacidades dinámicas orientadas hacia la ética para proporcionar una respuesta corporativa rápida en momentos de emergencia. Además, debido a la inercia organizativa (Teece *et al.*, 1997), las empresas sin un historial de RSC pueden encontrar que la implementación de la ayuda ante una emergencia lleva más tiempo de lo deseable.

En nuestro estudio, encontramos varios ejemplos de empresas previamente comprometidas con la RSC, que obtienen un mejor resultado al implementar acciones de RCE. Por ejemplo, Inditex ya tienen un historial importante en acciones de RSC. Así, un año antes de la pandemia, el fundador de esta empresa donó una cantidad importante de equipos para tratamientos oncológicos a fin de reducir los tiempos de espera en los servicios de salud pública. De manera similar, Mercadona se destaca como una compañía que ha implementado RCE solidaria podría haberse beneficiado de su compromiso previo de RSC. En particular, es una de las empresas españolas más reconocidas por preocuparse por el bienestar de los empleados², facilita la conciliación y se resiste a abrir su cadena de supermercados (una de las más grandes de España) todos los domingos del año.

Proposición 2. Los recursos asociados a la existencia de una tradición previa de RSC, o la capacidad dinámica de enfoque ético, sustenta una RCE solidaria.

² Resultados de Adecco (2016).

4.2.3. Alianzas

Condiciones altamente complejas constituyen un incentivo importante para la formación de redes, ya sean privadas o público-privadas, con el fin de proporcionar una respuesta más efectiva. Como resultado, después de un desastre, algunas organizaciones tienden a unirse y formar nuevas estructuras temporales (Day *et al.*, 2012). Las alianzas permiten combinar los recursos y capacidades específicos de una empresa con socios que no poseen esos recursos de inmediato para así responder mejor a los desafíos que supone una situación desconocida. Esta capacidad dinámica de llevar a cabo alianzas con múltiples partes alinea, combina y aprovecha los recursos para producir un resultado de acción conjunta de una red de organizaciones, ya sean actores no de mercado (gobiernos, ONG) o actores de mercado (asociaciones intra e interindustriales, ciudadanos) con una variedad de experiencia. Esto permite desarrollar soluciones novedosas y constructivas para problemas complejos que las empresas por sí solas no podrían lograr (Svendsen y Laberge, 2005). Además del conocimiento, estas alianzas pueden reunir otro tipo de recursos (por ejemplo, logística y capacidad de distribución) necesarios para ayudar, lo que da como resultado un tiempo de respuesta más corto que el que podría haber logrado una sola organización (Svendsen y Laberge, 2005).

Una iniciativa clave realizada por las empresas de nuestra muestra durante la crisis por la COVID en España es la asociación entre la sociedad civil y varias empresas. Un ejemplo de estas asociaciones es la iniciativa que comenzó al identificar un grupo de amigos en China un robot capaz de realizar pruebas COVID masivas. Constituyeron una red de colaboración intersectorial en la que Inditex ofreció su logística para transportar el robot desde España, Telefónica facilitó a su personal para monitorizar la instalación y el despliegue. Apple proporcionó las computadoras, IKEA, las mesas, y Renfe, la logística para el transporte en España. Esta exitosa asociación proporcionó cuatro robots para las pruebas masivas de COVID, un verdadero cuello de botella en la crisis en ese momento.

Proposición 3. La capacidad dinámica de formar alianzas facilita el desarrollo de una RCE solidaria.

4.2.4. Multiplicidad de actividades de RCE

Las actividades de RCE solidaria implican una respuesta rápida y con iniciativas de amplio alcance. Esto puede conducir a situaciones en las que la misma empresa realice iniciativas de RCE que pertenecen a diferentes categorías. En otras palabras, las empresas pueden tener un plan de ayuda de acción que incluye una cartera de diferentes tipos de ayuda, que van desde selectiva a reactiva o solidaria.

Por ejemplo, Carrefour España realizó varias iniciativas de RCE que por su periodo de ejecución pertenecen respectivamente a la categoría solidaria –como donación rápida de textiles para el hospital de emergencia de IFEMA– y a la reactiva –pago adicional a los empleados de primera línea o las donaciones de alimentos–.

Proposición 4. Una respuesta efectiva a una situación de emergencia puede estar compuesta por diferentes acciones de RCE, aunque siempre incorporando acciones de RCE solidaria.

4.2.5. Hacia una definición de RCE solidaria

El marco de análisis de la figura 2 sugiere que la iniciativa corporativa más efectiva para aliviar los problemas derivados de una emergencia es la RCE solidaria. Esto genera un impacto social más elevado que las acciones reactivas, simbólicas y selectivas. Todas las empresas se sentirían atraídas a participar en acciones RCE solidarias, sin embargo, no todas las empresas que hemos analizado aplican este tipo de estrategias. Argumentamos que la razón de este movimiento aparentemente incorrecto está relacionado con los recursos y capacidades necesarios para enfrentar una emergencia. Solo aquellas empresas que posean capacidades dinámicas específicas podrán desarrollar una RCE que maximice el valor social después de una emergencia. Sin embargo, las empresas pueden modificar sus estructuras y procesos, desarrollando las capacidades dinámicas necesarias. Sin embargo, esto requiere de cambios organizativos incrementales, aprendizaje y tiempo.

Inditex es el mejor exponente de RCE solidaria dentro de las empresas analizadas. Ha logrado el máximo reconocimiento en términos de impacto social respecto al índice de reputación de MERCO sobre la pandemia. Ha implementado una amplia gama de iniciativas, que van desde donar máscaras y equipo adaptando su proceso de producción, hasta comprar y facilitar el transporte de equipos médicos desde el extranjero, mantener a los empleados en nómina o participar en varias asociaciones para aliviar mejor el sufrimiento. Al hacerlo, la compañía demostró sus capacidades para detectar la necesidad social en diferentes áreas y hacia diferentes *stakeholders*, ejecutar rápidamente, y crear o participar en redes para aprovechar sus capacidades en la gestión de emergencias.

Proposición 5. En momentos de conmoción, la respuesta de RCE más efectiva debería combinar al mismo tiempo velocidad (tiempo de respuesta corto) y un alcance amplio de actividades. Denominamos a este tipo de iniciativas RCE solidaria. De esta forma, la RCE solidaria constituye una categoría de RSC que articula la respuesta de la empresa ante una situación de emergencia.

5. Conclusiones

Este trabajo ha propuesto un marco de análisis para la RCE que resulta útil para analizar la respuesta ofrecida por las empresas ante una emergencia, utilizando la pandemia COVID-19 en España como escenario de referencia. Hemos desarrollado un enfoque metodológico inductivo-deductivo sobre 237 acciones de RCE de compañías que operan en España orientadas a paliar los efectos negativos de la emergencia sanitaria y social. Para ello, primero hemos identificado la respuesta temporal y el alcance de las actividades, como dimensio-

nes clave de la RCE. En segundo lugar, hemos medido esas dimensiones para cada uno de los casos. En tercer lugar, hemos comparado las 237 «unidades de análisis», lo que nos ha permitido asociar cada una de ellas a una categoría particular de RCE: simbólica, selectiva, reactiva y solidaria. En cuarto lugar, hemos analizado el impacto social asociado para cada una de las categorías y hemos hallado que la RCE solidaria mejora los resultados sociales derivados de la ayuda de las empresas. Finalmente, hemos sugerido diferentes propuestas que sirven como pilares para una estrategia óptima de ayuda corporativa ante situaciones de emergencia. El marco de análisis propuesto ofrece una guía para las acciones empresariales tras una emergencia, identificando las mejores y peores respuestas corporativas en términos de impacto social. Asimismo, nuestro marco de análisis permite discernir entre actividades RCE genuinas frente a oportunistas (*greenwashing*). Encontramos que la razón por la que la RCE solidaria es capaz de ofrecer los mejores resultados en términos de desempeño social se asocia a la existencia de capacidades dinámicas que sirven de apoyo a este tipo de acciones. Solo aquellas empresas con fuertes capacidades dinámicas son capaces de realizar actividades RCE efectivas (en términos de impacto social) tras un desastre.

Aunque las emergencias, y en particular una emergencia sanitaria resultado de una pandemia, parecen eventos raros e inusuales, varios organismos (World Economic Forum, 2020) señalan que estos choques serán cada vez más frecuentes. Ante este escenario, las empresas deben desarrollar las capacidades dinámicas necesarias para lograr el máximo impacto social de sus iniciativas de RCE. Siguiendo a Lampel *et al.* (2009), las organizaciones pueden aprender de eventos singulares, y nuestro estudio proporciona implicaciones prácticas para las empresas sobre cómo enfrentarse a estos desafíos. Además, la experiencia corporativa derivada de articular una respuesta de RCE ante una situación de emergencia también se puede aplicar a las actividades de RSC convencionales. De esta manera, las empresas estarán mejor equipadas para desarrollar y mejorar sus capacidades internas orientadas a servir a la sociedad.

Este estudio presenta limitaciones relacionadas con su capacidad de generalización, ya que analizamos las acciones de RCE en un país en particular (España). Sin embargo, sugerimos nuevas vías de investigación para aplicar el marco RCE a otros contextos. Futuras investigaciones pueden enriquecer este marco al aplicarlo a otras áreas bajo diferentes entornos institucionales, presiones de *stakeholders* o limitaciones que pueden influir en el comportamiento de las compañías.

Referencias bibliográficas

Adecco. (2016). *II Adecco Survey on Best Managers and Happiest Companies to Work for*.

Arend, R. J. (2013). Ethics-focused dynamic capabilities: A small business perspective. *Small Business Economics*, 41(1), 1-24.

