

Contabilidad y Tributación. CEF



Revista mensual núm. 452 | Noviembre 2020

ISSN: 1138-9540

Responsabilidad civil ex delicto fiscal

Nuria Puebla Agramunt

La administración de justicia tributaria en España

José Andrés Rozas

Beneficiario efectivo: tendencias tras las sentencias danesas del TJUE y el caso Colgate

Adolfo Martín Jiménez

IRPF: Despido improcedente de empleados cercanos a la jubilación

Carmen Banacloche Palao

Transparencia y discrecionalidad en las provisiones bancarias

Felix J. López-Iturriaga, Jorge Gallud Cano y
Óscar López de Foronda Pérez

Los honorarios de los auditores para las pymes en tiempos de crisis

Francisco Javier López-Corrales y
M.^a Áurea Pedrosa Rodríguez

Descubre nuestras novedades editoriales de las áreas de contabilidad y tributación

Manual práctico de fiscalidad (parte general)



Pablo Chico de la Cámara

978-84-454-4086-5

2020 (2.ª ed.)

512 págs.

30 € (papel)

Constituye una guía muy útil, redactada de forma clara, de los distintos aspectos sustantivos (derivados de la cuantificación de la deuda y conceptos devengados como consecuencia del incumplimiento de pago) y procedimentales (liquidación, comprobación e inspección, sanciones y delito fiscal, así como revisión) de los tributos. Además, este manual está enriquecido con numerosos ejemplos y casos prácticos resueltos para la mejor comprensión de esta materia tan compleja.

Impuesto sobre el valor añadido. Comentarios y casos prácticos. 2020 (2 volúmenes)



Antonio Longás Lafuente

978-84-454-3004-0

2020 (10.ª ed.)

2.224 págs.

127,50 € (papel)

Este manual, dividido en dos volúmenes, proporciona una visión didáctica y práctica de la mayoría de las cuestiones relevantes que afectan al IVA. Además del sentido práctico y didáctico que impregna el contenido de los distintos capítulos (puesto de manifiesto tanto en las explicaciones teóricas como en los continuos ejemplos), debemos también destacar que se recogen las últimas novedades legislativas, tanto a nivel nacional como de la Unión Europea, así como la mención de las más importantes consultas de la DGT, resoluciones del TEAC y sentencias de los distintos tribunales.

Manual de contabilidad pública. Adaptado al Plan de Cuentas de la Administración local (Incluye casos prácticos)



*Lourdes Torres Pradas,
Vicente Pina Martínez*

978-84-454-4072-8

2020 (8.ª ed.)

400 págs.

30,20 € (papel)

Este manual es ante todo un libro docente pensado para facilitar al lector el aprendizaje de la contabilidad pública. Tras la revisión de los principios y normas de contabilidad pública generalmente aceptados, se aborda de forma temática la contabilización del presupuesto de gastos y del presupuesto de ingresos, el tratamiento contable del inmovilizado no financiero y financiero, el endeudamiento, las operaciones no presupuestarias, los gastos con financiación afectada y la presentación de las cuentas anuales, así como el marco legal de la contabilidad pública en España, la interpretación de las cuentas anuales y los aspectos más relevantes de la auditoría pública.

Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

Núm. 452 | Noviembre 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

La exigencia de la llamada responsabilidad civil *ex delicto* fiscal por la Agencia Tributaria 5-34

The requirement of civil liability derived from tax crime by the tax agency

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2020

Nuria Puebla Agramunt

La administración de la justicia tributaria en España 35-74

Justice tax administration in Spain

José Andrés Rozas

Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y «sentencias danesas» del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso *Colgate*) 75-124

Beneficial owner, GAARs, EU directives, double tax treaties and the «Danish judgments» of the CJEU: how to put the jigsaw together (perhaps with the Colgate case) and avoid conflicts and legal uncertainty

Adolfo Martín Jiménez

Análisis doctrinal y jurisprudencial

El derecho a tasación pericial contradictoria cuando la Administración valora la base imponible del ICIO atendiendo a los precios medios de los colegios profesionales (Análisis de la STS de 3 de junio de 2020, rec. núm. 3067/2017) 125-133

Rosa Fraile Fernández

La necesidad de demostración de la deducibilidad de los gastos, y la de motivación de las decisiones de la inspección (Análisis de la SAN de 21 de noviembre de 2019, rec. núm. 388/2016) 134-143

Pedro Ángel Colao Marín

El despido improcedente de empleados próximos a la jubilación: calificación y sanción (Análisis de la SAN de 19 de febrero de 2020, rec. núm. 485/2017) 144-156

Carmen Banacloche Palao

Contabilidad

Estudios

Las provisiones legales de la banca europea: transparencia, discrecionalidad y buen gobierno 157-192

European banks' legal provisions: disclosure, discretionary behaviour and good corporate governance

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2020

Felix J. López-Iturriaga, Jorge Gallud Cano y Óscar López de Foronda Pérez

Los honorarios de auditoría y la crisis financiera global: evidencia empírica para las pymes españolas 193-230

Audit fees and the global financial crisis: empirical evidence from Spanish SMEs

Francisco Javier López-Corrales y M.^a Áurea Pedrosa Rodríguez

Análisis doctrinal

Capitalización de gastos financieros por una sociedad que gestiona rentas viticias (Análisis de la consulta 2 del BOICAC 121, de mayo de 2020) 231-239

Javier González Sainza

Reparto de un dividendo entre empresas del grupo después de sucesivos cambios de valores (Análisis de la consulta 4 del BOICAC 121, de mayo de 2020) 240-258

Ángel Montes Carrillo

Premio Estudios Financieros 2020, Acto de graduación de la UDIMA 2019-2020 y Acto de graduación del CEF.- 2019-2020 259-270

Normas de publicación 271-272

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>>.



La exigencia de la llamada responsabilidad civil *ex delicto* fiscal por la Agencia Tributaria

Nuria Puebla Agramunt

Doctora en Derecho por la UCM
Máster en Tributación por el CEF-
Abogada del ICAM

Este trabajo ha obtenido un accésit del **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

En el fallo de una sentencia judicial de condena por delito contra la Hacienda Pública, se puede disponer una pena de privación de libertad, una pena pecuniaria y una obligación de pago de la cantidad defraudada. A esta última se la ha venido denominando «responsabilidad civil *ex delicto*», a pesar de que no es pacífico que ostente tal carácter. En este trabajo se estudian las diligencias de embargo que, al amparo de la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, está dictando la Agencia Estatal de la Administración Tributaria –como titular de una potestad vicaria de la que ostentan los tribunales de justicia de hacer ejecutar lo juzgado–, para exigir estas cantidades, distintas de las penas. Para esclarecer las posibilidades de recurso que tiene el destinatario de estas diligencias de embargo, se hace preciso dilucidar cuál es su auténtica naturaleza, más allá de su *nomen iuris*, y por ello en este estudio se desentraña la difícil cuestión de si son obligaciones tributarias, que nacen *ex lege*, o si son obligaciones *ex damno*, que nacen de la sentencia penal; y se ponen sobre la mesa las consecuencias muy relevantes, en cuanto a prescripción de la acción para exigir su pago, que cada tesis conlleva.

Palabras clave: responsabilidad civil *ex delicto*; delito fiscal; delito contra la Hacienda Pública; diligencia de embargo; Agencia Tributaria.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020 / Fecha de revisión: 01-10-2020

Cómo citar: Puebla Agramunt, N. (2020). La exigencia de la llamada responsabilidad civil *ex delicto* fiscal por la Agencia Tributaria. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 5-34.



The requirement of civil liability derived from tax crime by the tax agency

Nuria Puebla Agramunt

Abstract

In a sentence of conviction for a crime against the Public Treasury, a penalty of deprivation of liberty, a pecuniary penalty and an obligation to pay the amount defrauded, can be provided. This last is usually called «civil liability derived from tax crime», despite the fact that it is not peaceful that it has such a civil character. This paper studies the seizure proceedings that, under the Tenth Additional Provision of Law 58/2003, General Tax, is issuing the State Tax Administration Agency –as the holder of a vicarious power held by the courts of justice to execute the judged–, to demand these amounts, other than the criminal tax penalties. To clarify the possibilities of appeal that the recipient of these seizure proceedings has, it is necessary to elucidate what is their true nature, beyond their *nomen iuris*. For this reason, this study unravels the difficult question of whether they are tax obligations (born *ex lege*), or if they are obligations *ex damno* (emerged from the criminal sentence of conviction); and the very relevant consequences that each thesis entails, in terms of prescription of the action to demand its payment.

Keywords: tax crime; civil liability; crime against the Public Treasury; Tax Agency; seizure proceedings.

Citation: Puebla Agramunt, N. (2020). La exigencia de la llamada responsabilidad civil *ex delicto* fiscal por la Agencia Tributaria. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 5-34.





Sumario

1. Introducción
 2. Las obligaciones de pago declaradas por sentencia de condena por delito contra la Hacienda Pública
 3. La naturaleza de las cantidades distintas de las multas y penas que se exigen por la AEAT
 4. El cobro de la llamada «responsabilidad civil *ex delicto*» mediante diligencia de embargo por parte de la AEAT, sin previa providencia de apremio
 5. La prescripción del derecho de cobro por la AEAT de las cantidades debidas por sentencia de condena por delito fiscal
 6. El planteamiento de la imprescriptibilidad
 7. La posibilidad de acudir al auxilio judicial ante estas diligencias de embargo de la AEAT
 8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Al amparo de la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT o Agencia Tributaria) está procediendo al embargo de bienes para hacer frente a lo que denomina «responsabilidad civil *ex delicto*».

En este trabajo se analiza si esas cantidades, distintas de las penas y multas, que una persona es condenada a pagar en virtud de sentencia judicial firme, como consecuencia de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 del Código Penal (CP), se pueden exigir por la Administración tributaria a través de diligencias de embargo, como se está haciendo en la práctica, sin una comunicación al condenado, ni un procedimiento de apremio previo, y sin someterse, aparentemente, a plazo de prescripción alguno; o si existen razones jurídico-tributarias para impugnar con éxito estas diligencias de embargo, una de las cuales podría ser la superación de la prescripción, respondiéndose a la pregunta de, en ese caso, cuál sería el plazo de su cómputo. Lo primero que debe ser tenido en consideración es que la respuesta a este interrogante será distinta en función de la naturaleza que quepa atribuir a estas cantidades.

Este estudio no se refiere a la recaudación de la deuda liquidada en caso de existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública que se prevé en el artículo 255 de la LGT¹, sino a las diligencias de embargo mediante las cuales se exige al condenado por un delito contra la Hacienda Pública la cantidad que, en concepto de responsabilidad civil, se le impuso como parte de la condena en un procedimiento del orden jurisdiccional penal.

Toda vez que estas diligencias de embargo solo ofrecen la posibilidad de ser rebatidas por los mecanismos propios de la impugnación de los actos de naturaleza tributaria procedentes de la AEAT, estamos ante una materia propia del derecho tributario. No obstante, el objeto de este estudio guarda una conexión muy directa con el derecho penal, ya que las cantidades que se exigen al condenado se habrán determinado por sentencia judicial del orden penal y, por consiguiente, en principio, no estamos ante un obligado tributario propiamente dicho, aunque la exacción de este dinero se lleve a cabo por la Agencia Tributa-

¹ Actuaciones recogidas en el título VI, introducido por el apartado cincuenta y nueve del artículo único de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

ria, sino ante un condenado por una sentencia penal. A la vez, se puede y debe contemplar este como un problema conectado con el derecho civil, desde el momento en que tradicionalmente estas cantidades se han denominado «responsabilidad civil» derivada del delito, por lo que no es descartable que, a la hora de dilucidar la corrección o no de estas medidas, pudieran ser aplicables normas y principios de dicha disciplina.