- Ballesteros, L. y Useem, M. (2016). The Social Value of Corporate Giving and the Economic Costs of Disasters. *Academy of Management Journal*.
- Ballesteros, L., Useem, M. y Wry, T. (2017). Masters of disasters? An empirical analysis of how societies benefit from corporate disaster aid. *Academy of Management Journal*, 60(5), 1682-1708.
- Basu, K. y Palazzo, G. (2008). Corporate social responsibility: A process model of sensemaking. *Academy of Management Review*, 33(1), 122-136.
- Berrone, P., Surroca, J. y Tribó, J. A. (2007). Corporate ethical identity as a determinant of firm performance: A test of the mediating role of stakeholder satisfaction. *Journal of Business Ethics*, 76(1), 35-53.
- Borda, A., Newbury, W., Teegen, H., Montero, A., Najera-Sanchez, J. J., Forcadell, F., ... y Quispe, Z. (2017). Looking for a service opening: Building reputation by leveraging international activities and host country context. *Journal of World Business*, 52(4), 503-517.
- Boyatzis, R. (2006). An overview of intentional change from a complexity perspective. *Journal of Management Development*.
- Carroll, A. B. (1979). A three-dimensional conceptual model of corporate performance. *Academy of Management Review*, 4(4), 497-505.
- Cegarra-Navarro, J. G. y Martínez-Martínez, A. (2009). Linking corporate social responsibility with admiration through organizational outcomes. *Social Responsibility Journal*.
- Day, G. S. (1994). The capabilities of market-driven organizations. *Journal of Marketing*, 58(4), 37-52.
- Day, J. M., Melnyk, S. A., Larson, P. D., Davis, E. W. y Whybark, D. C. (2012). Humanitarian and disaster relief supply chains: a matter of life and death. *Journal of Supply Chain Management*, 48(2), 21-36.
- Delmas, M. A. y Burbano, V. C. (2011). The drivers of greenwashing. *California management review*, 54(1), 64-87.
- Eisenhardt, K. M. y Martin, J. A. (2000). Dynamic capabilities: what are they? *Strategic Management Journal*, 21(10-11), 1105-1121.
- Fernando, M. (2007). Corporate social responsibility in the wake of the Asian tsunami: A comparative case study of two Sri Lankan companies. *European Management Journal*, 25(1), 1-10.
- Fernando, M. (2010). Corporate social responsibility in the wake of the Asian tsunami: Effect of time on the genuineness of CSR initiatives. *European Management Journal*, 28(1), 68-79.
- Flynn, S. E. (2008). America the resilient-defying terrorism and mitigating natural disasters. *Foreign Affairs*, 87(2).
- Freeman, R. E. y Velamuri, S. R. (2006). A new approach to CSR: Company stakeholder responsibility. En *Corporate Social Responsibility* (pp. 9-23). Palgrave Macmillan.
- Gioia, D. A. y Chittipeddi, K. (1991). Sensemaking and sensegiving in strategic change initiation. *Strategic Management Journal*, 12(6), 433-448.
- Harding, K., Härkönen, T. y Caswell, H. (2002). The 2002 European seal plague: epidemiology and population consequences. *Ecology Letters*, 5(6), 727-732.
- Helfat, C. E. (1997). Know-how and asset complementarity and dynamic capability accumulation: the case of R&D. *Strategic Management Journal*, 18(5), 339-360.
- Ivanov, D. (2020). Predicting the impacts of epidemic outbreaks on global supply chains: A simulation-based analysis on the coronavirus outbreak (COVID-19/SARS-CoV-2) case. *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, 136, 101922.

- Johnson, B. R., Connolly, E. y Carter, T. S. (2011). Corporate social responsibility: The role of Fortune 100 companies in domestic and international natural disasters. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 18(6), 352-369.
- Kohli, A. K. y Jaworski, B. J. (1990). Market orientation: the construct, research propositions, and managerial implications. *Journal of Marketing*, 54(2), 1-18.
- Lampel, J., Shamsie, J. y Shapira, Z. (2009). Experiencing the improbable: Rare events and organizational learning. *Organization Science*, 20(5), 835-845.
- Lavie, D. (2006). Capability reconfiguration: An analysis of incumbent responses to technological change. *Academy of Management Review*, 31(1), 153-174.
- Lyon, T. P. y Montgomery, A. W. (2015). The means and end of greenwash. *Organization & Environment*, 28(2), 223-249.
- Madsen, P. M. y Rodgers, Z. J. (2015). Looking good by doing good: The antecedents and consequences of stakeholder attention to corporate disaster relief. *Strategic Management Journal*, 36(5), 776-794.
- Marquis, C. y Qian, C. (2013). Corporate Social Responsibility Reporting in China: Symbol or Substance? *Organization Science*, Forthcoming, *Harvard Business School Research Paper*.
- Marquis, C., Toffel, M. W. y Zhou, Y. (2016). Scrutiny, norms, and selective disclosure: A global study of greenwashing. *Organization Science*, 27(2), 483-504.
- Mellahi, K., Frynas, J. G., Sun, P. y Siegel, D. (2016). A review of the nonmarket strategy literature: Toward a multi-theoretical integration. *Journal of Management*, 42(1), 143-173.
- Muller, A. y Whiteman, G. (2009). Exploring the geography of corporate philanthropic disaster response: A study of Fortune Global 500 firms. *Journal of Business Ethics*, 84(4), 589-603.
- Neill, S., McKee, D. y Rose, G. M. (2007). Developing the organization's sensemaking capability: Precursor to an adaptive strategic marketing response. *Industrial Marketing Management*, 36(6), 731-744.
- O'Donnell, I. (2009). *Practice Review on Innovations in Finance for Disaster Risk Management*. Geneva: ProVention Consortium.
- Ordiozola, M. D. y Baraibar-Diez, E. (2017). Is corporate reputation associated with quality of CSR reporting? Evidence from Spain. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 24(2), 121-132.
- Orlitzky, M. y Swanson, D. L. (2012). Assessing stakeholder satisfaction: Toward a supplemental measure of corporate social performance as reputation. *Corporate Reputation Review*, 15(2), 119-137.
- Powell, W. W., Koput, K. y Smith-Doerr, L. (1996). Technological change and the locus of innovation: Networks of learning in biotechnology. *Administrative Science Quarterly*, 41(1), 116-45.
- Ramachandran, V. (2011). Strategic corporate social responsibility: a «dynamic capabilities» perspective. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 18(5), 285-293.
- Sánchez, J. L. F. y Sotorrío, L. L. (2007). The creation of value through corporate reputation. *Journal of Business Ethics*, 76(3), 335-346.
- Scott, W. R. (2001). *Institutions and organizations*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Scherer, A. G., Palazzo, G. y Matten, D. (2014). The business firm as a political actor: A new theory of the firm for a globalized world. *Business & Society*, 53(2), 143-156.
- Seitanidi, M. M., Koufopoulos, D. N. y Palmer, P. (2010). Partnership formation for change: Indicators for transformative potential in

- cross sector social partnerships. *Journal of Business Ethics*, 94(1), 139-161.
- Svendsen, A. C. y Laberge, M. (2005). Convening stakeholder networks. *Journal of Corporate Citizenship*, 19(91104), P1-P18.
- Teece, D. J. (2006). Reflections on «profiting from innovation». *Research Policy*, 35(8), 1131-1146.
- Teece, D. J., Pisano, G. y Shuen, A. (1997). Dynamic capabilities and strategic management. *Strategic Management Journal*, 18(7), 509-533.
- Tetrault-Sirsly, C. A. y Lamertz, K. (2008). When does a corporate social responsibility initiative provide a first-mover advantage? *Business & Society*, 47(3), 343-369.
- Van Bavel, J. J., Baicker, K., Boggio, P. S., Capraro, V., Cichocka, A., Cikara, M., ... y Drury, J. (2020). Using social and behavioural science to support COVID-19 pandemic response. *Nature Human Behaviour*, 1-12.
- Van Oosten, E. B. (2006). Intentional change theory at the organizational level: a case study. *Journal of Management Development*, 25(7), 707-717.
- Vourvachis, P., Woodward, T., Woodward, D. G. y Patten, D. M. (2016). CSR disclosure in response to major airline accidents: a legitimacy-based exploration. *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*.
- Weick, K. E. (1995). *Sensemaking in organizations* (Vol. 3). Sage.
- Winter, S. G. (2003). Understanding dynamic capabilities. *Strategic Management Journal*, 24(10), 991-995.
- World Economic Forum (2020). *The Global Risk Report*. The World Economic Forum. Geneva, Switzerland.

Bibliografía

- Ambrosini, V. y Bowman, C. (2009). What are dynamic capabilities and are they a useful construct in strategic management? *International Journal of Management Reviews*, 11(1), 29-49.
- Clarkson, M. E. (1995). A stakeholder framework for analyzing and evaluating corporate social performance. *Academy of Management Review*, 20(1), 92-117.
- Husted, B. W. y Jesus Salazar, J. de. (2006). Taking Friedman seriously: Maximizing profits and social performance. *Journal of Management Studies*, 43(1), 75-91.
- Kale, P. y Singh, H. (2007). Building firm capabilities through learning: the role of the alliance learning process in alliance capability and firm-level alliance success. *Strategic Management Journal*, 28(10), 981-1000.
- Ring, P. S. y Rands, G. P. (1989). Sensemaking, understanding, and committing: Emergent interpersonal transaction processes in the evolution of 3M's microgravity research program. *Research on the management of innovation: The Minnesota studies*, 337-366.
- Sydow, J., Schreyögg, G. y Koch, J. (2009). Organizational path dependence: Opening the black box. *Academy of Management Review*, 34(4), 689-709.
- Teece, D. J. (2010). Business models, business strategy and innovation. *Long Range Planning*, 43(2-3), 172-194.
- Wang, C. L. y Ahmed, P. K. (2007). Dynamic capabilities: A review and research agenda. *International Journal of Management Reviews*, 9(1), 31-51.



Apéndice 1. Compañías analizadas

Compañía analizada	Pertenece al ranking de reputación corporativa MERCO (S/N)	Miembro de IBEX35 (S/N)
3M	S	
Accenture	S	
Acciona	S	S
Acerinox	N	S
ACS	N	S
Adecco	S	
Aena	S	S
Airbus Group	S	
Alsa	S	
Amadeus	S	S
Amazon	S	
Apple	S	
Arcelor-Mittal	N	S
Axa	S	
Banco Sabadell	S	S
Bankia	S	S
Bankinter	S	S
Bayer	S	
BBVA	S	S
BMW	S	
Cabify	S	
Caixabank	S	S





Compañía analizada	Pertenece al <i>ranking</i> de reputación corporativa MERCO (S/N)	Miembro de IBEX35 (S/N)
▶		
Calidad Pascual	S	
Campofrío	S	
Capsa	S	
Carrefour	S	
Cellnex Telecom	N	S
Cepsa	S	
Cerealto Siro Foods	S	
Cie Automotive	N	S
Clínica Universidad de Navarra	S	
Coca-Cola	S	
Corporación Hijos de Rivera	S	
Correos	S	
Damm	S	
Danone	S	
Decathlon	S	
Deloitte	S	
DKV Seguros	S	
EAE Business School	S	
El Corte Inglés	S	
Enagás	N	S
Ence	N	S
Endesa	S	S





Compañía analizada	Pertenece al <i>ranking</i> de reputación corporativa MERCO (S/N)	Miembro de IBEX35 (S/N)
▶		
Eroski	S	
Esade	S	
Esic School	S	
EY (Ernst & Young)	S	
Ferrovial	S	S
Garrigues	S	
General Electric	S	
Gestamp	S	
Google	S	
Grifols	S	S
Grupo Fuertes	S	
Grupo Social Once	S	
Heineken-Cruzcampo	S	
IAG	S	S
Iberdrola	S	S
IBM	S	
IESE	S	
Ikea	S	
Inditex	S	S
Indra	S	S
ING Bank	S	
Inmobiliaria Colonial	N	S





Compañía analizada	Pertenece al <i>ranking</i> de reputación corporativa MERCO (S/N)	Miembro de IBEX35 (S/N)
▶		
Instituto de Empresa	S	
La Fageda	S	
Leroy Merlin	S	
Línea Directa	S	
L'Oreal	S	
Mahou San Miguel	S	
Mango	S	
Mapfre	S	S
MásMóvil Ibercom	N	S
Mediaset	N	S
Meliá Hotels	S	S
Mercadona	S	
Mercedes-Benz	S	
Merlin Properties	N	S
Microsoft	S	
Mutua Madrileña	S	
Naturgy	S	S
Nestlé	S	
Netflix	S	
NH Hotel	S	
Nike	S	
Novartis	S	





Compañía analizada	Pertenece al ranking de reputación corporativa MERCO (S/N)	Miembro de IBEX35 (S/N)
▶		
Orange	S	
Planeta	S	
Puig	S	
P&G (Procter and Gamble)	S	
PWC	S	
QuirónSalud	S	
Reale Seguros	S	
Red Eléctrica de España	S	S
Renfe	S	
Repsol	S	S
Samsung	S	
Sanitas	S	
Santalucía Seguros	S	
Santander	S	S
Seat	S	
Siemens-Gamesa	S	S
Telefónica	S	S
Toyota	S	
Triodos Bank	S	
Unilever	S	
Viscofán	N	S
Vodafone	S	
Volkswagen	S	

Cambio en la estimación sobre el ejercicio de una opción de compra en un contrato de arrendamiento (NRV 8.^a)

Análisis de la consulta 2 del BOICAC 120, de diciembre de 2019

Javier Collado Muñoz

Profesor del CEF.-

Extracto

- I Sobre el tratamiento contable de un cambio de clasificación de un contrato de arrendamiento.

Consulta 2

La consultante expone que en mayo de 20X5 firmó, a título de arrendataria, un contrato de arrendamiento de un complejo de apartamentos con opción a compra.

A la vista del contenido del acuerdo, la sociedad contabilizó desde el principio el arrendamiento como operativo debido a que no existía certeza de que se fuera a ejercitar la opción de compra y, además, el precio de dicha opción era, a la firma del contrato, muy superior al precio de mercado del activo.

Sin embargo, en enero de 20X9, una vez cerrado el ejercicio 20X8 con resultados que han excedido a los inicialmente previstos (la sociedad ha efectuado a su costa diversas mejoras en el activo), la sociedad tiene certeza de que ejercerá la opción de compra en el último cuatrimestre de 20Y0. Por ello, la consultante estima ahora que se cumple el criterio exigible para que el arrendamiento sea considerado financiero y desea saber si es posible cambiar el criterio de contabilización una vez transcurrida la mitad de duración del contrato, o bien debe mantenerse el criterio inicial hasta el ejercicio de la opción de compra. Asimismo, se consulta el tratamiento contable de la adquisición de los inmuebles tras ejercer la opción de compra.

Respuesta

1. En primer lugar, cabe mencionar que el registro contable de las operaciones debe realizarse atendiendo al fondo económico y jurídico que subyace en las mismas, con independencia de la forma empleada para instrumentarlas, una vez analizados en su conjunto todos los antecedentes y circunstancias de aquellas, cuya valoración es responsabilidad de los administradores y, en su caso, de los auditores de la sociedad. En este sentido, el artículo 34.2 del Código de Comercio y, en su desarrollo, el Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, establecen que en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica.

2. Por su parte, la norma de registro y valoración (NRV) 8.^a de la Segunda parte del PGC, «Arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar», señala que para calificar un contrato como de arrendamiento financiero hay que determinar si, según las condiciones económicas del acuerdo, se ha producido o no la cesión de los riesgos y los beneficios inherentes a la propiedad del activo objeto del contrato. Si se ha producido dicha cesión, se calificará como financiero, y en caso contrario como operativo. En este sentido, se establecen determinadas presunciones en las que se entiende que en un acuerdo de arrendamiento se transfieren sustancialmente todos los riesgos y beneficios.

Así, la NRV 8.^a proporciona ejemplos de situaciones que, por sí solas o de forma conjunta, pueden conllevar la clasificación de un arrendamiento como financiero y prevé también la circunstancia de que, en el propio contrato de arrendamiento, el arrendador ofrezca una opción de compra sobre el bien arrendado. En este caso, el apartado 1.1 de la NRV 8.^a dispone lo siguiente:

En un acuerdo de arrendamiento de un activo con opción de compra, se presumirá que se transfieren sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad, cuando no existan dudas razonables de que se va a ejercer dicha opción.

Es importante aclarar que del párrafo anterior se deduce que pueden existir arrendamientos con opción de compra que deben ser contabilizados como operativos, en el caso de que existan dudas razonables sobre el ejercicio de dicha opción y, asimismo, arrendamientos sin opción de compra que, sin embargo, deben ser registrados como financieros siempre que se deduzca que se transfieren sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo.

En desarrollo de ese criterio, en la consulta 5 del BOICAC n.º 78, de junio de 2009 (NFC034013), y en la consulta 6 del BOICAC n.º 99, de septiembre de 2014 (NFC052102), se incluyen las interpretaciones de este Instituto sobre la correcta aplicación de la NRV 8.^a en los supuestos de arrendamiento con opción de compra de inmuebles. A mayor abun-

damiento cabe señalar que la interpretación de este Instituto sobre el adecuado tratamiento contable de un contrato de arrendamiento operativo de un local de negocio con «rentas escalonadas» está publicada en la consulta 11 del BOICAC n.º 96, de diciembre de 2013 (NFC049807).

3. En cuanto a la posibilidad de cambiar la clasificación del arrendamiento una vez transcurrido cierto tiempo desde el comienzo del contrato, debido a cambios en las estimaciones o en otras circunstancias, cabría realizar las siguientes consideraciones:

Como se ha mencionado antes, el apartado 1.1 de la NRV 8.^a enumera una serie de circunstancias en las que se presumirá, salvo prueba en contrario, la transferencia de todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad, entre las que se incluyen las circunstancias previstas en los apartados b) y c) siguientes:

b) Contratos en los que el plazo del arrendamiento coincida o cubra la mayor parte de la vida económica del activo, y siempre que de las condiciones pactadas se desprenda la racionalidad económica del mantenimiento de la cesión de uso.

El plazo del arrendamiento es el periodo no revocable para el cual el arrendatario ha contratado el arrendamiento del activo, junto con cualquier periodo adicional en el que este tenga derecho a continuar con el arrendamiento, con o sin pago adicional, siempre que al inicio del arrendamiento se tenga la certeza razonable de que el arrendatario ejercerá tal opción.

c) En aquellos casos en los que, al comienzo del arrendamiento, el valor actual de los pagos mínimos acordados por el arrendamiento suponga la práctica totalidad del valor razonable del activo arrendado.

Por su parte, el apartado 1.2, que regula la contabilidad del arrendatario en un arrendamiento financiero, señala que:

El arrendatario, en el momento inicial, registrará un activo de acuerdo con su naturaleza, según se trate de un elemento del inmovilizado material o del intangible, y un pasivo financiero por el mismo importe, que será el menor entre el valor razonable del activo arrendado y el valor actual al inicio del arrendamiento de los pagos mínimos acordados [...].

Asimismo, el apartado 1.3, al hablar de la contabilidad del arrendador en este mismo tipo de acuerdos establece que:

El arrendador, en el momento inicial, reconocerá un crédito por el valor actual de los pagos mínimos a recibir por el arrendamiento más el valor residual del activo aunque no esté garantizado, descontados al tipo de interés implícito del contrato.

Por otro lado, la citada consulta 6 del BOICAC n.º 99 también hace referencia al momento en que se produce la valoración relativa a la clasificación del contrato como operativo o financiero y la utilización del valor razonable del inmueble en la fecha de firma del contrato para realizar dicha valoración por el arrendatario:

A tal efecto, desde una perspectiva económica racional, ese requisito se debería entender cumplido si el valor razonable en la fecha de ejercicio de la opción supera, de manera significativa, el precio acordado por la transferencia del activo, circunstancia que corresponde evaluar a los administradores de la sociedad, pero que cabría presumir en el supuesto de que dicho importe fuese equivalente al valor razonable del inmueble en la fecha de la firma del acuerdo de arrendamiento menos las mensualidades que el arrendatario abone hasta el ejercicio de la opción.

De los preceptos analizados puede deducirse que la clasificación de un contrato de arrendamiento como operativo o como financiero debe realizarse al comienzo del mismo, con base en un análisis pormenorizado sobre si en dicho contrato se están transfiriendo sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo.