Dada la necesidad de ingresos de nuestras arcas públicas y dada la instrumentalización, cada vez más generalizada, de la AEAT al objetivo de la recaudación, no solo de tributos sino de multas, penas y otra suerte de responsabilidades, la importancia práctica que el objeto de análisis de esta disertación reviste en la actualidad es indudable.

Siendo ello así, resulta en cualquier caso imprescindible realizar sobre esta materia una investigación teórica para resolver las cuestiones técnico-jurídicas que se estudian. No obstante, ha de reconocerse la dificultad de esta tarea, ya que son muy escasos los artículos publicados hasta la fecha sobre esta cuestión. Teniendo además en cuenta que las normas que regulan la exacción de la llamada «responsabilidad civil del delito» por la Agencia Tributaria han sido modificadas en fechas relativamente recientes², parece conveniente una contribución teórica a este asunto, con vistas a su aplicación práctica.

En atención a lo anteriormente expresado, el presente trabajo puede ser de interés para el profesional dedicado al derecho tributario, en la medida en que puede ayudar a enfocar un tema complejo a quien no necesariamente conoce en profundidad las otras ramas del derecho que, en este concreto problema, se ven implicadas. Y con ese ánimo de arrojar algo de luz al profesional que se enfrente a este asunto que, de alguna manera, puede calificarse como de interdisciplinar, ofrezco al lector que me acompañe en el análisis jurídico de su problemática, a fin de que comparta mis conclusiones o alcance, de modo crítico, las suyas propias.

2. Las obligaciones de pago declaradas por sentencia de condena por delito contra la Hacienda Pública

La pena no es la única consecuencia jurídica del delito, ya que de todo delito o falta surge (ex art. 109 CP) la obligación de reparar los daños o perjuicios causados. En la doctrina penal, la doctrina mayoritaria ha considerado que, a pesar de la ubicación de las normas sobre responsabilidad *ex delicto* en el CP, y a pesar del tenor literal del artículo 1.092 del Código Civil (CC), esta tiene naturaleza civil (Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco, 1996, p. 235). Tanto en los casos en los que la acción civil derivada del delito se ejercita dentro del proceso penal, como en los casos en que se ejercita de forma independiente, la acción de responsabilidad

² La actual disposición adicional décima de la LGT fue redactada por el apartado sesenta y dos del artículo único de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley General Tributaria.

civil derivada del delito no pierde su naturaleza civil, rigiéndose por los principios que le son innatos: dispositivo, aportación de parte y rogación (Gallego Martínez, 2016).

Aunque ambas se imponen en la misma sentencia penal, las diferencias entre pena y responsabilidad civil del delito son evidentes: así, mientras que la pena es un mal condicionado al hecho culpable y, por tanto, tiene carácter personalísimo, la responsabilidad civil consiste en la reparación del daño causado y es transmisible a terceros; y mientras que la pena se dirige a la tutela de un interés público, la responsabilidad civil lo hace a un interés privado, frente al que el particular puede ejercer o hacer dejación de sus derechos. No en vano, el Tribunal Constitucional (TC) ya tiene dicho desde antiguo que **la acción civil derivada del delito participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)**³. Reténganse tanto esta sencilla, pero radical distinción entre ambas figuras, como la idea de que la responsabilidad civil tiene carácter dispositivo, es decir, que es posible la renuncia a su acción, antes de proseguir con el razonamiento que se desgrana en esta exposición.

En el fallo de una sentencia judicial de condena por delito contra la Hacienda Pública, se puede disponer una pena de privación de libertad, una pena pecuniaria o multa y una obligación de pago de la cantidad defraudada. A esta última se la ha venido denominando «responsabilidad civil nacida del delito» o «responsabilidad *ex delicto*», a pesar de que no es, ni mucho menos, pacífico que ostente tal carácter de responsabilidad civil.

En efecto. **Es importante distinguir con qué se corresponden exactamente las obligaciones de pago impuestas por sentencia penal (la multa y la cantidad defraudada), porque si, como parece obvio, son –por naturaleza– obligaciones diferentes, distinto habrá de ser su tratamiento;** es decir, que cada una de ellas habrá de regirse por unas normas y, por consiguiente, **cada una de ellas tendrá un plazo de prescripción distinto**, aunque sea la misma Agencia Tributaria quien exija ambas; y aunque ambas supongan, indudablemente, ingresos en las arcas del Estado.

La prescripción de las penas se rige, indiscutiblemente, por las disposiciones del CP que estuviera vigente en el momento de la comisión del delito, y los plazos de prescripción de las penas están claramente definidos en dicho cuerpo legal⁴. Sin embargo, cuál sea la prescripción de la obligación de pago de la cantidad defraudada, distinta de la pena, que se impone en una sentencia condenatoria por delito contra la Hacienda Pública, ya no es una cuestión pacífica, sino de hecho muy discutida, pues el CP no se pronuncia expresamente sobre cuál haya de ser el plazo de prescripción de la llamada responsabilidad civil derivada del delito; de modo que, para dilucidar qué plazo de prescripción debemos considerar, parece razonable deducir que este dependerá de la naturaleza jurídica que atribuyamos a dicha obligación.

³ Sentencia del TC 33/1992, 18 de marzo de 1992 (NCJ065019).

⁴ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, las penas tienen diferentes plazos de prescripción, claramente definidos.

Obviamente, la discusión de cuál sea el plazo de prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito no es exclusiva de los delitos fiscales, sino que se da, en realidad, en relación con todos los delitos, pues los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), reguladores de la ejecución de los pronunciamientos civiles recogidos en una sentencia penal, son muy escasos, y se parte de la remisión a las reglas civiles de la ejecución que hace el artículo 984 de la mencionada ley procesal⁵. Pero, como veremos, en el caso específico de la responsabilidad civil derivada del delito fiscal, la problemática es aún más compleja.

Si se observa la obligación que se impone al condenado por un delito contra la Hacienda Pública, **no parece desacertado afirmar que la obligación del pago de la cantidad defraudada, declarada por sentencia, constituye en realidad una obligación de naturaleza tributaria**, dado que, verdaderamente, no consiste sino en el pago de la cuota y los intereses de demora defraudados, es decir, **el pago de lo que debió pagarse y no se pagó en su momento**. De ser esta su naturaleza, es decir, una obligación tributaria, el plazo de prescripción para exigir esta obligación sería el previsto con carácter general para todas las obligaciones tributarias, y se regiría, por tanto, por los artículos 66 y concordantes de la LGT, ley que como es sabido establece que prescribirán a los cuatro años, tanto el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, como el derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas.

No obstante, se viene entendiendo que la obligación de pago de las cantidades defraudadas que se ordena por sentencia judicial no es sino la responsabilidad civil *ex delicto* y, de hecho, tanto la LGT⁶, como el propio CP⁷, así la denominan expresamente.

A mi juicio, **calificarla de «responsabilidad civil» es cuanto menos discutible, ya que, con su exigencia, no se trata de reparar ningún daño causado como consecuencia de haber cometido un delito; y, además, la acción de responsabilidad civil *ex delicto*, como ya hemos visto, es renunciable**, carácter que mal casa con una obligación, como la obligatoria, que es *ex lege*.

En todo caso, y sin perjuicio de que desarrollaremos esto posteriormente, baste por el momento con afirmar que, si estuviéramos ante una responsabilidad civil, se aplicarían las

⁵ El artículo 984 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que, para la ejecución de la sentencia, en cuanto se refiere a la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios, se aplicarán las disposiciones establecidas en la LEC, si bien será en todo caso promovida de oficio por el juez que la dictó. La remisión de este precepto a las reglas civiles de ejecución ha determinado que se hayan venido planteando innumerables cuestiones (normativa aplicable, prescripción, cómputo de plazos...) cuyo debate, ni las citadas leyes procesales, ni la doctrina, ni la jurisprudencia han acertado a resolver de manera homogénea y suficientemente clarificadora. Incluso dentro de una misma Audiencia, hay pronunciamientos contradictorios. (Véase ElDerecho.com, 2018).

⁶ Disposición adicional décima de la LGT.

⁷ Artículo 305.7 del CP.

normas civiles en lo relativo a la prescripción y habríamos de acudir a los artículos 1.971 y 1.964 del CC, en virtud de los cuales, la prescripción se alcanzaría, no a los cuatro, sino a los cinco (norma actual) o a los quince (norma anterior) años⁸.

3. La naturaleza de las cantidades distintas de las multas y penas que se exigen por la AEAT

En su relativamente reciente Sentencia 277/2018, de 8 de junio, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS) señala lo siguiente:

La evolución del régimen de la supuesta responsabilidad civil nacida de los delitos de defraudación tributaria ha sido tortuosa [...] hoy puede considerarse aclarado (también para el pasado: no es un cambio de concepción pues solo podía ser esa la correcta), tras muchas vueltas y revueltas, que **estamos ante una responsabilidad tributaria** –regida por la norma tributaria y no la penal–, **que, aunque no ha nacido directamente del delito, es ejercitable en el proceso penal**⁹.

Pero aclaremos este pronunciamiento, porque hemos empezado por el final. Tradicionalmente se había venido entendiendo que el daño o quebranto patrimonial que se produce por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública nace de la sentencia judicial, en la idea de que esa era la única solución posible, atendido que, cuando la Administración apreciaba indicios de delito, debía abstenerse de continuar el procedimiento y debía pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal, todo ello de conformidad con lo preceptuado en la primigenia redacción del artículo 180.1 de la LGT¹⁰. El hecho de que legalmente la Administración tri-

⁸ Con la Ley 42/2015 se acorta el plazo general de las acciones personales del artículo 1.964 del CC, estableciendo un plazo general de cinco años.

⁹ Sentencia de la Sección 1 de la Sala de lo Penal del TS, dictada en el recurso de casación número 1206/2017 (NCJ063303) (el destacado es nuestro).

¹⁰ El precepto fue modificado por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre. Pero en su primigenia redacción, establecía:

Artículo 180. Principio de no concurrencia de sanciones tributarias.

1. Si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal, previa audiencia al interesado, y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.

La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa.

De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados,

butaria no liquidara la deuda servía como argumento para avalar la tesis de que estábamos ante una obligación tributaria que dejaba de ser tal, y se consideraba que, con la atribución de competencias al órgano judicial, se producía una «mutación», en virtud de la cual las consecuencias que en su día se derivarían de una sentencia condenatoria tendrían origen en esa sentencia, y no en la obligación tributaria incumplida (Martín Queralt y otros, 2008, p. 599).

En lógica consecuencia con dicha tesis (la llamada «teoría de la mutación del título») se entendía también que la sentencia era el único título jurídicamente válido y eficaz, y que la autoridad judicial era la única competente para establecer el *quantum* o cuantificar el delito.

A esta teoría de la mutación incluso se la llamó de la «transustanciación», y con ella se explicaba o pretendía explicar jurídicamente por qué, en los delitos contra la Hacienda Pública (arts. 305 y ss. CP), el importe de la deuda tributaria dejada de ingresar podía ser considerado responsabilidad civil nacida del delito.