En ese momento inicial, la empresa deberá contar con toda la información y los medios que estime convenientes y suficientes para determinar si se produce la citada transmisión. En caso de que exista una opción de compra, al igual que si existe una opción de prorrogar el contrato por un periodo adicional como prevé el apartado 1.1 b) de la NRV 8.^a, el contrato se clasificará como financiero si al inicio del arrendamiento se tiene certeza razonable de que se ejercitará.

Este criterio también se infiere de la NRV 19.^a, «Combinaciones de negocios», apartado 2.4, a propósito del reconocimiento de los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos.

Según este apartado, la clasificación de los contratos de arrendamiento en una combinación de negocios debe realizarse sobre las circunstancias existentes al comienzo del mismo, salvo que el arrendador y arrendatario acordaran cambiar las condiciones del contrato como consecuencia de la combinación de negocios, de forma que esto hubiera dado lugar a una clasificación diferente del arrendamiento si dichas condiciones se hubieran acordado al inicio del mismo.

La redacción de dicho apartado de la NRV 19.^a es la siguiente:

En la fecha de adquisición, la adquirente clasificará o designará los activos identificables adquiridos y pasivos asumidos de acuerdo con lo dispuesto en las restantes normas de registro y valoración, considerando los acuerdos contractuales, condiciones económicas, criterios contables y de explotación y otras condiciones pertinentes que existan en dicha fecha.

Sin embargo, por excepción a lo previsto en el párrafo anterior, la clasificación de los contratos de arrendamiento y otros de naturaleza similar, se realizará sobre la base de las condiciones contractuales y otras circunstancias existentes al comienzo de los mismos o, si las condiciones han sido modificadas de forma que cambiarían su clasificación, en la fecha de dicha modificación, que puede ser la de adquisición.

Por tanto, una vez analizados los preceptos anteriores, cabe concluir que la clasificación del arrendamiento se hará al inicio del mismo y que el cambio en la estimación sobre el ejercicio de la opción de compra no dará lugar a una nueva clasificación del arrendamiento a efectos contables. No obstante, si en algún momento el arrendador y el arrendatario acordaran cambiar las estipulaciones del contrato, salvo si el cambio fuera para renovarlo, de forma que esta modificación habría dado lugar a una clasificación diferente del acuerdo en el caso de que las condiciones se hubieran producido al inicio del arrendamiento, el contrato revisado se considerará un nuevo arrendamiento durante todo el plazo restante del contrato en los términos que se infieren de la aplicación analógica de la NRV 19.^a que se ha reproducido.

4. Asimismo, respecto a la calificación contable inicial del arrendamiento, este Instituto no entra a valorar si la situación planteada en la consulta fue correcta o no, ya que dicho análisis requiere un conocimiento del fondo económico de todos los elementos de la operación en su conjunto. No obstante, y por si fuera el caso de la entidad consultante, procede indicar que la NRV 22.^a, «Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables», establece en relación con la subsanación de errores relativos a ejercicios anteriores, que esta se aplicará de forma retroactiva y su efecto se calculará desde el ejercicio más antiguo para el que se disponga información, debiendo incluirse todos los desgloses necesarios recogidos en la memoria.

5. En lo que respecta al tratamiento contable de la adquisición de los apartamentos mediante el ejercicio de la opción de compra, una vez calificado el arrendamiento como operativo, cabe señalar que la incorporación de los activos al patrimonio de la empresa se valorará inicialmente por su precio de adquisición que incluirá además del importe pagado en ejercicio de la opción de compra, todos los gastos adicionales y directamente relacionados con la adquisición.

Las cantidades pagadas hasta ese momento durante la vigencia del contrato de arrendamiento desde la fecha en que se produjo el cambio en la estimación sobre el ejercicio de la opción de compra seguirán reconociéndose como gastos, sin que por lo tanto puedan calificarse como anticipos a cuenta relacionados con el previsible ejercicio de la opción de compra.

6. En cualquier caso, en la memoria de las cuentas anuales, se deberá suministrar cualquier información significativa que sea necesaria para que las cuentas anuales reflejen la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la entidad.

Conclusión

El artículo 34.2 del Código de Comercio y, en su desarrollo, el PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, establecen que la contabilización de los hechos económicos y operaciones se realizará atendiendo no solo a su forma jurídica, sino también a su fondo económico.

Por otro lado, la NRV 8.^a del PGC, en desarrollo del Marco Conceptual de la Contabilidad del PGC, el cual prioriza el fondo económico de una operación, señala que para calificar un contrato como operativo o financiero, hay que analizar en el momento inicial (firma del contrato) si se produce o no la cesión de los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo objeto de arrendamiento, estableciendo la presunción para el caso de existencia de opción de compra, que se produce dicha transferencia si no existen dudas razonables de que se va a ejercer la opción de compra en su momento.

Asimismo, la consulta 6 del BOICAC n.º 99 señala que es en el momento inicial cuando el arrendatario, atendiendo al fondo económico de la operación, clasificará el contrato como operativo o financiero, matizando que, en el caso de existir opción de compra, se puede presumir que no existen dudas razonables sobre su ejercicio, cuando el valor razonable en la fecha de ejercicio de la opción de compra es mayor, significativamente, al precio pactado para el ejercicio de esa opción. Este análisis, por lo tanto, se efectúa en el momento inicial, es decir, al comienzo o inicio del contrato de arrendamiento, siendo esta la fecha clave para decidir por parte del arrendatario la clasificación del contrato como operativo o financiero.

También, la NRV 19.^a sobre combinaciones de negocios señala que la clasificación por parte del adquirente de un contrato de arrendamiento en el seno de un proceso de adquisición mediante una combinación de negocios se realizará a tenor de las circunstancias existentes al comienzo del contrato, salvo que expresamente el arrendador y arrendatario acuerden cambiar las condiciones del contrato en la fecha de adquisición con motivo de la combinación de negocios.

Por lo tanto, cabe concluir que la clasificación de un contrato de arrendamiento como operativo o financiero debe realizarse al inicio de este, no conllevando el cambio de la estimación sobre el ejercicio de la opción de compra una nueva clasificación del contrato a efectos contables. Como excepción, si en algún momento posterior a la firma del contrato, arrendador y arrendatario acuerdan expresamente cambiar las estipulaciones del contrato (salvo que se trate de una renovación), esta modificación sí que dará lugar a una reclasificación del contrato inicial, considerándose que existe un nuevo contrato de arrendamiento durante el tiempo que resta para la conclusión del contrato.

Todo lo anterior, se presume sin perjuicio de entrar a analizar un posible error por parte del arrendatario al catalogar el fondo económico del contrato de arrendamiento en el momento inicial. Si fuera este el caso, es decir, que se cometió un error, a la hora de subsanar-

lo, habrá que atender a lo establecido a la NRV 22.^a del PGC, corrigiendo retroactivamente los periodos anteriores contra reservas.

Ejemplo

El 1 de enero de 20X1 se firma una operación de arrendamiento con opción de compra por el que se pagarán 8 cuotas de 1.600.000 euros a la fecha de cierre del ejercicio 20X1 y hasta el 31 de diciembre de 20X8. Además, se abonará por la opción de compra, si se decide ejercitarla, 102.530 euros también al cierre del ejercicio 20X8. El tipo de interés contractual se establece en el 6% nominal anual y el precio al contado del bien inmueble a la fecha de firma del contrato es de 10.000.000 de euros.

El cuadro de amortización de la operación que nos facilita la entidad financiera, en el que se establecen los pagos anuales, es el siguiente:

Fecha	Intereses	Capital amortizado	Cuota	Deuda pendiente
1-1-20X1				10.000.000
31-12-20X1	600.000	1.000.000	1.600.000	9.000.000
31-12-20X2	540.000	1.060.000	1.600.000	7.940.000
31-12-20X3	476.400	1.123.600	1.600.000	6.816.400
31-12-20X4	408.984	1.191.016	1.600.000	5.625.384
31-12-20X5	337.523,04	1.262.476,96	1.600.000	4.362.907,40
31-12-20X6	261.774,42	1.338.225,58	1.600.000	3.024.681,82
31-12-20X7	181.480,91	1.418.519,09	1.600.000	1.606.162,73
31-12-20X8	96.367,27	1.503.632,73	1.600.000	102.530

La entidad arrendataria, Sonic, SA, estimó en el momento de la firma del contrato de arrendamiento (1 de enero de 20X1), que no iba a ejercer la opción de compra, contabilizando el contrato como operativo.

Al cabo de 3 años de vigencia de la operación, Sonic, SA realiza una serie de inversiones y reformas en el bien arrendado, dejándolo en mejor estado que al inicio, considerando entonces que va a ejercitar la opción de compra para poder adquirir el bien inmueble.

Comentarios y registro de la operación siguiendo las siguientes hipótesis:

Hipótesis 1:

Suponer que a partir del año 3 se plantea un cambio en las condiciones del contrato, que permite a Sonic, SA realizar las inversiones necesarias en el bien arrendado para que se revalorizase su valor y negociar la opción de compra a 50.000 euros.

Hipótesis 2:

Suponer que no se ha dado ningún cambio en las condiciones iniciales del contrato de arrendamiento (es decir, la posibilidad de realizar inversiones en el bien arrendado por el arrendatario ya estaba prevista en el contrato inicial y también estaba previsto renegociar la opción de compra), y que lo que ha habido ha sido un error en la calificación inicial del mismo por parte del arrendatario.

Hipótesis 3:

Se sabe que no ha habido ningún cambio en las condiciones iniciales ni tampoco ningún error en la calificación dada inicialmente por el arrendatario al contrato. La sociedad arrendataria (Sonic, SA) simplemente ha decidido ahora que va a ejercitar la opción de compra, puesto que, debido a las inversiones realizadas a su costa en el bien inmueble, es una buena operación a tenor del valor de la opción de compra señalado.

Suponer, para todas las hipótesis, que el tipo de interés se mantiene constante a lo largo de toda la vida del contrato y que el tipo de gravamen del impuesto sobre el valor añadido (IVA) es del 21 %.

Solución

Contablemente la operación se contabilizó al tipo de interés efectivo según preceptúa la NRV 9.^a, «Instrumentos financieros», del PGC sobre:

Vemos que, al no haber ningún gasto en la constitución del contrato, el tipo de interés explícito que nos facilita el enunciado cuadra perfectamente con el tipo de interés efectivo, y de la actualización de las 8 cuotas de 1.600.000 euros más la opción de compra, obtenemos el valor razonable (al contado) del bien inmueble en el momento de la firma del contrato (1 de enero de 20X1):

$$1.600.000 \times \frac{1 - (1 + 0,06)^{-8}}{0,06} + \frac{102.530}{1,06^8} = 10.000.000 \text{ euros}$$

Entramos ahora a analizar cada una de las diferentes hipótesis que plantea el enunciado:

Hipótesis 1:

En este caso, al haber habido una modificación del contrato de arrendamiento inicial permitiendo a partir del año 3 realizar inversiones al arrendatario para aumentar el valor del bien

arrendado, se considera que existe un nuevo arrendamiento durante el plazo restante del contrato, atendiendo a las nuevas circunstancias modificadas.

Por lo tanto, hay que establecer la nueva equivalencia financiera a 31 de diciembre de 20X3, que quedará de la siguiente manera:

$$\text{Valor actual (VA)} = \text{Cuota}' \times \frac{1 - (1 + i)^{-5}}{i} + \frac{50.000}{(1 + i)^{-5}}$$

Conocemos todos los datos de la ecuación, excepto la nueva cuota (Cuota'), que pasamos a calcular, despejando:

$$6.816.400 = \text{Cuota}' \times \frac{1 - (1 + 0,06)^{-5}}{0,06} + \frac{50.000}{(1 + 0,06)^5}$$

$$\text{Cuota}' = 1.609.319 \text{ euros}$$

El nuevo cuadro de amortización pasaría a ser el siguiente (a partir del final del año 20X3 o principios del año 20X4):

Fecha	Intereses	Capital amortizado	Cuota	Deuda pendiente
31-12-20X3				6.816.400
31-12-20X4	408.984	1.200.335	1.609.319	5.616.065
31-12-20X5	336.963,90	1.272.355,10	1.609.319	4.343.709,89
31-12-20X6	260.622,59	1.348.696,41	1.609.319	2.995.013,48
31-12-20X7	179.700,81	1.429.618,19	1.609.319	1.565.395,29
31-12-20X8	93.923,72	1.515.395,29	1.609.319	50.000

Así, el registro contable será en función de un nuevo contrato de *leasing*, en el cual se estima que se va a ejercer la opción de compra, según el cuadro anterior:

Código	Cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	6.816.400	
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		1.200.335



Código	Cuenta	Debe	Haber
▶			
174	Acreeedores por arrendamiento financiero a largo plazo		5.616.065

A partir de aquí como en cualquier contrato catalogado de arrendamiento financiero (*leasing*), el arrendatario (Sonic, SA), aunque jurídicamente no sea el propietario del bien, irá amortizando la deuda, devengando los intereses y amortizando la construcción en función de su vida útil prevista.

Hipótesis 2:

En este caso hubo un error en la calificación inicial por parte de Sonic, SA y habrá que aplicar, por lo tanto, la NRV 22.^a del PGC y corregir ese error de forma retroactiva utilizando para ello las reservas.

Se modificará retrospectivamente calculando su efecto desde el periodo más antiguo del que se disponga información (en este caso tenemos información desde el inicio del contrato), debiendo incluirse el detalle (desgloses) en la memoria de las cuentas anuales.

Por lo tanto, el cuadro de amortización no varía respecto al facilitado por el enunciado del caso práctico, y la contabilización con efectos retroactivos conllevaría el siguiente asiento de corrección del error:

Código	Cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	10.000.000	
524	Acreeedores por arrendamiento financiero a corto plazo		1.191.016
174	Acreeedores por arrendamiento financiero a largo plazo		5.625.384
11-	Reservas		3.183.600

También habría que corregir con efectos retroactivos, con cargo a reservas, las amortizaciones correspondientes a los años 20X1 al 20X3, ambos inclusive.

Hipótesis 3:

En este caso, Sonic, SA no ha cometido ningún error en la valoración o calificación inicial del contrato de arrendamiento, sino que tan solo ha habido un cambio de estimación por el arrendatario debido a las fuertes inversiones que ha realizado a su costa en el bien arrendado y a la deferencia por parte del arrendador de reducir el coste de la opción de compra.

Por lo tanto, no se cambiará de criterio y se sigue contabilizando el contrato como arrendamiento operativo.

En el momento en que se produzca la incorporación de los activos al patrimonio de la empresa se valorará inicialmente por su coste (importe pagado por el ejercicio de la opción de compra más cualquier gasto adicional que pudiera devengarse), debiendo informar asimismo en la memoria de las cuentas anuales.

Por lo tanto, entre el año 20X4 y el 20X8 se contabilizará el arrendamiento operativo como un gasto a la cuenta 621, «Arrendamientos y cánones», devengándose el IVA por prestación de servicios en ese momento y soportándolo Sonic, SA que lo llevará a la cuenta 472, «Hacienda Pública, IVA soportado» (suponemos que es 100 % deducible. Si no lo fuera, se incrementaría el saldo de la cuenta 621 en la parte no deducible a tenor de la NRV 12.ª del PGC).

A 31 de diciembre de 20X4:

Código	Cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	1.191.016	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	250.113,36	
57-	Tesorería		1.441.129,36

A 31 de diciembre de 20X5:

Código	Cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	1.262.476,96	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	265.120,16	
57-	Tesorería		1.527.597,12

Se procederá de igual modo, con sus respectivos importes, a finales de los años 20X6, 20X7 y 20X8, y también, a 31 de diciembre de 20X8, se dará de alta la construcción por el importe de la opción de compra y los gastos adicionales si los hubiese (en este caso no los hay), pasándose a amortizar el bien por Sonic, SA, a partir de ese momento en el tiempo que reste de vida útil.

Por lo tanto, a 31 de diciembre de 20X8, por la incorporación del activo al patrimonio de Sonic, SA por el importe del ejercicio de la opción de compra:

Código	Cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	50.000	





Código	Cuenta	Debe	Haber
▶			
472	Hacienda Pública, IVA soportado	10.500	
57-	Tesorería		60.500

A partir de aquí, se amortizará el activo por Sonic, SA, empezando el 31 de diciembre de 20X9 por el tiempo que reste de vida útil estimada, y, tras ajustar el IVA soportado (considerado 100 % deducible) a la prorrata definitiva del año 20X8 (si difiriese del 100%), habría que regularizar el IVA soportado deducible durante los años 20X9 a 20X17, salvo transmisión anterior, todo ello en aplicación de los artículos 107 al 109 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA.

Coste amortizado y clasificación en corriente o no corriente de un préstamo

Análisis de la consulta 1 del BOICAC 121, de mayo de 2020

Ángel González García

Profesor del CEF.-

Extracto

- I Sobre el coste amortizado y clasificación en corriente o no corriente de un préstamo.

Consulta 1

Sobre la aplicación del criterio del coste amortizado y la clasificación entre corriente y no corriente de un préstamo obtenido de una entidad financiera.

Respuesta

El consultante ha recibido un préstamo de una entidad bancaria el 20 de octubre de 20X0 por importe de 100.000 euros con devolución en 7 años, carencia de capital los 3 primeros años y 4 cuotas anuales constantes, a un tipo de interés fijo más una comisión de apertura. Se pregunta qué parte del pasivo total relativo al préstamo a 31 de diciembre de 20X0 es corriente y qué parte es no corriente, considerando que la empresa aplica el Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

Adicionalmente, se pregunta qué información habría que aportar en el apartado 9.2.1 a) a2) del modelo normal de la memoria y si en el apartado 9.2.1 d) habría que informar en todo caso de los importes a reembolsar.

De acuerdo con la definición sobre el criterio del coste amortizado incluida en la Primera Parte, «Marco Conceptual de la Contabilidad», del PGC:

El coste amortizado de un instrumento financiero es el importe en el que inicialmente fue valorado un activo financiero o un pasivo financiero, menos los reembolsos de principal que se hubieran producido, más o menos, según proceda, la parte imputa-

da en la cuenta de pérdidas y ganancias, mediante la utilización del método del tipo de interés efectivo, de la diferencia entre el importe inicial y el valor de reembolso en el vencimiento y, para el caso de los activos financieros, menos cualquier reducción de valor por deterioro que hubiera sido reconocida, ya sea directamente como una disminución del importe del activo o mediante una cuenta correctora de su valor.

El tipo de interés efectivo es el tipo de actualización que iguala el valor en libros de un instrumento financiero con los flujos de efectivo estimados a lo largo de la vida esperada del instrumento, a partir de sus condiciones contractuales y sin considerar las pérdidas por riesgo de crédito futuras; en su cálculo se incluirán las comisiones financieras que se carguen por adelantado en la concesión de financiación.

Si bien el tipo de interés efectivo incluye tanto los intereses explícitos como implícitos, los intereses explícitos se imputan en la cuenta 527, «Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito», y los intereses implícitos se recogen en la cuenta que representa la deuda, en este caso la cuenta 170, «Deudas a largo plazo con entidades de crédito»; así se deduce de lo establecido para ambas cuentas en la Quinta Parte, «Definiciones y Relaciones Contables», del PGC.

En este sentido, respecto a la cuenta 170, «Deudas a largo plazo con entidades de crédito», se indica que incluye:

Las contraídas con entidades de crédito por préstamos recibidos y otros débitos, con vencimiento superior a un año. Su movimiento es el siguiente:

a) Se abonará:

a1) A la formalización de la deuda o préstamo, por el importe recibido, minorado en los costes de la transacción, con cargo, generalmente, a cuentas del subgrupo 57.

a2) Por el gasto financiero devengado hasta alcanzar el valor de reembolso de la deuda, con cargo, generalmente, a la cuenta 662. [...]

Por su parte, en la cuenta 527, «Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito», se recogen:

Intereses a pagar, con vencimiento a corto plazo, de deudas con entidades de crédito. Su movimiento es el siguiente:

a) Se abonará por el importe de los intereses explícitos devengados durante el ejercicio, incluidos los no vencidos, con cargo a la cuenta 662. [...]