La necesidad de esta teoría era clara: la responsabilidad civil del delito es la *consecuencia o efecto* de un delito. Por tanto, ¿cómo la deuda tributaria, que es *presupuesto* del delito contra la Hacienda Pública, puede ser considerada su efecto o consecuencia? La explicación que se daba a este sinsentido era la **teoría de la mutación**, ya que con ella se llegaba a la explicación de que, cuando la Administración pasaba el tanto de culpa, **la deuda tributaria dejaba de regirse por los principios tributarios y se convertía en algo sustancialmente diferente**; que lo que era una obligación *ex lege* se convertía en una obligación *ex damno*; que el procedimiento penal proveía a la Hacienda Pública de un nuevo y único título para hacer efectiva la deuda tributaria.

Dicho de otro modo. Es claro que la obligación tributaria, aunque se exija en un proceso penal, no *deriva*, nace o procede del delito, sino que, por el contrario, constituye su presupuesto. Por eso, no era fácil fundamentar que la responsabilidad civil derivada de delito fiscal integrase el montante de la misma. De ahí que el TS, con el apoyo de un sector de la doctrina y la oposición del otro, tuviera que desarrollar la tesis de que la comisión del delito produce una «mutación del título» (Díaz López, 13 de junio de 2018).

Pero lo cierto es que, salvo por esa «mutación» a la que aludían la doctrina y la jurisprudencia, difícilmente habría encajado la definición de la responsabilidad civil *ex delicto* (que comprende la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios y con la que se pretende reparar y compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjuicios causados a la misma) con la obligación de pago de las cantidades defraudadas.

y se reanuda el cómputo del plazo de prescripción en el punto en el que estaba cuando se suspendió. Las actuaciones administrativas realizadas durante el periodo de suspensión se tendrán por inexistentes.

Pues bien, la Sala de lo Penal del TS, con un razonamiento a mi juicio impecable, en la citada Sentencia de 8 de junio de 2018, acaba con la teoría de la mutación del título y afirma que lo que se exige al condenado, distinto de la multa, no es responsabilidad civil: **«es deuda tributaria a fin de cuentas (art. 305 del CP); lo que nunca dejó de ser»**, porque **«la deuda tributaria es el presupuesto del delito; no su consecuencia»**.

No había sido este el criterio manifestado por dicha Sala, que había sostenido que la acción civil no nace de la deuda preexistente al delito, sino del delito mismo¹¹. A pesar de ello, nuestra mejor doctrina tributaria se había pronunciado en contra de considerar a estas cantidades como responsabilidad civil, aduciendo que la obligación defraudada es previa al delito y no una obligación que surge del delito (Falcón y Tella, 2012), y, por tanto, avanzando lo que es hoy la tesis imperante en el TS.

Esa tesis conducía a resultados ciertamente ilógicos o absurdos, como el que se ponía de manifiesto con ocasión de las regularizaciones voluntarias parciales. En efecto, si con arreglo al artículo 305.4 del CP quedaba exento de responsabilidad penal quien regularizar voluntariamente su situación tributaria, ¿qué ocurriría si tuviera lugar una regularización parcial que redujese la deuda impagada por debajo del límite cuantitativo del delito fiscal?; en ese supuesto, ¿podríamos decir, en rigor, que con el delito fiscal la deuda tributaria se había transformado en responsabilidad civil, pero que, como consecuencia de la regularización parcial, habría vuelto a ser de nuevo deuda tributaria? (Coloma Chicot, 2001, Volumen VI, p. 274, citado por José Alberto Sanz Díaz-Palacios, 2010, p. 255).

Por eso resulta imprescindible destacar, en un estudio de derecho tributario como el presente, este pronunciamiento de 8 de junio de 2018 de la Sala de lo Penal del TS, porque viene a aclarar, no solo a los penalistas, sino a los aplicadores del derecho tributario, una materia que estaba confusa y que probablemente se asentaba sobre presupuestos erróneos.

Así, de conformidad con dicha sentencia, **la cuota defraudada en un delito contra la Hacienda Pública no puede reclamarse en concepto de responsabilidad civil, ya que no es sino deuda tributaria**, regida, por tanto, por la legislación tributaria, aunque exigible en el proceso penal por virtud de una norma de atribución específica. Observo el razonamiento¹² por el que se llega a dicha conclusión y me parece muy acertado, y creo que la crítica a la consideración de esta deuda como responsabilidad civil es contundente:

¹¹ Véase, por ejemplo, la Sentencia del TS de 5 de diciembre de 2002 (rec. núm. 594/2001 –NFJ079037–) citada por José Alberto Sanz Díaz-Palacios (2010).

¹² «Una empresa que adeuda por impuesto de sociedades una cantidad que no abona por virtud de las maniobras defraudatorias pergeñadas por su administrador (que quizás ni siquiera es socio) no podía verse liberada de esa deuda por tal hecho pasando a ocupar su posición de deudor principal ese administrador, o quizás el asesor fiscal. La responsabilidad de estos ha de establecerse con arreglo a la normativa tributaria y no a la pensada para la responsabilidad civil nacida de delito. Hacerlo de otro modo aboca a perniciosas consecuencias que indefectiblemente surgen cuando el deudor tributario es

Lo que era una obligación legal regida por las normas tributarias y por tanto con unas personas responsables, podría ser tratada absurdamente como responsabilidad civil *ex delicto* con otros obligados que sustituyen a los reales. La deuda dejaría de regirse por los principios tributarios y se convertiría en algo sustancialmente diferente (transustanciación).

[...]

Hoy es relativamente pacífico aceptar que no estamos estrictamente ante responsabilidad civil nacida de un delito, sino ante responsabilidad tributaria que en algunos casos excepcionalmente puede ejercitarse en el proceso penal, pero sin verse transformada en su régimen. Esa concepción, más nítida hoy en la ley, era también la correcta bajo el imperio de normas anteriores que, aunque podrían generar confusión, la doctrina más solvente interpretaba en los términos hoy confirmados.

En efecto, creo que es posible afirmar que **con la regulación actual, la naturaleza de estas cantidades como deuda tributaria ya no puede ponerse en duda**, pues actualmente, cuando la Administración tributaria aprecia indicios de delito contra la Hacienda Pública, debe continuar la tramitación del procedimiento con arreglo a las normas generales que resulten de aplicación, sin perjuicio de que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal; dictará liquidación de los elementos de la obligación tributaria objeto de comprobación, separando en liquidaciones diferentes aquellos que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública y aquellos que no se encuentren vinculados con este¹³.

Pero como dice el TS, **incluso con la regulación anterior**, debía entenderse que las cantidades que se exigían como consecuencia de haberse dictado una sentencia penal de condena por delito contra la Hacienda Pública **eran deuda tributaria. Y nunca debió dejar de ser tal**.

Piénsese que la acción para exigir una responsabilidad civil *ex delicto* es, como hemos señalado en páginas anteriores, renunciable, y que jamás, por imperativo del principio de legalidad, una deuda tributaria es renunciable para su acreedor, es decir, para la Hacienda Pública. La Administración **no es que pueda, es que debe liquidar**, ya que la obligación

una persona jurídica –y en algún caso, un particular–, pero se llega al responsable penal por virtud del mecanismo contemplado en el art. 31 CP (actuaciones en nombre de otro). Como la responsabilidad civil nacida de delito recae primariamente sobre el autor, sucederá que la obligación tributaria de la sociedad se desplazará a la persona física, normalmente el administrador (art. 31), quedando la persona jurídica como simple responsable civil subsidiario. Principios básicos de orden tributario son así pisoteados».

¹³ La regulación ha cambiado por completo. Se introduce un título VI por el apartado cincuenta y nueve del artículo único de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

tributaria es una obligación *ex lege*, que se origina por la realización del hecho imponible y que, por consiguiente, surge siempre con independencia de la voluntad de las partes. Por este motivo, a mi juicio, y siguiendo a nuestra doctrina, jamás podría considerarse responsabilidad civil *ex delicto* la obligación que surge a cargo de quien ha incumplido la norma tributaria y es condenado por delito contra la Hacienda Pública, ya que ello significaría admitir que, en estos casos, decae la propia definición de tributo del artículo 20 de la LGT y su configuración como obligación *ex lege*; y además, ello significaría admitir que la Administración podría renunciar a su cobro, como si el crédito tributario fuera disponible, y eso supondría, sencillamente, anular el contenido del artículo 18 de la misma ley¹⁴.

Concuera lo que se argumenta con lo establecido en el vigente artículo 258 de la LGT, que establece quiénes son responsables de la deuda tributaria en casos de delito contra la Hacienda Pública, ya que este precepto prevé¹⁵:

1. Serán responsables solidarios de *la deuda tributaria liquidada* conforme a lo preceptuado en el artículo 250.2 de esta Ley quienes hubieran sido causantes o hubiesen colaborado activamente en la realización de los actos que den lugar a dicha liquidación y se encuentren imputados en el proceso penal iniciado por el delito denunciado o hubieran sido condenados como consecuencia del citado proceso.

Y también concuerda con lo previsto en los artículos 35 y 42.1 de la misma ley. Como afirma el TS en la sentencia *supra* citada:

El art. 41 contempla que puedan unirse al deudor principal como responsables solidarios –o, normalmente, subsidiarios– de la deuda tributaria, a otras personas o entidades que, en principio, y a salvo la previsión del art. 42.2, lo son de su totalidad sin perjuicio del derecho de repetir (art. 41.6 LGT). Eso no solo resulta lógico, sino que además solventa las paradojas a que se llega desde una inmeditada e irreflexiva aplicación de las normas del Código Penal sobre responsabilidad civil desplazando esta normativa específica.

Este razonamiento también está en consonancia con la exigencia de intereses de demora que recoge el artículo 305.7 del CP, ya que este contempla que, en caso de condena penal, se ejecutará la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la LGT, «incluidos sus intereses de demora», lo que no tendría sentido si fuese una obligación *ex delicto* (que es lo que propugna la teoría de la mutación del título).

¹⁴ Véase César García Novoa (2004, p. 375), en contra de la renuncia a la acción civil por parte de la Administración tributaria, en tanto en cuanto colisionaría con la indisponibilidad del crédito tributario.

¹⁵ En su versión actual, reformada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre (el destacado es nuestro).

En efecto, en ese caso, es decir, de ser una pura responsabilidad civil, habría de admitirse que los intereses solo se devengarían desde la interposición de querrela o denuncia y se aplicaría el interés legal del artículo 1.108 del CC y no el interés de demora del artículo 26 de la LGT. Esta tesis latía en algún recurso planteado ante el TS, en respuesta al cual la Sala de lo Penal no quiso entrar, aduciendo lo siguiente:

La naturaleza de la responsabilidad civil en los delitos fiscales constituye una cuestión muy controvertida. Pero en el caso actual la cuestión que se plantea se ciñe a resolver, exclusivamente, si dicha responsabilidad debe incluir, o no, el abono de los intereses de demora. Y la respuesta positiva es muy clara¹⁶.

Ya hemos mencionado que actualmente la ley establece, como algunos tribunales han tenido que clarificar, que, lo que se exige, son intereses de demora y no intereses legales¹⁷.

Pero antes de que la LGT aclarase que la responsabilidad civil derivada del delito fiscal incluía los intereses de demora, había juzgados y tribunales que imponían el pago del interés legal, considerando que, si era responsabilidad civil, esos son los intereses que correspondía aplicar.

La Sala de lo Penal del TS aclaró, en Sentencia de 24 de octubre de 2013, que los intereses deben ser los de demora, incluso para los casos anteriores a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010¹⁸, con un argumento, a mi juicio, impecable: el delito fiscal es una norma

¹⁶ Sentencia del TS, Sala de lo Penal, Sección 1, de 24 de octubre de 2013 (rec. núm. 29/2013 –NFJ052876–). También en Sentencia del TS, Sala de lo Penal, Sección 1, de 12 de diciembre de 2018 (rec. núm. 2512/2017 –NFJ072854–).