Es decir, en el caso propuesto por el consultante el coste amortizado del préstamo al cierre del ejercicio es el importe inicial del préstamo, menos los gastos iniciales, más los

intereses implícitos devengados imputados a la cuenta de pérdidas y ganancias aplicando el tipo de interés efectivo.

El pasivo no corriente a 31 de diciembre de 20X0 es la deuda que vence a un plazo superior a un año y que está constituido por el importe recibido menos los costes de transacción, más los intereses implícitos devengados, y el pasivo corriente incluirá los intereses explícitos devengados y no vencidos.

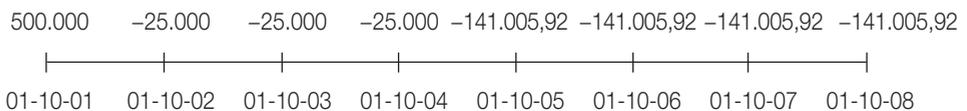
Es decir, en el caso que nos ocupa, el coste amortizado lo constituye el importe recogido en la cuenta 170, siguiendo la definición del PGC. Pero el valor en libros del pasivo debe incluir tanto el coste amortizado como el interés explícito devengado y no vencido, estando este último recogido en la cuenta 527.

En el cuadro incluido en el apartado 9.2.1.a.2) de la memoria, en la categoría «Débitos y partidas a pagar» y en la clase «Deudas con entidades de crédito», se mostrará como deuda a largo plazo el importe inicial menos los gastos de transacción más los intereses implícitos devengados y no vencidos y como deuda a corto plazo los intereses explícitos devengados y no vencidos.

Y en el apartado 9.2.1.d), «Clasificación por vencimientos», se deberá informar de los importes que venzan en cada uno de los 5 años siguientes al cierre del ejercicio y del resto hasta su último vencimiento. Por lo tanto, en principio, la empresa deberá incluir el importe de la anualidad (intereses y principal) que venza en ese periodo.

Ejemplo

La sociedad Turuñuelo ha solicitado el día 1 de octubre del año 1 un préstamo al Banco del país por importe de 500.000 euros a un plazo de 7 años, con 3 años de carencia de principal, durante los cuales solo paga intereses del préstamo, y 4 pagos anuales de 141.005,92 euros. El esquema de los pagos es el siguiente:



En el momento inicial ha tenido los siguientes pagos relacionados con el préstamo:

- Honorarios de abogados externos y notarios: 10.000.
- Impuestos autonómicos: 12.936,5.
- El personal del departamento financiero interno ha dedicado parte de su tiempo a la gestión de la financiación, estimándose unos costes de 7.000 en esta operación.

La consulta versa sobre la aplicación del criterio del coste amortizado a un préstamo con carencia y gastos iniciales y sobre el importe que debe figurar como corto plazo y largo plazo.

La definición del coste amortizado del Marco conceptual señala a este como «el importe en el que inicialmente fue valorado un activo financiero o un pasivo financiero».

Para determinar la inclusión de los gastos que forman parte del coste amortizado, nos remitimos al artículo 6 de la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 5 de marzo de 2019 por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros, donde se señala que:

Los gastos de emisión de un pasivo financiero se reconocerán como un ajuste en el valor inicial del pasivo de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.

A estos efectos se califican como gastos de emisión los gastos incrementales relacionados con la creación del pasivo financiero. Entre otros se incluyen: los honorarios y las comisiones pagadas a agentes, asesores e intermediarios, tales como los de corretaje, los gastos de intervención de fedatario público y otros, así como los impuestos y otros derechos que recaigan sobre la transacción.

Y se excluyen: las primas o descuentos de la emisión, los gastos financieros, los gastos de mantenimiento y los gastos administrativos internos.

En nuestro caso, los gastos de honorarios de abogados y notarios, así como los impuestos autonómicos, los incluiremos como un ajuste a la valoración inicial del pasivo financiero, no así el importe del departamento financiero de la empresa, ya que son gastos administrativos internos y no son incrementales, sino que son un gasto de estructura de la empresa. Los asientos que realizaremos serán:

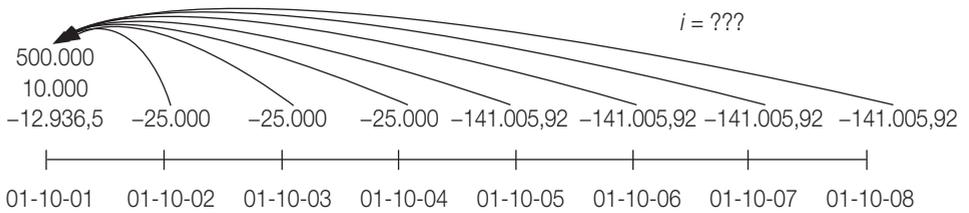
500.000								
10.000								
-12.936,5	-25.000	-25.000	-25.000	-141.005,92	-141.005,92	-141.005,92	-141.005,92	
----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- -----								
01-10-01	01-10-02	01-10-03	01-10-04	01-10-05	01-10-06	01-10-07	01-10-08	

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	500.000	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		500.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito (10.000 + 12.936,5)	22.936,50	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		22.936,50

Como hemos comentado antes, los gastos administrativos internos no afectan a la valoración del pasivo financiero. El esquema de cobros y pagos relacionados con el préstamo es ahora el siguiente.

Para calcular el tipo de interés efectivo de la deuda, igualaremos los pagos y los cobros realizados que tengan que ver con el préstamo.



La ecuación financiera será:

$$500.000 - 10.000 - 12.936,5 = \frac{25.000}{(1+i)^1} + \frac{25.000}{(1+i)^2} + \frac{25.000}{(1+i)^3} + \frac{141.005,92}{(1+i)^4} + \frac{141.005,92}{(1+i)^5} + \frac{141.005,92}{(1+i)^6} + \frac{141.005,92}{(1+i)^7} + \frac{141.005,92}{(1+i)^8}$$

Despejando, obtenemos que el tipo $i = 6\%$.

También podría haberse realizado en Excel mediante la función TIR:

Fecha	Importe
01/10/ año1	477.063,50 €
01/10/ año2	-25.000,00 €
01/10/ año3	-25.000,00 €
01/10/ año4	-25.000,00 €
01/10/ año5	-141.005,92 €
01/10/ año6	-141.005,92 €
01/10/ año7	-141.005,92 €
01/10/ año8	-141.005,92 €

Tipo interés efectivo =TIR(C3:C10)

Argumentos de función TIR:

Valores: C3:C10 = {477063,5;-25000;-25000;-25000;-141005,91630...}

Estimar: = número

Resultado de la fórmula = 6,00%



Una vez que hemos calculado el tipo de interés efectivo, calculamos la nueva tabla del préstamo usando la tabla del tipo de interés efectivo.

Fecha	Cuenta	Intereses	Principal	Coste amortizado
01-10-año1				477.063,50
01-10-año2	25.000	28.623,83	-3.623,83	480.687,33
01-10-año3	25.000	28.841,26	-3.841,26	484.528,60
01-10-año4	25.000	29.071,74	-4.071,74	488.600,34
01-10-año5	141.005,92	29.316,04	111.689,87	376.910,46
01-10-año6	141.005,92	22.614,65	118.391,27	258.519,20
01-10-año7	141.005,92	15.511,16	125.494,75	133.024,44
01-10-año8	141.005,92	7.981,47	133.024,44	0

La columna de intereses la obtenemos multiplicando el coste amortizado al inicio del periodo por el tipo de interés efectivo. Así, para el primer año, mediante la operación de $477.063,50 \times 6\%$. Para el segundo año $480.687,33 \times 6\%$, y así sucesivamente. El importe de principal es la diferencia entre la columna de la cuota y la de intereses.

Los asientos que realizaremos serán:

Por el devengo de los intereses a 31-12-año1:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas ($477.063,50 \times 6\% \times 3/12$)	7.155,96	
527	Intereses a corto plazo con entidades de crédito ($25.000 \times 3/12$)		6.250
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito ($3.623,83 \times 3/12$)		905,96

En el balance al cierre del año 1 aparecerán las siguientes cuentas referentes al préstamo.

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
[...]	[...]	B) PASIVO NO CORRIENTE	



Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
▶			
		Deudas a largo plazo con entidades de crédito (170) (477.063,50 + 905,96)	477.969,46
		C) PASIVO CORRIENTE	
		Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito (527)	6.250

En el apartado 9.2.1 d) de la memoria, donde hay que indicar los vencimientos financieros de los próximos 5 años, el cuadro será:

El detalle de vencimiento de la deuda bancaria es el siguiente:

	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	> 5 años	TOTAL
Deuda bancaria	25.000	25.000	25.000	141.005,92	141.005,92	282.011,83	639.023,67

Los asientos que realizaremos en el año 2 serán:

Por el devengo de los intereses a 1-10-año 2:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (477.063,50 × 6% × 9/12)	21.467,88	
527	Intereses a corto plazo con entidades de crédito (25.000 × 9/12)		18.750
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito (3.623,83 × 9/12)		2.717,88

Por el pago de los intereses a 1-10-año 2:

Código	Cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo con entidades de crédito	25.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		25.000



Por el devengo de los intereses a 31-12-año 2:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (480.687,33 × 6% × 3/12)	7.210,32	
527	Intereses a corto plazo con entidades de crédito (25.000 × 3/12)		6.250
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito (3.841,26 × 3/12)		960,32

En el balance al cierre del año 2 aparecerán las siguientes cuentas referentes al préstamo.

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
[...]	[...]	B) PASIVO NO CORRIENTE	
		Deudas a largo plazo con entidades de crédito (170) (477.063,50 + 905,96 + 960,31)	478.925,77
		C) PASIVO CORRIENTE	
		Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito (527)	6.250

En el apartado 9.2.1 d) de la memoria, donde hay que indicar los vencimientos financieros de los próximos 5 años, el cuadro será:

El detalle de vencimiento de la deuda bancaria es el siguiente:

	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7	> 5 años	TOTAL
Deuda bancaria	25.000	25.000	141.005,92	141.005,92	141.005,92	141.005,92	614.023,67

Puedes descargar el libro de Excel usado en los cálculos financieros en este enlace de drive:

<https://bit.ly/3h3Q0S9>



Tercer ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado (caso práctico de consolidación)

Javier González Sainza

Profesor del CEF.-

(Tercer ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado, convocados por Resolución de 28 de febrero de 2019 [BOE de 2 de marzo]).

Sumario

- I **Caso 1. Consolidación.** Consolidación de una filial extranjera.



Caso práctico núm. 1

Consolidación de una filial extranjera

A primeros de enero de 20XN la matriz del grupo Oncala, SA invirtió 150.000 pesos (PSS) en la compra de la totalidad del capital de una empresa latinoamericana, de nombre Foránea, cuyo objeto social es la distribución de productos de consumo en el país donde operaba. En ese momento, el capital social y los activos identificables netos de la nueva filial tenían un valor de 110.000 PSS, y la diferencia se contabilizó como fondo de comercio, con una vida útil de 10 años.

Unos días más tarde, Oncala traspasó a Foránea un local comercial que poseía en la ciudad del país donde estaba la sede social de la filial por un precio de 25.000 PSS (2.000 EUR), anotándose un beneficio del 30 % de esa cantidad. El local comercial tiene una vida útil de 20 años, y se amortiza linealmente (sin valor residual). El importe del local se consideró un préstamo a la filial a largo plazo, con un interés del 12 % anual, de cuyo principal no se ha devuelto todavía nada, aunque sí se han satisfecho los intereses del año.

Los estados financieros de Foránea, correspondientes al ejercicio 20XN, y cerrados el 31 de diciembre de ese año, son los recogidos a continuación:

Balance de situación

Activo	PSS
Inmovilizado material	90.000
Amortización acumulada inmovilizado material	(5.000)
Existencias comerciales	20.000
Deudores comerciales	30.000
Efectivo	21.200
Total activo	156.200

Patrimonio neto y pasivo	PSS
Capital social	110.000
Diferencia de conversión	–
Pérdidas y ganancias	11.200
Préstamos a largo plazo (intragrupo)	25.000
Acreedores comerciales	10.000
Total patrimonio neto y pasivo	156.200

Cuenta de pérdidas y ganancias

	PSS
Ingresos por ventas	90.000
Aprovisionamientos	(55.000)
• Compras	60.000
• Aumento de existencias	–5.000
Otros gastos de explotación	(13.800)
Amortizaciones	(5.000)
Resultado de la explotación	16.200
Intereses	(3.000)
Resultado antes de impuestos	13.200
Gasto por impuestos	(2.000)
Resultado del ejercicio	11.200

Las compras de Foránea se han hecho a la matriz en un 50 % del importe anual, de forma que los inventarios finales proceden en esa misma proporción de compraventas intragrupo, que se realizan al coste más un margen de beneficio del 25 %. La filial debe todavía a la matriz la décima parte de las compras que le ha suministrado en el ejercicio.

El cambio inicial (1 de enero de 20XN) fue de 0,08 EUR/PSS y el cambio final (31 de enero de 20XN) de 0,07 EUR/PSS. El cambio medio del ejercicio ha sido de 0,075 EUR/PSS.



Se pide:

Obviando cualquier impuesto diferido:

1. Homogeneización: convertir el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias a euros (EUR), como operación previa a las eliminaciones posteriores de la consolidación, determinando las diferencias de conversión resultantes, sabiendo que la matriz utiliza el método inversión neta/cambio de cierre (por coherencia, en este método se convierte la cuenta de resultados aplicando el cambio medio a todas las partidas, salvo a las amortizaciones y los impuestos a pagar, para las que se usa el cambio de cierre).
2. Eliminación inversión-patrimonio neto: asientos que corresponden al ajuste para eliminar la inversión en la matriz con los fondos propios iniciales de la filial, en las cuentas consolidadas de 20XN, teniendo en cuenta que el fondo de comercio debe ser amortizado linealmente a lo largo de su vida útil.
3. Resto de eliminaciones que afectan a la cuenta de resultados y al balance de situación, para eliminar resultados no realizados, anular ingresos con gastos o créditos con débitos entre Foránea y su grupo, utilizando exclusivamente los datos ofrecidos en el enunciado. Los cálculos deben ser justificados.

Nota: Se ha incorporado una hoja de trabajo con los modelos de balance y cuenta de resultados con el fin de facilitar la presentación de las respuestas al supuesto.

Solución

Hipótesis de trabajo: las amortizaciones de las plusvalías y de los márgenes internos generarán diferencias de conversión al haberse considerado al tipo de cambio promedio, a diferencia de lo que ocurre con la homogeneización de la moneda de presentación en pérdidas y ganancias y en la determinación del tipo de cambio histórico en el patrimonio neto.

Homogeneización: conversión de estados financieros de Foránea a 31 de diciembre de 20XN

Activo	PSS	Tipo cambio	Euros
Inmovilizado material	82.500	0,0700	5.775





Activo	PSS	Tipo cambio	Euros
▶			
Margen local comercial interco.	7.500	0,0800	600
Amortización acumulada inmovilizado material	-4.625	0,0700	-323,75
Amortización acumulada margen local comercial interco.	-375	0,0800	-30
Existencias comerciales	18.000	0,0700	1.260
Margen existencias interco.	2.000	0,0750	150
Deudores comerciales	30.000	0,0700	2.100
Efectivo	21.200	0,0700	1.484
Total activo	156.200	0,0750	11.015,25

Patrimonio neto y pasivo	PSS	Tipo cambio	Euros
Capital social	110.000	0,080	8.800
Diferencia de conversión			-1.106
Pérdidas y ganancias	11.200	0,078	871,25
Préstamos a largo plazo (intragrupa)	25.000	0,070	1.750
Acreedores comerciales	10.000	0,070	700
Total patrimonio neto y pasivo	156.200	0,070	11.015,25

Cuenta de pérdidas y ganancias Foránea ejercicio 20XN

	PSS	Tipo cambio	Euros
Ingresos por ventas	90.000	0,075	6.750
Aprovisionamientos	-55.000	0,075	-4.125





	PSS	Tipo cambio	Euros
▶			
Compras	60.000	0,075	4.500
Aumento existencias	-5.000	0,075	-375
Otros gastos de explotación	-13.800	0,075	-1.035
Amortizaciones	-5.000	0,071(1)	-353,75
Resultado de explotación	16.200		1.236,25
Intereses	-3.000	0,075	-225
Resultado antes de impuestos	13.200	0,075	1.011,25
Gastos por impuestos	-2.000	0,070	-140
Resultado del ejercicio	11.200	0,078	871,25

(1) $375 \times 7,5\% + 4.625 \times 92,5\%$.

Se ha aplicado la norma 18 de las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas (NOFCAC) del Real Decreto 1159/2010 para la homogeneización de las operaciones entre empresas del grupo, aplicando tanto al margen implícito en el local comercial como a la amortización de dicho margen el tipo de cambio vigente en la fecha de la transacción. Igual proceder se ha seguido con el margen incorporado en las existencias finales de la compradora del grupo, aplicándosele el tipo de cambio promedio.

Cálculo de la diferencia de conversión en la fecha de consolidación, como consecuencia de los ajustes de homogeneización

(+) a) Total activos a tipo de cambio cierre	11.015,25
(-) b) Total pasivos a tipo de cambio cierre	-2.450
(=) c) Total activos netos a 31-12-20XN	8.565,25
d) Patrimonio neto a tipo de cambio histórico (sin diferencia de conversión) 31-12-20XN	9.671,25
(=) e) [c) - d)] Diferencia de conversión a 31-12-20XN	-1.106

0. Por el cálculo de la diferencia de primera consolidación en Foránea

	PSS	Tipo de cambio histórico	Euros
(+) Contraprestación transferida	150.000	0,08	12.000
(-) 100 % s/Valor razonable AIN pasivos	110.000	0,08	8.800
(=) Diferencia de primera consolidación fondo de comercio de consolidación	40.000	0,08	3.200

El fondo de comercio de consolidación calculado pertenece a la sociedad adquirida, pero está reconocido en el porcentaje que ha pagado el grupo por ella. Por ello, la diferencia de conversión por la amortización de dicho activo se atribuye a Oncala de forma directa e íntegramente.

1. Por la amortización a la fecha de consolidación, esto es, 31 de diciembre de 20XN, del fondo de comercio de consolidación en Foránea

Ajuste en balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Resultado del ejercicio (Oncala) $(0,075 \times 40.000 \times 10\%)$	300	
Diferencia conversión (Oncala) $[10\% \times 40.000 \times (0,075 - 0,07)]$		20
Amortización acumulada inmovilizado intangible (fondo de comercio de consolidación) $(0,07 \times 40.000 \times 10\%)$		280

Nota: El gasto por amortización se ha convertido al tipo de cambio promedio (histórico en el que se ha producido) mientras la amortización está a tipo de cambio de cierre.

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
Amortización inmovilizado intangible	300	
Saldo de pérdidas y ganancias (Oncala)		300

2. Por el diferimiento del margen interno de la operación de las construcciones (local comercial), eliminando el margen interno incorporado a dichas construcciones, que fue recalculado durante el proceso de homogeneización a la moneda de presentación de estados financieros consolidados, conforme al artículo 18 de las NOFCAC

Ajuste en balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Resultado del ejercicio (Oncala) $(0,08 \times 25.000 \times 30\%)$	600	
Construcciones (local comercial)		600

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
Beneficio procedente del inmovilizado material	600	
Saldo de pérdidas y ganancias (Oncala)		600

- 2.1. Por la realización parcial del margen diferido y sobre amortización del elemento patrimonial que incorpora el margen interno, en este caso, las construcciones (local comercial), también al tipo de cambio histórico de 0,08 EUR/PSS, ajustado dicho margen conforme al artículo 18 de las NOFCAC y de forma coherente a lo mismo que se ha realizado en el apartado 2

Ajuste en balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Amortización acumulada del inmovilizado material (construcciones/local comercial) $[(30\% \times 25.000) \times 0,08/20 \times 1]$	30	
Resultado del ejercicio (Oncala)		30

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
Saldo de pérdidas y ganancias (Oncala)	30	
Amortización del inmovilizado material (construcciones)		30

Nota: Se ha convertido a tipo de cambio promedio, las de pérdidas y ganancias homogeneizadas están al cierre (no igual al convertido en la amortización de las pérdidas y ganancias).