¹⁷ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Tarragona, Sección 2.ª, de 29 de abril de 2016, en el recurso número 34/2016 (NFJ079109). La Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal denuncian la infracción de los artículos 109 y 110 del CP en relación con el artículo 58.2 a) y la disposición adicional décima de la LGT. El motivo se basa en la circunstancia de que el juez de instancia, en materia de intereses devengados de la cantidad establecida en concepto de responsabilidad civil, condena al pago de los intereses legales del artículo 576 de la LEC, siendo que lo procedente sería la condena al pago de los intereses de demora tributarios del artículo 58.2 a) de la LGT devengados desde la finalización del periodo voluntario de pago del impuesto o, subsidiariamente, el interés legal devengado desde esa misma fecha. La sentencia estima el recurso, recordando que el TS (entre otras, Sentencia de 24 de octubre de 2013 [rec. núm. 29/2013 –NFJ052876–]) sostiene que la responsabilidad civil en los delitos fiscales debe incluir el abono de los intereses de demora. En la misma línea, la Sentencia de la AP de Valencia, Sección 2.ª, de 29 de julio de 2015 (rec. núm. 151/2015 –NFJ079035–):

[...] no cabe duda que la condena al abono, en vía de responsabilidad civil, de los importes defraudados, incluye, por imperativo legal, el importe de los intereses devengados por dichas cuantías, a partir del día siguiente al de finalización del periodo voluntario para la presentación de la declaración voluntaria del respectivo impuesto, hasta su completo pago.

Y también puede citarse la Sentencia de la AP de Castellón de la Plana de 26 de mayo de 2015 (rec. núm. 225/2015 –NFJ079033–).

¹⁸ La reforma penal de 2010, operada por la Ley Orgánica 5/2010, estableció, sin duda de ninguna clase, que la responsabilidad civil comprenderá el importe de la deuda tributaria... incluidos sus intereses de

penal parcialmente en blanco, que debe complementarse en el ámbito sustantivo por remisión a la normativa tributaria; y si esta remisión debe ser aplicada para la determinación de la cuota tributaria defraudada, es lógico que deba igualmente aplicarse a la hora de determinar el interés que el defraudador debe abonar desde el vencimiento de la deuda tributaria impagada¹⁹.

En definitiva, conforme al pronunciamiento de 8 de junio de 2018 de la Sala de lo Penal del TS, la **obligación ex lege de pagar el tributo** que tiene el condenado (sujeto pasivo de la deuda tributaria) y **que surge del hecho imponible, nunca mutó o se transformó en obligación ex damno derivada del delito**. O, dicho de otra forma, el delito fiscal no supone una novación de la obligación tributaria preexistente y la obligación impuesta por sentencia no nace de tal delito, sino que su génesis es anterior y previa al delito. **Aunque lo que se exige en el proceso penal formalmente se llame «responsabilidad civil», realmente siempre fue deuda tributaria y nunca una responsabilidad civil ex delicto**.

Por todo ello, puede concluirse, en línea con lo sostenido en este pronunciamiento del TS, que, lo que se está exigiendo por la AEAT mediante las diligencias de embargo que son objeto de este estudio, es una obligación *ex lege*, una deuda tributaria, y no una responsabilidad civil o indemnización por daños.

4. El cobro de la llamada «responsabilidad civil ex delicto» mediante diligencia de embargo por parte de la AEAT, sin previa providencia de apremio

Tras haberse señalado en el apartado precedente los mimbres sobre los que se debe partir para el análisis del concreto problema que se plantea en este trabajo, analicemos ahora las normas en virtud de las cuales **la Agencia Tributaria se encarga del cobro de las responsabilidades establecidas por sentencia judicial penal, en los casos de delito contra la Hacienda Pública**. El artículo 305.7 del CP contempla lo siguiente:

En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya liquidado por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada Ley.

demora (art. 305 CP), y esta inclusión se reitera en la redacción posterior del precepto (Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre).

¹⁹ Sentencia del TS, Sala de lo Penal, de 24 de octubre de 2013 (rec. núm. 29/2013 –NFJ052876–).

Se establece, pues, que, en caso de delito contra la Hacienda Pública, **los jueces y tribunales deben** (nótese el verbo en modo imperativo) **contar con el auxilio de la Administración tributaria** para la ejecución tanto de las penas como de la denominada «responsabilidad civil *ex delicto*».

En la misma línea que el CP, la LGT, por su parte, preceptúa en su disposición adicional décima:

1. En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya liquidado por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en esta Ley, incluidos sus intereses de demora, junto a la pena de multa, se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.
2. Una vez que sea firme la sentencia, el juez o tribunal al que compete la ejecución remitirá testimonio a los órganos de la Administración Tributaria, ordenando que se proceda a su exacción. En la misma forma se procederá cuando el juez o tribunal hubieran acordado la ejecución provisional de una sentencia recurrida.
3. Cuando se hubiera acordado el fraccionamiento de pago de la responsabilidad civil o de la multa conforme al artículo 125 del Código Penal, el juez o tribunal lo comunicará a la Administración Tributaria. En este caso, el procedimiento de apremio se iniciará si se incumplieran los términos del fraccionamiento.
4. La Administración Tributaria informará al juez o tribunal sentenciador, a los efectos del artículo 117.3 de la Constitución Española, de la tramitación y, en su caso, de los incidentes relativos a la ejecución encomendada.

No quisiera dejar de resaltar que, el que sea la Administración tributaria la encargada de la exacción de la denominada «responsabilidad civil» que corresponde como consecuencia de la sentencia condenatoria por delito contra la Hacienda Pública, y que además lo sea por el procedimiento de apremio, no es algo que forme parte del deber ser, sino que es simplemente una decisión del legislador, y, de hecho, en la LGT de 1963 no se le atribuía a la Administración tributaria esta competencia.

En efecto, hasta la entrada en vigor de la LGT de 2003, el tribunal que hubiere dictado la sentencia firme era el competente para hacer efectiva la responsabilidad civil, de acuerdo con el artículo 985 de la LECrim., si bien podía encomendar a la Administración tributaria, las actuaciones de investigación patrimonial que fueren precisas.

En todo caso, resulta conveniente señalar que esta actual atribución de competencias a la Administración tributaria debe ponerse siempre en conexión con el artículo 117.3 de la Constitución española (CE), que dispone que **el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que comprende juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes**. De ahí que, para salvar la constituciona-

lidad de la mencionada asignación competencial, se haya dicho que **no es que el tribunal haga dejación de sus competencias, sino que delega su ejecución, siempre bajo la supervisión del tribunal competente, en la Administración tributaria** (Martín Queralt y otros, 2008, pp. 598 y ss.). Quede claro, pues, que la Administración tributaria actúa como vicaria de una potestad que no es suya, y que es siempre **el juez el que debe ordenar y no meramente solicitar la ejecución** de la sentencia condenatoria.

En este sentido, resulta interesante traer a colación una Sentencia de la AP de Cáceres que desestima el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado en representación de la AEAT contra la sentencia dictada por un juzgado de lo penal, recurso en el que se pedía que se dejara sin efecto el pronunciamiento referido a la decisión de aplazamiento de la multa que contenía la sentencia y además se solicitaba que se ordenara y atribuyera a la AEAT la exacción de la responsabilidad civil derivada del delito. La sala extremeña no duda en desestimar el recurso, invocando el artículo 117.3 de la CE, explicando que por supuesto que el artículo 305.7 del CP y la disposición adicional décima de la LGT prevén que los jueces y tribunales recaben el auxilio de los servicios de la Administración tributaria, pero que ello:

[...] lógicamente procedería una vez que fuera incumplido el pago de la multa en los términos establecidos por el juez (en este caso se le habían concedido el plazo de cuatro meses para abonarla), pues entonces sí que cabría y sería cuando el procedimiento de apremio contra el patrimonio del deudor podría correr a cargo de la AEAT, pero ello siempre entendiendo que esa intervención será para ejecutar la pena de multa que se ha impuesto en sentencia y cuando ni la misma, ni los términos que allí se acordaron para su efectiva y material efectividad se han respetado y ha resultado finalmente que el condenado no la ha abonado, por lo que entonces ese auxilio en la vía de apremio (y dado que igualmente y en la propia sentencia se le advierte al condenado de esa posibilidad) , perfectamente procedería su ejecución por la Agencia Tributaria²⁰.

Siendo claro, pues, que es el juez de lo penal, y no la Administración tributaria, quien ordena la exacción de las cantidades incorrectamente calificadas como responsabilidad civil procedente del delito fiscal, lo primero que deberá existir es, pues, una orden del tribunal correspondiente. El juez o tribunal, en el marco de la ejecutoria correspondiente, dictará resolución, que por lo general adoptará la forma de **decreto**, por la que **recabará el auxilio de la Administración para proceder a la ejecución y acordará la encomienda a la AEAT** de la exacción de la «responsabilidad civil» impuesta por sentencia firme. Estos decretos no ofrecen vía de recurso.

En ocasiones, tras este decreto del juzgado o tribunal, la Agencia Tributaria, en su papel de mera vicaria, envía **una comunicación al obligado al pago, en la que le informa de que**

²⁰ Sentencia de la AP de Cáceres, Sección Segunda, de 1 de octubre de 2018 (rec. núm. 768/2018 –NFJ079032–).

tal juzgado o tribunal, en el marco de determinada ejecutoria, ha ordenado la exacción de esta «responsabilidad civil» por la vía de apremio, indicando la clave o claves de liquidación correspondientes y acompañando a dicha comunicación los documentos de ingreso o cartas de pago, para que el obligado pueda realizar el ingreso. En estas comunicaciones, se le viene a decir al obligado que tal juzgado o tribunal, en el marco de tal ejecutoria, ha remitido testimonio por el que ordena a la Agencia Tributaria la exacción por la vía de apremio de la deuda por responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública, sin dar pie de recurso alguno, por tratarse de una mera comunicación y no de un acto administrativo impugnabile. Esta comunicación no es preceptiva.

De hecho, ni siquiera se considera que sea preceptiva la providencia de apremio que, normalmente, debe enviarse con carácter previo a la notificación de una diligencia de embargo.

Puede observarse en la actualidad como **la Agencia Tributaria, para cumplir con las encomiendas de cobro que los juzgados y tribunales realizan en virtud de tales preceptos, está simplemente dictando diligencias de embargo** sobre bienes y derechos de aquellos que, en su día, fueron condenados por delito contra la Hacienda Pública, **sin que tales diligencias de embargo sean consecuencia de providencia de apremio alguna.** En estas diligencias de embargo, la Administración tributaria se dirige al obligado al pago, diciéndole que, «tramitándose expediente administrativo de apremio para el cobro de las deudas pendientes de pago [...] se declaran embargados ...» indicándose los bienes y derechos objeto del concreto embargo. Como cualquier otra diligencia de embargo, ofrece la posibilidad de ser recurrida, bien mediante recurso de reposición, bien mediante reclamación económico-administrativa.

Y es que, aunque frente al decreto judicial por el que se realiza esta encomienda no cabe recurso alguno, frente a la diligencia de embargo de la AEAT, sí que se puede reaccionar. Para ello, habremos de acudir a la vía ordinaria de recursos administrativos, es decir, que podremos interponer, en el plazo común de un mes, o bien recurso de reposición, o bien reclamación económico-administrativa.

Como es sabido, de acuerdo con el artículo 170.3 de la LGT, contra una diligencia de embargo solo serán admisibles cuatro motivos de oposición, entre los cuales están la extinción de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago y la falta de notificación de la providencia de apremio²¹. Por consiguiente, de la mera aplicación de la propia LGT, se deduce que debería ser legítimo impugnar estas diligencias de embargo si concurriera al-

²¹ Artículo 170.3 de la LGT:

Contra la diligencia de embargo solo serán admisibles los siguientes motivos de oposición:

- a) Extinción de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago.
- b) Falta de notificación de la providencia de apremio.
- c) Incumplimiento de las normas reguladoras del embargo contenidas en esta ley.
- d) Suspensión del procedimiento de recaudación.

gundo de los motivos tasados que dicha ley establece y, que estas deberían anularse, tanto si concurriera prescripción, como si previamente no se hubiera notificado la providencia de apremio que preceptivamente debe preceder a toda diligencia de embargo, porque estos son motivos tasados de impugnación de las diligencias de embargo y, con carácter general, la mera concurrencia de una sola de estas causas da lugar a la íntegra estimación del recurso o reclamación que contra ellas se haya interpuesto.

No obstante, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) ha dictado una Resolución, de fecha 20 de diciembre de 2018²², resolviendo recurso ordinario de alzada, interpuesto por la directora del Departamento de Recaudación, en la que reitera el criterio sentado, entre otras, en su previa Resolución de 29 de junio de 2017²³, en la que ya afirmaba que **no es necesaria la providencia de apremio para el embargo de bienes del deudor, cuando se está procediendo a la exacción de una responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública**. Para llegar a esta conclusión, utiliza en sus razonamientos jurídicos la norma reglamentaria que desarrolla esta cuestión, es decir, el artículo 128.1 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR), el cual prevé:

1. En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la deuda derivada de la responsabilidad civil y de la pena de multa se acumulará al procedimiento administrativo de apremio que, en su caso, se siga contra el deudor, a los efectos de la práctica de diligencias de embargo, trabas y enajenación de bienes. El importe derivado de tales deudas no podrá incrementarse en los recargos del periodo ejecutivo [...].

La Resolución de 29 de junio de 2017 se había dictado por el TEAC, a raíz del recurso de alzada formulado por la directora del Departamento de Recaudación de la AEAT, esta vez extraordinario para la unificación de criterio, frente a Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Madrid, que había estimado una reclamación interpuesta frente a una diligencia de embargo, en la que la parte había alegado que la deuda por responsabilidad civil por delito contra la Hacienda Pública, objeto de diligencia de embargo, no había sido notificada de apremio, y además que estaba prescrita, por haber transcurrido más de cinco años desde su firmeza. El TEAR madrileño había estimado en parte la reclamación, ya que, aunque había rechazado la alegación de prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito, había entendido improcedente el embargo, a la luz de lo previsto en el artículo 69 y concordantes del RGR.

El argumento del TEAR de Madrid consistía, en síntesis, en que, con arreglo a tal precepto, el procedimiento de apremio se debe iniciar mediante la notificación de la providencia de

²² Referencia de la resolución: RG 165/2016 (NFJ072443).

²³ Referencia de la resolución: RG 4825/2016 (NFJ066932). Criterio también expresado en Resolución del TEAC de 28 de abril de 2017 (RG 5026/2014 –NFJ076760–).

apremio que, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del mismo reglamento, entre otras indicaciones, debe contener un requerimiento expreso para que se efectúe el pago de la deuda (en el caso de exacción de la responsabilidad civil por delito contra la Hacienda Pública sin recargos del periodo ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el art. 128 del mismo reglamento) en el plazo al que se refiere el artículo 62.5 de la LGT, así como advertencia de que, en caso de no efectuar el ingreso del importe total de la deuda en dicho plazo, se procederá al embargo de los bienes del deudor o a la ejecución de las garantías existentes. Al no haberse notificado providencia de apremio, razona el TEAR de Madrid, la reclamación ha de ser estimada.

La directora recurre en alzada, entiende que esta doctrina es «gravemente dañosa y errónea», y el TEAC le da la razón, explicando que una vez que es firme la sentencia, el tribunal sentenciador encomienda la gestión de proceder a la exacción de las cantidades exigibles por responsabilidad civil derivada del delito a los órganos de recaudación de la AEAT, y que, **tratándose de un supuesto de cosa juzgada y con una sentencia firme cuya ejecución puede exigirse de manera inmediata, no es necesario la emisión de una providencia de apremio que inicie el procedimiento ejecutivo.**

Razona el TEAC que así se deduce del artículo 128.1 del RGR, y que, por tanto, en estos casos, la primera actuación que se va a realizar por los órganos encargados del cobro de las cantidades exigidas en concepto de responsabilidad civil será la práctica de un embargo que se documentará en la respectiva diligencia de embargo.

Sostiene el TEAC que, al razonamiento anterior, habría que añadir que la providencia de apremio, que entre otros extremos sirve para practicar la liquidación del recargo del periodo ejecutivo, resulta aquí innecesaria, puesto que la norma señala expresamente que el importe derivado de la responsabilidad civil no podrá incrementarse en los recargos del periodo ejecutivo.

El citado tribunal, además, afirma que no puede estimar la alegación de prescripción, al no haber transcurrido el plazo de 15 años señalado en el artículo 1.964 del CC, y resuelve fijando como criterio que:

[...] no resulta necesaria la emisión de una providencia de apremio para proceder al cobro de las cantidades exigibles por responsabilidad civil derivada de delito, ni tampoco la comunicación de un requerimiento de pago con carácter previo para proceder al embargo de los bienes, puesto que el propio título ejecutivo lo constituye la sentencia firme por delito contra la Hacienda Pública.

Los dos razonamientos con los que el TEAC resuelve una cuestión tan delicada no me parecen, con todo respeto, suficientes para alcanzar el criterio que se fija como doctrina a seguir por la Administración tributaria encargada de la aplicación de los tributos.

El primer argumento supone, *de facto*, privar de contenido al artículo 170.3 b) de la LGT o, quizás mejor dicho, exceptuar la aplicación de este precepto en un caso no previsto por

la ley. Ya que si la ley no establece excepción alguna a la necesidad de que se dicte providencia de apremio con carácter previo a la emisión de una diligencia de embargo, no parece admisible que el TEAC decida que esta es una excepción e inaplique una de las causas tasadas de impugnación de las diligencias de embargo.

El segundo argumento tampoco parece suficiente como para negar la necesidad de la providencia de apremio. Una cosa es que la ley haya decidido que en estos casos no se puede incrementar la obligación con el recargo de apremio y otra cosa distinta es que por este motivo no deba notificarse una providencia de apremio como paso previo a la diligencia de embargo.

Salvo error de búsqueda por mi parte, no existe pronunciamiento jurisprudencial alguno al respecto de esta importante cuestión. He aquí una cuestión que, a mi entender, podría presentar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, al amparo del artículo 88.3 a) de la Ley 29/1998 (reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

5. La prescripción del derecho de cobro por la AEAT de las cantidades debidas por sentencia de condena por delito fiscal

La otra razón por la que podría impugnarse una diligencia de embargo de las que emite la Agencia Tributaria para cobrar las obligaciones tributarias derivadas del delito contra la Hacienda Pública, mal llamadas responsabilidades civiles, es la contenida en el artículo 170.3 a) de la LGT, es decir, la prescripción de la obligación.

Ha quedado evidenciado en las páginas precedentes que, para responder a la pregunta de cuál sería el plazo de prescripción del derecho de cobro por parte de la AEAT de las cantidades defraudadas determinadas por sentencia judicial de condena por delito fiscal, ha de dilucidarse con carácter previo cuál es la naturaleza jurídica de las mismas.

Ya hemos dicho que el hecho de que la acción civil derivada del ilícito penal se ejercite acumuladamente con la penal en el proceso penal, no permite desnaturalizarla, atribuyéndole un plazo de prescripción equivalente al de la infracción penal de la que se origina. Por consiguiente, no puede responderse a la pregunta que realizamos, aduciendo cuál es el plazo de prescripción del delito, ya que este es completamente ajeno al plazo de prescripción de la responsabilidad derivada del delito contra la Hacienda Pública.

Si, en la línea con lo sostenido por la Sala de lo Penal del TS en la citada Sentencia 277/2018, de 8 de junio (rec. de casación núm. 1206/2017 –NCJ063303–), **estamos ante una deuda tributaria**, y no ante una indemnización por daños, deberíamos seguir razonando entonces que, ante esta deuda, **rige el plazo de prescripción del derecho tributario**, cuyo cómputo debería iniciarse desde que el derecho a exigir esta deuda pudo ejecutarse.

Es decir, si se considerase que las cantidades exigidas por la Agencia Tributaria en estas diligencias de embargo tienen naturaleza de deuda tributaria, deberían aplicarse los preceptos de la LGT relativos a la prescripción, que como es sabido señalan un plazo de cuatro años para poder exigir su cobro.

En la hipótesis, que sería una hipótesis abiertamente en contra de la mencionada sentencia del TS, y que la misma resolución califica literalmente como «absurda», pero que planteamos a efectos meramente dialécticos, **de que se pudiera considerar que en estos casos estamos ante la exigencia de una responsabilidad civil que nace del delito**, a cuyo pago habría sido condenado el sujeto al que se le notifica la diligencia de embargo, entonces habríamos de razonar que dicha obligación no habría nacido de la ley, es decir, que no sería una obligación *ex lege*, sino que sería una obligación que habría nacido, por mutación, de la sentencia judicial. Y siguiendo la hipótesis de este razonamiento, **si esta supuesta «obligación indemnizatoria» naciera de la sentencia penal de condena y no de la ley tributaria, entonces aplicarían las normas sobre la responsabilidad civil**, y no serían de aplicación las normas tributarias. ¿Qué tiempo debería pasar, entonces, para que prescribiera esta, mal llamada, responsabilidad civil?

Para discernir cuál sería el plazo de prescripción para exigir esta supuesta responsabilidad civil *ex delicto* (aunque insistimos en que, con arreglo a la Sentencia del TS de 8 de junio de 2018, no es tal y no tiene tal naturaleza), ha de tenerse presente que, como la responsabilidad civil *ex delicto* es una deuda de naturaleza civil surgida en el marco de un procedimiento penal, esta se rige tanto por la LEC, como por las disposiciones del CP y del CC. El problema es que las normas penales que regulan la prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito omiten cualquier mención al plazo aplicable, lo que ha dado motivo a diferentes interpretaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales (Gallego Martínez, 2016).

El CC establece que los derechos y acciones de cualquier clase se extinguen por la prescripción, en perjuicio de toda clase de personas, por el mero lapso del tiempo fijado por la ley. Parece pacífico que a la responsabilidad civil derivada del delito le resultaría aplicable el plazo establecido en el artículo 1.964.2 del CC; este comenzaría a contar «desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación» (esto es, desde la firmeza de la sentencia); y cualquier actuación en relación con la exigencia de responsabilidad civil interrumpiría el plazo de prescripción iniciado.

En esta línea, **la Sala Segunda del TS ha venido entendiendo que, a la acción civil *ex delicto*, le será de aplicación el plazo de prescripción establecido por el artículo 1.964.2 del CC**, por tratarse de una de las acciones personales que no tienen plazo especial de prescripción²⁴. Idéntica remisión al artículo 1.964.2 del CC ha efectuado el TS cuando se

²⁴ Por todas, puede verse, por ejemplo, Sentencia del TS 329/2007, de 30 de abril (rec. núm. 1111/2006).

ha encontrado ante una responsabilidad civil *ex delicto* subsidiaria²⁵ o ante la responsabilidad no derivada de delito del partícipe a título lucrativo *ex artículo 122 del CP*²⁶.