3. Por la reclasificación del efecto de tipo de cambio sobre el crédito en empresas del grupo derivado de la operación intragrupo por tratarse de una inversión neta en el extranjero

Se ajusta el efecto de la transacción en moneda extranjera, reconocido en cuentas individuales de la matriz Oncala, de la partida monetaria por operaciones entre empresas del grupo (art. 64.2).

Ajuste en balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Diferencia conversión (Oncala) $[25.000 \times (0,07 - 0,08)]$	250	
Resultado del ejercicio (Oncala)		250

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
Saldo de pérdidas y ganancias (Oncala) $[25.000 \times (0,07 - 0,08)]$	250	
Diferencias negativas de cambio		250

La reclasificación de las diferencias de tipo de cambio en pérdidas y ganancias de Foránea como consecuencia de considerar el crédito (partida monetaria al coste) una inversión neta de un negocio en el extranjero implica:

- a) Evolución del pasivo en el proceso de homogeneización a la moneda de presentación:
 - Importe en el que se reducirá la deuda: $-250 [25.000 \text{ m.f.} \times (0,07 - 0,08) \text{ m.p./m.f.}]$.
 - Incremento partida diferencia de conversión (Foránea): 250 (contribuye a incrementar el patrimonio neto).
- b) Por su parte, el crédito con el grupo, al depreciarse la moneda funcional extranjera, implica una diferencia negativa de tipo de cambio (678) en el mismo importe, como transacción en moneda extranjera aplicando la norma de registro y valoración 11.^a del Real Decreto 1514/2007:



- Diferencia negativa de tipo de cambio (678) en pérdidas y ganancias: -250 [25.000 m.f. \times (0,07 - 0,08) m.p/m.f.].

Se reclasificará a diferencia de conversión, la diferencia de tipo de cambio derivada del crédito. El motivo de la reclasificación de diferencia de tipo de cambio a diferencia de conversión es porque se considera una inversión neta de un negocio en el extranjero al no tener el crédito/deuda una fecha de vencimiento preestablecida.

4. Por el crédito/débito recíproco de principal e intereses, a tipo de cambio de cierre

Ajuste balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Provisión del inmovilizado a largo plazo, empresa grupo Oncala (Foránea) (préstamos a largo plazo) [25.000 PSS \times 0,07 (EUR/PSS)]	1.750	
Crédito por enajenación inmovilizado, empresa grupo Foránea (Oncala)		1.750

Ajuste por pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste de consolidación		

5. Por los intereses al 12% anual, pagados a fin de año y no pendiente de cobro-pago

Ajuste balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste de consolidación		

Ajuste por pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
Ingresos financieros (12% \times 25.000 PSS \times 0,075 EUR/PSS)	225	
Gastos financieros		225

6. Por las compras/ventas intragrupo de la matriz a la filial (mitad de las ventas totales) al contado

Ajuste en balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Proveedores, empresas del grupo, Oncala (Foránea) ($10\% \times 50\% \times 60.000 \times 0,07$)	210	
Clientes, empresas del grupo, Foránea (Oncala)		210

Ajuste por pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
Ingresos por ventas ($60.000 \times 50\% \times 0,075$)	2.250	
Gastos por compras		2.250

La operación intragrupo genera una partida monetaria entre empresas. La misma habrá generado unas diferencias de tipo de cambio en moneda extranjera en la sociedad vendedora intragrupo. Dicho efecto de tipo de cambio en pérdidas y ganancias se considera realizado conforme artículo 63. Al tratarse de una partida monetaria, no se compensa con las diferencias de conversión que haya podido generar la filial con sus deudas en su proceso de homogeneización con la conversión de los estados financieros de la moneda funcional a la moneda de presentación.

- 6.1. Por las existencias finales sobrevaloradas y diferimiento del margen interno en las mismas

Ajuste en balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Resultado del ejercicio Foránea { $(30.000/1,25 \times 0,25) \times [(50\% \times 20.000/30.000) \times 0,075]$ }	150	
Existencias [$30.000/1,25 \times 0,25 \times 10/30 \times (0,075)$]		150

Se han convertido al tipo de cambio promedio como consecuencia del ajuste por homogeneización de la moneda funcional PSS a la moneda de presentación, EUR, en el mar-



gen interno de la operación previo a la agregación de los estados financieros de la filial a 31 de diciembre de 20XN.

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
Variación existencias	150	
Saldo de pérdidas y ganancias (Foránea)		150

7. Asiento de eliminación inversión en Foránea (Oncala)-patrimonio neto Foránea

Patrimonio neto de la filial Foránea a 31 de diciembre de 20XN

	Agregado	Ajuste	Agregado ajustado
Capital social	8.800	0	8.800
Diferencia de conversión	-1.106	0	-1.106
Pérdidas y ganancias	871,25	0	871,25

7.1. Asiento de eliminación inversión-patrimonio neto de primera consolidación, incluyendo el fondo de comercio de consolidación a tipo de cambio histórico (con el ajuste en 7.2 se quedará a tipo de cambio de cierre, como el resto de los activos en el consolidado)

Ajuste en balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Capital social (Foránea) (110.000 PSS × 0,08 EUR/PSS)	8.800	
Fondo de comercio de consolidación en Foránea (40.000 PSS × 0,08 EUR/PSS)	3.200	
Participación en Foránea (Oncala) (150.000 PSS × 0,08 EUR/PSS)		12.000

7.2. Diferencia de conversión provocada por el fondo de comercio de consolidación en Foránea por el importe bruto en la fecha de adquisición teniendo en cuenta la evolución del tipo de cambio de 0,08 a 0,07 EUR/PSS

Ajuste en balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Diferencia de conversión (Oncala) $[40.000 \text{ PSS} \times (0,08 - 0,07) \text{ EUR/PSS}]$	400	
Fondo de comercio de consolidación en Foránea $[40.000 \text{ PSS} \times (0,07 - 0,08) \text{ EUR/PSS}]$		400

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste de consolidación		

7.3. Por las evoluciones de patrimonio neto con posterioridad a la fecha de adquisición: diferencias de conversión de la filial, así como resultado del ejercicio

Ajuste en balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Diferencias de conversión en sociedades consolidadas en Foránea	1.106	
Diferencias de conversión (Foránea)		1.106

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
No procede ajuste de consolidación		

7.4. Por la atribución de resultado del ejercicio generado durante el ejercicio 20XN

Ajuste en balance de situación agregado:

Concepto	Debe	Haber
Resultado del ejercicio Foránea	871,25	





Concepto	Debe	Haber
▶		
Resultado del ejercicio atribuido a Oncala en Foránea		871,25

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Concepto	Debe	Haber
Saldo de pérdidas y ganancias atribuida a Oncala en Foránea	871,25	
Saldo de pérdidas y ganancias (Foránea)		871,25

Normas de publicación

La *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF (RCyT. CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9540 (en versión impresa) e ISSN-e: 2531-2138 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a los estudiosos y profesionales de las materias conectadas con las áreas tributaria y contable del Derecho que pretende ser un medio al servicio de aquellos que, a través de sus trabajos de investigación y opinión, desean ofrecer al lector su aportación doctrinal o profesional sobre temas controvertidos y de interés.

La *RCyT. CEF* tiene una periodicidad mensual e incluye estudios de naturaleza académica de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Contabilidad y Tributación. También incluye artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales y doctrinales de actualidad tributaria y contable más relevantes. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica tributaria y contable.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del/de la autor/a del trabajo seguidos de un guión y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: EDT (estudios doctrinales tributarios), EDC (estudios doctrinales contables), AJDT (análisis jurisprudencial y doctrinal tributario), ADC (análisis doctrinal contable), EPT (estudios profesionales tributarios), EPC (estudios profesionales contables), CPT (caso práctico tributario) o CPC (caso práctico contable).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Análisis jurisprudencial y doctrinal») han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5), en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
 - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2...).

El análisis jurisprudencial y doctrinal ha de estar encabezado por:

- Título en español.
- Extracto de no más de 20 líneas en español.
- Estructura: 1. Supuesto de hecho, 2. Doctrina del tribunal, y 3. Comentario crítico (se trata de un análisis crítico y no descriptivo. Tiene que ser más del 60% del total), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2...) en el caso de que fuera necesario.

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Estudios doctrinales tributarios o contables: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Análisis jurisprudencial y doctrinal tributario o contable: mínimo 5 y máximo 10 páginas.
 - Estudios profesionales tributarios o contables: máximo 25 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 25 páginas.
4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>). Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto. No se utilizará letra cursiva para las citas. Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>>.
6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo. No ocuparán más de 3 páginas. Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.ª ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>>.
7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios por el/los autor/es o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada al/a los autor/es.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.

CEF.- Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea

INICIO
Preparación
en octubre
de 2020

CEF.-

MATRÍCULA
ABIERTA



MÁSTERES Y CURSOS

MADRID | BARCELONA | VALENCIA | TELEPRESENCIAL | ONLINE

ÁREAS DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Máster en Auditoría de Cuentas | Máster en Dirección Económico-Financiera |
Máster en Dirección y Gestión Contable | Doble Máster en Práctica de la
Abogacía y Tributación/Asesoría Fiscal | Máster en Asesoría de Empresas |
Máster en Tributación/Asesoría Fiscal | Curso Superior de Tributación |
Curso de Contabilidad Avanzada | Curso de Contabilidad Práctica |
Curso de Inglés para Negocios One 2 One | Curso de Excel Aplicado a la
Gestión Empresarial y Financiera | Curso de Gestoría Fiscal, Laboral y Contable |
Curso sobre Contabilidad Fiscal: Impuesto sobre Sociedades e IVA | Curso de
Perfeccionamiento y Actualización Tributaria | Curso de Tributación Práctica |
Curso del Impuesto sobre Sociedades | Curso sobre el Impuesto sobre el Valor
Añadido-IVA | Curso sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas-IRPF

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es