Antes de la reforma de la LEC, operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, se entendía que el plazo de prescripción de la acción civil *ex delicto* era de 15 años. La situación ha cambiado radicalmente debido a la considerable reducción del plazo establecido por el artículo 1.964.2 del CC, ya que, por virtud dicha reforma, se ha rebajado el plazo de prescripción a cinco años. En efecto, este artículo ahora reza:

[...] las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación²⁷.

Se plantea la duda, entonces, de si a una responsabilidad civil derivada de delito fiscal, determinada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/2015, aplicaría el plazo actual de cinco años, o si debería continuar rigiéndose por el plazo anterior a la reforma, es decir, el de 15 años. A mi juicio, **sería defendible que, a todas las exigencias de estas obligaciones les aplicara ya el nuevo plazo de prescripción del artículo 1.964.2 del CC.**

En primer lugar, porque para definir cuál es la ley aplicable al ejercicio de una acción de exigencia de responsabilidad civil, no debe atenderse al momento en que esta responsabilidad fue determinada por sentencia, sino al momento en que esta responsabilidad se exige, es decir, al momento en que esta acción se ejercita.

En segundo lugar, porque **esta interpretación es acorde con el imperativo del CP que establece el incontestable principio de retroactividad de lo favorable al reo**²⁸. Así, dice el artículo 2.2 del citado texto legal:

No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

Como bien se ha señalado en los escasos pronunciamientos judiciales del orden penal que se han emitido, sobre la importancia de este nuevo plazo de prescripción de la acción civil *ex delicto*:

²⁵ Sentencia del TS 413/2016, de 13 de mayo (rec. núm. 1254/2015 –NFJ079030–).

²⁶ Sentencia del TS 600/2007, de 11 de septiembre (rec. núm. 1746/2006).

²⁷ Es la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la que ha rebajado el plazo.

²⁸ A favor de esta tesis parece mostrarse Juan Alberto Díaz López (9 de enero de 2017).

[...] conforme a esa reforma del artículo 1.964 del CC, el plazo general de prescripción de las obligaciones personales pasa a ser de cinco años; todo ello sin olvidar que la nueva redacción del precepto analizado sería favorable al obligado al pago y que la *mens legislatoris* pone de manifiesto la voluntad legislativa de reducir el plazo de prescripción y de establecer una coordinación con otros preceptos del Ordenamiento jurídico²⁹.

En definitiva, parece jurídicamente innegable que estamos ante una deuda tributaria que no ha mutado en otra cosa por el hecho de que su *quantum* haya sido establecido en un proceso penal y determinado en una sentencia judicial, y por ello, nos decantamos por defender que, para su exigencia, rige el plazo de prescripción del derecho tributario, es decir, el de cuatro años del artículo 66 de la LGT.

Pero en caso de que se considerase que estuviéramos ante una cantidad exigible como responsabilidad civil *ex delicto*, entonces el plazo de prescripción para exigir esta responsabilidad decaería a los cinco años desde que la sentencia judicial de condena fuera firme, ya que debe entenderse que, desde entonces, es cuando pudo exigirse el pago (en aplicación del art. 1.971 CC³⁰).

Es importante destacar que, en virtud de lo establecido en la disposición adicional décima de la LGT, desde que la sentencia es firme, los juzgados y tribunales deben encomendar la exigencia de esta pretendida responsabilidad civil a la Agencia Tributaria, ya que, desde entonces, podían haber requerido a esta para que consiguiese la total satisfacción de la misma. De modo que, si no lo hacen en plazo, decae su derecho.

6. El planteamiento de la imprescriptibilidad

Ocurre, o ha venido ocurriendo, que muchos juzgados no han actuado más allá de dictar sentencia, y han permanecido inactivos después de la sentencia o después de un único requerimiento de pago frustrado, a pesar de las posibilidades que les brinda la ley de efectuar la encomienda a la Administración tributaria de la investigación patrimonial necesaria para conocer las rentas y patrimonio del condenado.

Ahora bien, **una cosa es que haya juzgados y tribunales que, en ocasiones, no hayan actuado con la debida diligencia y no hayan ordenado las encomiendas de cobro, y otra muy distinta es que, por esta razón, deba defenderse la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil derivada del delito, pues esta tesis colisionaría frontalmente con**

²⁹ Sentencia de la AP de Palencia, 14/2016, de 25 de febrero (rec. núm. 12/2016), y Sentencia de la AP de Salamanca, 33/2016, de 22 de septiembre (rec. núm. 14/2016).

³⁰ Dicho artículo prevé: «El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia comienza desde que la sentencia quedó firme».

el principio de seguridad jurídica, en función del cual resulta necesario que el obligado al pago pueda atenerse a un plazo determinado desde que pudo exigírsele el cumplimiento de su obligación.

No obstante, un Auto de 19 de marzo de 2018, dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. núm. 1/2017), reconociendo que la normativa relativa a la responsabilidad civil *ex delicto* y a la acción para obtener su declaración, especialmente por lo que respecta a su prescripción, es deficitaria y compleja, y que aún lo es más la referida a la responsabilidad civil declarada ya en una sentencia firme condenatoria pendiente de ejecutar y a su relación con la prescripción de las penas; y reconociendo que los tribunales y juzgados han venido archivando por prescripción, transcurridos los quince años de paralización a que se refería el artículo 1.964.2 del CC, aquellas ejecutorias con responsabilidades civiles *ex delicto* pendientes de ejecutar, generalmente tras un solo requerimiento de pago fallido o infructuoso y, en no pocas ocasiones, sin atender siquiera a la investigación de los posibles bienes del penado, todo ello pese a lo dispuesto en el artículo 984.3 de la LECrim.; sostiene la imprescriptibilidad de esta responsabilidad civil³¹.

Este auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña reconoce que existen muchas resoluciones en contra de su criterio³², pero cita, en favor de su tesis, el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la AP de Madrid de 9 de enero de 2018, en el que se expresa que la responsabilidad civil impuesta en sentencia es imprescriptible, sin distinguir según que se hubiese dado inicio o no a su ejecución, teniendo en cuenta que, en el proceso penal, la ejecución ha de ser promovida en todo caso de oficio (art. 984.3 LECrim.).

En efecto, este auto señala que existe una diferencia esencial entre el proceso de ejecución forzosa de la responsabilidad civil *ex delicto* según se acometa ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción penal, ya que, en el caso de aquella, una vez dictada la sentencia condenatoria, el acreedor deberá presentar la correspondiente demanda para instarla (art. 549 LEC) en el plazo de cinco años, pues en otro caso caducará su acción ejecutiva (art. 518 LEC), mientras que en el proceso penal la ejecución de la responsabilidad civil *ex delicto*, declarada en la sentencia penal, será promovida en todo caso de oficio desde el momento en que se declare su firmeza (art. 984.3 LECrim.). Precisamente por la no necesidad de solicitar la ejecución, señala el auto, no cabe hablar de caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial. En la línea de este auto se ha pronunciado, por ejemplo, la AP de Barcelona³³.

³¹ A favor de esta tesis, Ucelay y Solar Calvo (8 de agosto de 2018), esta última jurista de Instituciones Penitenciarias.

³² Podemos citar los Autos de la AP, Penal, de Barcelona, Sección 7.ª, de 17 de septiembre de 2009 (rec. núm. 590/2009); AP de Baleares, Sección 1.ª, de 25 de julio de 2006 (rec. núm. 75/2006); AP de Sevilla, Sección 3.ª, de 18 de abril de 2012 (rec. núm. 9650/2011).

³³ Auto de la AP de Barcelona de 26 de abril de 2018 (rec. núm. 194/2018), que estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado por el Juzgado de instrucción 2 de Tarrasa en ejecutoria.

Debe reconocerse que no existe ninguna norma que expresa y explícitamente imponga esta prescripción, así como que el instituto de la prescripción siempre se ha manejado con criterios restrictivos al entrar en colisión con el derecho de la víctima; también debe reconocerse que el artículo 239 del CC establece la prosecución de actuaciones hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado.

Pero también ha de tenerse en cuenta que una sentencia estimatoria crea para el beneficiado por la misma (la Hacienda Pública, si hablamos del delito del art. 305 CP) un nuevo título y abre un nuevo plazo de prescripción, y que, precisamente, si la acción para exigir el cumplimiento de una resolución judicial firme no tiene señalado un plazo específico de prescripción, entonces la solución no puede ser la imprescriptibilidad, sino que debe regirse por el plazo genérico del artículo 1.964 del CC. A mi juicio, no cabe otra interpretación posible, si se analiza la situación de acuerdo con el principio de seguridad jurídica³⁴.

Como hemos visto, en realidad el TEAC se decanta por esta opción, cuando afirma que la prescripción de esta llamada responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública se rige por el plazo del artículo 1.964 del CC³⁵.

A ello debe unirse el argumento de que no resulta fácilmente defendible la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil cuando la legislación prevé mecanismos muy potentes (se ponen a disposición de juzgados y tribunales todos los órganos y medios de la Administración tributaria) para su exigencia dentro de un plazo razonable, así como que, en la exposición de motivos de la Ley 42/2015, se anunció que la reforma pretendía obtener un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de seguridad de un plazo máximo.

En definitiva, sin querer ir, en absoluto, en contra de un sistema procesal que constituya un eficaz instrumento de protección a las víctimas de hechos delictivos, considero que no cabe avalar una tesis en favor de la imprescriptibilidad de la responsabilidad derivada del delito contra la Hacienda Pública con argumentos basados en la eventual indefensión del perjudicado³⁶.

La lucha contra el fraude fiscal es imprescindible para mantener el Estado de Bienestar, pero esta batalla ha de llevarse a cabo con armas legales, proporcionadas y justas; de lo contrario, destruiríamos el Estado de Derecho.

³⁴ A favor de esta otra tesis, Ucelay y Solar Calvo (8 de agosto de 2018).

³⁵ En la Resolución de 29 de junio de 2017, *supra* citada.

³⁶ En contra, sin embargo, Victoria Gallego (2016), quien considera que si un procedimiento penal finaliza con declaración de responsabilidad civil no operará la caducidad ni la prescripción, procediéndose de oficio a su ejecución hasta el total resarcimiento del perjudicado.

7. La posibilidad de acudir al auxilio judicial ante estas diligencias de embargo de la AEAT

La primera vez que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS se ha pronunciado sobre las posibilidades de recurso de las diligencias de embargo, sobre las que versa este trabajo, ha sido en Sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de 16 de junio de 2016³⁷, en la que la Sala afirma que **la disposición adicional décima de la LGT es una disposición que «no es del todo completa» y que ha sido desarrollada por vía reglamentaria, a pesar de ser una materia que debería haberse desarrollado por ley.**

En efecto, la sentencia señala que ha sido el RGR el que ha establecido cómo se pueden impugnar las actuaciones de recaudación dictadas para exigir las obligaciones dimanantes de una sentencia judicial de condena en un delito fiscal. Dice el TS que el artículo 128.2 del mencionado RGR establece «en forma que correspondía hacer por ley», que:

Contra los actos del procedimiento administrativo de apremio dictados por los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para la exacción de la responsabilidad civil por delito contra la Hacienda pública podrá interponerse recurso de reposición o reclamación económico-administrativa, salvo que los motivos de impugnación aducidos se refieran a la adecuación o conformidad de los actos de ejecución impugnados con la sentencia que hubiese fijado la responsabilidad civil por delito contra la Hacienda pública objeto de exacción por el procedimiento de apremio; en este caso, la cuestión deberá plantearse ante el juez o tribunal competente para la ejecución.

La sentencia aclara que, aunque la ejecución de la responsabilidad por delito contra la Hacienda Pública no se hace ya de forma directa por los órganos del orden jurisdiccional penal, como ocurría con anterioridad, «ello no supone que se haya desapoderado a estos últimos de toda potestad en este orden»; que «antes bien, debe entenderse que lo que se ha establecido es una fórmula de colaboración de la AEAT con los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal»; y que ello «viene autorizado por el artículo 118 de la Constitución».

Ya hemos mencionado anteriormente que únicamente esta interpretación de la encomienda como una colaboración, como un sistema de auxilio, por parte de la Administración tributaria, para la debida ejecución de las sentencias, permite entender que el precepto no es contrario al artículo 117.3 de la CE, en el que se dispone que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corres-

³⁷ Sentencia dictada en el recurso número 805/2015 (NFJ079026). La Sala reconoce expresamente que:

[...] esta es la primera vez en que esta Sala se pronuncia en un asunto en el que resulta aplicable la Disposición Adicional Décima de la Ley 58/2003, General Tributaria y de otro, el recurso de casación plantea una cuestión que es susceptible de generalización.

ponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establecen».

La sentencia explica que, frente a estas diligencias de embargo, se puede y debe acudir a la vía ordinaria de recursos establecida en la LGT; que no procede utilizar el cauce del artículo 217 de la LGT (precepto que regula las causas por las que se puede instar una nulidad de pleno derecho), más que de forma subsidiaria a los recursos ordinarios; y que, el que se haya procedido al embargo por parte de la AEAT, no significa que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, no acogándose la pretensión del recurrente de que previamente se debería haber declarado y exigido la responsabilidad con arreglo a las normas propias del derecho tributario (arts. 40 y concordantes LGT).

Por consiguiente, **la eventual oposición al embargo debe realizarse, en su caso, por los medios previstos en la LGT** (recurso de reposición o reclamación económico-administrativa), de conformidad con lo establecido en el artículo 163 de la misma, que preceptúa que el procedimiento de apremio tiene carácter exclusivamente administrativo.

Como es de ver, esta sentencia no resuelve el problema que mencionábamos en los epígrafes precedentes, ya que, si dice que no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, no es porque no se haya notificado previa providencia de apremio, cuestión que no se analiza, sino por otra razón. El planteamiento del recurso era otro: que no se había respetado el procedimiento porque no se había declarado la responsabilidad del sujeto al que se pedía el pago. De modo que queda sin resolver la duda jurídica de si en estos casos es necesaria la providencia de apremio (como sostiene la LGT con carácter general) o si no lo es (como sostiene el TEAC).

Pero si traemos a colación esta sentencia es porque permite vislumbrar una interpretación favorable a razonar que contra estas diligencias se puede acudir al juez encargado de la ejecutoria, a plantear, por ejemplo, la prescripción.

En efecto, **si los motivos de oposición a los actos de recaudación de la Agencia Tributaria se refieren a la adecuación o conformidad de los actos de ejecución impugnados con la sentencia judicial, entonces sí que puede y debe plantearse la cuestión ante el juez o tribunal competente para la ejecución**, pues así se deduce de la expresión «salvo que» contenida en el artículo 128.2 del RGR, precepto que utiliza la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en la sentencia citada.

Recordemos que este precepto preceptúa que, contra los actos del procedimiento administrativo de apremio –dictados por los órganos de recaudación de la AEAT para el cobro de estas cantidades, que se establecen en sentencia y que han sido erróneamente calificadas de responsabilidad civil por delito contra la Hacienda Pública–, lo que cabe es recurso de reposición o reclamación económico-administrativa, «salvo que los motivos de impugnación aducidos se refieran a la adecuación o conformidad de los actos de ejecución impugnados con la sentencia», porque en ese caso sí que se debe acudir al juez o tribunal competente para la ejecución.

Pues bien, entre los motivos que cabe oponer ante el juez o tribunal encargado de la ejecutoria se hallaría, a mi juicio, el de la prescripción, en aquellos casos en que ni la Agencia Tributaria ni el juzgado o tribunal del orden penal, cada uno en virtud de la potestad (originaria la del juzgado en virtud del art. 117.3 CE, vicaria la de la Agencia Tributaria, en virtud del art. 118 CE) que tenían para ejecutar la sentencia, hubieran actuado en plazo.

Otro caso en el que cabría acudir al juez encargado de la ejecutoria es aquel en el que la Administración tributaria no respetase la decisión judicial de que el condenado pueda realizar el pago de las responsabilidades pecuniarias de forma fraccionada. Como ha resuelto en fechas relativamente recientes la AP de Barcelona, aceptando la tesis del recurrente, la disposición adicional décima de la LGT no excluye la competencia del juzgador para todo lo referente al eventual fraccionamiento del pago de las responsabilidades pecuniarias:

[...] una cosa es actuar bajo el mandato imperativo de la citada Disposición Adicional 10.^a de la Ley 58/2003 General Tributaria, ordenando la exacción de las responsabilidades pecuniarias derivadas de un delito contra la Hacienda Pública por el procedimiento administrativo de apremio, remitiendo para ello testimonio de las actuaciones judiciales para que la Administración Tributaria ejecute de tal forma las cuantías pendientes de pago, y otra diversa es renunciar al control judicial de la ejecución, pues en modo alguno la delegación que la citada Disposición comporta a favor de la Administración Tributaria puede conducir a tal rechazable consecuencia.

En efecto, sobre el alcance de la mencionada Disposición Adicional 10.^a se ha pronunciado con anterioridad esta Audiencia Provincial declarando que la jurisdicción para la ejecución corresponde en todo caso al órgano judicial y la Administración en este caso la AEAT por mandato legal, actúa como vicario o colaborador de los órganos judiciales para llevar a debido efecto el título de ejecución, en este caso la Sentencia y el auto declarando su firmeza, pero esta dinámica no debe ser vista como un abandono por el órgano judicial de su función competencia y responsabilidad.

[...]

Así por ejemplo es adecuada la comunicación a la AEAT de importes parciales ya satisfechos y de todo posterior ingreso voluntario para deducirlo del importe total y acomodar el procedimiento de apremio en todo momento a la realidad. También se respeta en todo caso el régimen de imputación de pagos del art. 126 CP e igualmente es de ver cómo la AEAT puede liquidar los intereses para su exacción pero, y aunque nada dice la Disp. Adc. 10.^a LGT, estos deben ser aprobados por el órgano judicial

[...]

Es por ello por lo que no cabe dejar en manos de la Administración Tributaria todo lo concerniente a las anteriores cuestiones, así particularmente en cuanto al tiempo máximo del aplazamiento o el concreto cálculo de intereses de demora, sin que al respecto resulten aplicables las normas administrativas, pues son las penales las que han de surtir plenos efectos así tanto por lo que respecta al pago de

la multa como de la responsabilidad civil, manteniendo el órgano judicial su plena competencia para decidir al respecto y bajo el mandato de los preceptos penales aplicables³⁸.

En definitiva, resulta palmario que, si la potestad de la Administración tributaria es solo delegada, no puede excluirse al juez, que ostenta la potestad originaria, del control de su ejercicio.

8. Conclusiones

La exigencia por parte de la AEAT, a través de diligencias de embargo, de las cantidades, distintas de las penas o multas, que una persona es condenada a pagar en virtud de sentencia judicial firme, como consecuencia de la comisión de un delito del artículo 305 del CP, no contraviene, en principio, la potestad originaria de juzgados y tribunales de hacer ejecutar lo juzgado constitucionalmente establecida, sino que es consecuencia de una fórmula de colaboración que nace como potestad delegada, aunque en lógica tributaria, es cuanto menos cuestionable que ello pueda hacerse sin haberse notificado una previa providencia de apremio.

Dilucidar cuál sea la naturaleza jurídica de estas obligaciones no es cuestión exenta de polémica, ya que, aunque la LGT y el CP las califican de «responsabilidad civil *ex delicto*», es difícil sostener que tengan este carácter. En realidad, y como afirma recientemente la Sala de lo Penal del TS, desechando la llamada *teoría de la mutación del título*, esta obligación siempre fue y sigue siendo deuda tributaria; no es la consecuencia del delito, sino su presupuesto; es una obligación *ex lege*, que nace de la ley y no de la sentencia. Todo ello se corrobora porque el propio CP prevé que su importe comprende la total deuda tributaria, incluidos los intereses de demora, desde que se dejó de ingresar; cuando, si fuera una obligación *ex delicto*, hablaríamos de intereses legales que solo se devengarían desde la querrela o denuncia.

Atribuir un carácter u otro (de obligación *ex lege* o de obligación *ex damno*) a estas cantidades es fundamental a la hora de dilucidar el plazo de prescripción del derecho a su exigencia. Si, como consideramos más correcto, estamos ante una obligación tributaria, entonces habríamos de atender al plazo de cuatro años del derecho tributario, como si de otra deuda tributaria se tratara. Y solo si se sostuviera que debe prevalecer su calificación legal de *responsabilidad civil* sobre su verdadera naturaleza jurídica, acudiríamos al plazo de prescripción de las acciones del derecho civil, que en su regulación actual prevé un plazo de cinco años para su ejercicio, desde que la sentencia adquiere firmeza. La tesis de la imprescriptibilidad no parece sostenible en términos de seguridad jurídica, cuando, además, se cuenta con todos los medios de la Agencia Tributaria para proceder a la ejecución y no puede, por ello, apelarse a la indefensión del perjudicado.

³⁸ Auto de la AP de Barcelona, Sección Tercera, de 11 de noviembre de 2019 (rec. núm. 600/2019).

Ante estas diligencias de embargo de la AEAT, habremos de acudir a la vía ordinaria de recursos administrativos (recurso de reposición o reclamación económico-administrativa), salvo que los motivos de oposición se refieran a la adecuación de los actos de ejecución impugnados con la sentencia judicial, en cuyo caso cabría acudir a la jurisdicción penal. La primera sentencia que, sobre el particular, se ha emitido desde la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS permite llegar a esta conclusión. De otro modo, esta potestad de la Administración tributaria, que se justificó por su carácter meramente vicario, podría no encontrar encaje en el artículo 117.3 de la CE, precepto que atribuye en exclusiva, a jueces y tribunales, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Referencias bibliográficas

- Coloma Chicot, José Alberto. (2001). La reintegración de los conceptos tributarios defraudados en los supuestos de delito fiscal ¿un problema de responsabilidad civil «ex delicto»? *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*. Volumen VI.
- Díaz López, Juan Alberto. (9 de enero de 2017). *El nuevo plazo de prescripción de la acción civil ex delicto*. Legal Today.
- Díaz López, Juan Alberto. (13 de junio de 2018). *Relaciones entre el Derecho Tributario y el Penal a raíz de la sentencia por el caso Nóos. ¿Revivido el debate sobre prescripción tributaria y delito fiscal?* Lefebvre.
- El Derecho.com. (2018). *La responsabilidad civil declarada en sentencia*. Lefebvre. Recuperado de <<https://elderecho.com/la-responsabilidad-civil-declarada-en-sentencia>>.
- Falcón y Tella, Ramón. (2004). La ejecución de las sentencias penales por la Agencia Tributaria. *Quincena Fiscal*, 5, 5-8.
- Gallego Martínez, Victoria. (2016). *Responsabilidad civil derivada del delito-prescripción*. Recuperado de <<https://ficp.es/wp-content/uploads/2016/06/VICTORIA-GALLEGO-COMUNICACION-RESPONSABILIDAD-CIVIL-DE-RIVADA-DEL-DELITOdefi.pdf>>.
- García Novoa, César. (2004). Elementos de cuantificación de la obligación tributaria. En Rafael Calvo Ortega (Dir.) y José Manuel Tejerizo López (Coord.). (2004), *La nueva Ley General Tributaria* (capítulo V). Thomson-Civitas.
- Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito*. (3.ª ed.). Civitas.
- Martín Queralt, Juan, Lozano Serrano, Carmelo, Tejerizo López, José Manuel y Casado Ollero, Gabriel. (2008). *Curso de derecho financiero y tributario*. (19.ª ed.). Tecnos.
- Sanz Díaz-Palacios, José Alberto. (2010). *Consideraciones sobre la responsabilidad civil por delito fiscal en el derecho español*. Recuperado de <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/27_249a266.pdf>.
- Ucelay, Paloma y Solar Calvo, Puerto. (8 de agosto de 2018). ¿Prescribe la responsabilidad civil ex delicto? Legal Today.



La administración de la justicia tributaria en España

José Andrés Rozas

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Barcelona*

Extracto

Como es bien sabido –y más allá de los llamados recursos gubernativos, propiamente dichos– la revisión de los actos tributarios, de la Hacienda estatal española, se estructura en dos fases: una primera, imprescindible y administrativa (el económico-administrativo), a la que puede seguir una segunda, de naturaleza propiamente judicial (el contencioso-administrativo).

Todo parece indicar que una de las causas que explican el considerable índice de conflictividad que preside las relaciones tributarias en España es, precisamente, que este modelo de justicia tributaria de doble filtro –administrativo y judicial– presenta profundas carencias, en términos de eficacia y equidad. Así lo ha evidenciado recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*.

Pues bien, la reforma de la administración de la justicia tributaria no se puede abordar sino desde la comprensión de su origen y evolución (epígrafe 1), para, desde el análisis de su estado actual (epígrafe 2), poder vislumbrar y planificar su eventual transformación (epígrafe 3), que podría pasar por la conversión del económico-administrativo en una jurisdicción contencioso-tributaria, a la que se accedería desde una revisión gubernativa previa orientada a la conciliación, a la prevención del litigio (conclusiones).

Palabras clave: justicia tributaria; económico-administrativo; contencioso-tributario; litigación tributaria.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 14-07-2020

* Cfr. STJUE, *Santander*, de 21 de enero de 2020 (asunto C-274/14 –NFJ075840–).

Cómo citar: Rozas, J. A. (2020). La administración de la justicia tributaria en España. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 35-74.





Justice tax administration in Spain

José Andrés Rozas

Abstract

As it is well known –and beyond the so-called governmental resources, strictly speaking– the review of the tax acts, of the State Treasury, is structured in two phases: a first, essential and administrative one (the economic-administrative one), which can be followed by a second, of a properly judicial nature (the contentious-administrative one).

Everything seems to indicate that one of the reasons that explain the significant rate of conflict that exists in tax matters in Spain is, precisely, that this model of tax justice with a double filter –administrative and judicial– presents deep weaknesses, in terms of efficiency and equity. The European Court of Justice has recently pointed this out.

So, the reform of the tax justice administration can only be approached from the understanding of its origin and evolution (section 1), in order to, from the analysis of its current state (section 2), to be able to foresee and project its possible reform (section 3), which could go through the transformation of the economic-administrative into a proper tax jurisdiction, which would be accessed from a previous administrative revision aimed at conciliation, to the resolution of the dispute (conclusions).

Keywords: tax justice; tax dispute resolution; tax litigation; tax courts.

Citation: Rozas, J. A. (2020). La administración de la justicia tributaria en España. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 35-74.





Sumario

Planteamiento

1. Origen y evolución

2. El presente

2.1. ¿Cómo se ha llegado hasta aquí?

2.2. ¿Qué resultados arroja el sistema?

2.3. El recurso previo económico-administrativo

2.4. El envite del TJUE, en su Sentencia *Banco de Santander* (asunto C-274/14)

3. Su reforma y futuro

4. Conclusiones

Referencias bibliográficas

La Administración no emplea jamás la astucia, los recursos arteros de un litigante, no tiene interés en aprovechar los errores y descuidos del contrario; su más ardiente deseo es conciliar con el cumplimiento de sus deberes, no solo el derecho, si que también el simple interés de cualquier ciudadano

Joaquín Abella

Tratado de Derecho administrativo español, III, 1888, p. 197¹

Planteamiento

Es ya unánime la percepción de que el índice de litigiosidad en las relaciones tributarias en España –desde hace demasiado tiempo considerable– obedece a causas sistémicas de muy diverso orden². Su pacificación pasa por actuar, sin duda, en todas las fases de la controversia: desde su génesis, en los procedimientos de aprobación de la normativa, hasta su gestación en los de aplicación de los tributos, para intentarlo, también, en su fase final de resolución, en los procesos jurisdiccionales en los que finalmente se haya incardinado.

Por otra parte, es preciso asumir que el derecho financiero contemporáneo no puede lograr un cumplimiento adecuado de sus objetivos sino mediante una formulación y aplicación del mismo en el que se concite la colaboración de los distintos sujetos involucrados en su realización, entrelazados en relaciones de interdependencia, lo que adquiere una singular intensidad en lo relativo a la resolución de las controversias tributarias, en los sistemas organizativos de la administración de la justicia tributaria.

Pues bien, a nadie se le escapa que el modelo español de resolución de controversias tributarias presenta carencias estructurales notorias que condicionan de forma evidente el derecho del contribuyente al justo proceso, a la tutela judicial efectiva. En derecho tributario español se da la circunstancia, ciertamente peculiar, de que se superponen dos jurisdiccio-

¹ Citado por Nieto, A. (1966, p. 37).

² *Cfr.* entre la bibliografía más reciente, la colosal obra colectiva dirigida por Lago Montero (2018), en la que se hace un análisis exhaustivo del particular.

nes –una administrativa (híbrida y procesalmente imprescindible), y otra propiamente judicial, pero no limitada a lo tributario– en el proceso de revisión de la validez de los actos tributarios.

Curiosamente, las primeras manifestaciones de justicia administrativa moderna que cabe identificar en el derecho público español aparecen en relación con la revisión de contribuciones públicas, tributarias, nada menos que en 1821³. A lo largo de estos dos siglos ha ido adquiriendo forma un sistema de revisión, gubernativa y judicial, de los actos tributarios cuya estructura basilar no ha sido objeto de una reforma en profundidad desde 1973.

Recientemente, la jurisprudencia europea ha evidenciado, en términos irrefutables, las profundas limitaciones del mismo. La inaplazable reforma de la administración de la justicia tributaria española no se puede abordar sino desde la comprensión de su origen y evolución (epígrafe 1), para, desde el análisis de su estado actual (epígrafe 2), poder vislumbrar y planificar su eventual transformación (epígrafe 3), que podría pasar por la conversión del económico-administrativo en una jurisdicción contencioso-tributaria, a la que se accedería desde una revisión gubernativa previa orientada a la conciliación, a la prevención del litigio (conclusiones).

1. Origen y evolución

La historia del modelo español de administración de justicia, en lo relativo a las Administraciones públicas, es la de la tensión y alternancia entre el sistema de justicia retenida –a imagen del Consejo de Estado francés– y el de justicia delegada a jueces especialistas –siguiendo el modelo judicialista, de corte germánico y anglosajón– que se prolongó durante todo el siglo XIX.

En lo relativo a la revisión de actos de naturaleza tributaria, desde los albores del Estado constitucional se impuso el modelo de revisión retenida. El corazón del sistema de justicia tributaria –la organización y procedimiento de lo «económico-administrativo»⁴– tiene su origen en el siglo XIX y, en sus rasgos esenciales –con sus naturales modificaciones–, ha pervivido

³ «El Decreto de 25 de junio de 1821 "instaura" –como señala Santamaría Pastor, J. A. (1973): (*Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1973)– el germen de lo que más tarde será la jurisdicción económico-administrativa» (Pérez Moreno, 2000, p. 17).

⁴ Es verdaderamente sintomático que los primeros pasos de lo económico-administrativo, mediante la llamada Ley Camacho, de 31 de diciembre de 1881 –que inicialmente regulaba sin distinción todo el sistema de recursos tributarios gubernativos, aunque ya en 1885 se apuntase una incipiente distinción entre los de gestión y los de reclamación– se anticipase tanto a la Ley Santamaría de Paredes, del contencioso-administrativo, de 13 de septiembre de 1888, como a la Ley Azcárate, de bases del procedimiento administrativo, de 19 de octubre de 1889. Cabría afirmar que Hacienda, en realidad, se anticipó en el tiempo –¿inspiró?– los grandes cuerpos normativos del derecho administrativo español.

hasta nuestros días⁵. Constituye, así, la revisión de los actos de naturaleza tributaria una excepcionalidad en la estructura de la justicia administrativa española que, para otros ámbitos y con carácter general, está concentrada en la llamada jurisdicción contencioso-administrativa.

Como se ha mencionado, en la gestación del modelo de impugnación de la actuación de la Administración los textos constitucionales españoles bascularon entre el sistema de revisión retenida por el propio Ejecutivo –a través de sus órganos especializados, Consejo Real (más tarde de Estado) y Consejos provinciales– y el del ejercicio de tal función por el Poder judicial, a través de un ejercicio delegado de la potestad jurisdiccional. Finalmente –tras sucesivas alternancias de ambos modelos⁶– en el orden administrativo triunfó, con la ley de 1888, el sistema de justicia delegada. Sin embargo, en materia tributaria se da la circunstancia –decididamente extravagante– de que se han conservado ambos modelos de forma superpuesta y, a mi modesto parecer, ineficiente: «jurisdicción» retenida, económico-administrativa, más jurisdicción delegada, contencioso-administrativa.

En sus orígenes remotos, sin embargo, no fue así. La primera manifestación de justicia administrativa en nuestra historia constitucional –como institución jurídica nacida tras la

⁵ La historia de la vía económico-administrativa –en realidad, de toda la justicia administrativa tributaria española– está magistralmente relatada, con todo lujo de detalles, hasta la fecha de publicación de la obra, por Serrera Contreras (1966). Trabajo insólitamente original en la literatura jurídica española, que combina certeramente la dimensión administrativa, tributaria, procesal y organizativa del fenómeno.

⁶ De forma efímera la Constitución de 1812 se decantó por el modelo justicialista, rápidamente abandonado con la reinstauración del absolutismo. Inspirada en las ideas de Silvela, reticente a la idea de que los jueces –especialistas o no– pudiesen enmendarle la plana a la Administración, se aprobaron las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, primera manifestación propiamente dicha de una justicia administrativa, retenida, pues las resoluciones de sus órganos –Consejos Real y provinciales– requerían confirmación administrativa. En el llamado bienio progresista (1854-1856) se suprimieron tales órganos y se creó el primer Tribunal contencioso-administrativo, aun cuando sus competencias continuaban siendo retenidas. Finalizado el mismo, el Real Decreto de 16 de octubre de 1856 recuperó los Consejos –pasando a denominarse de Estado el antes calificado como Real– hasta que, en el marco de la conocida como Revolución gloriosa, el Decreto de 13 de octubre de 1868 suprime los fueros privilegiados, también el de Hacienda, y establece, por primera vez, una jurisdicción contenciosa plena. De nuevo en 1875, con la Restauración, se recupera la jurisdicción retenida de los Consejos. Por fin, la Ley de 13 de septiembre de 1888, sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, conocida como de Santamaría de Paredes, se decantó decididamente –y ya sin retorno– por el modelo de justicia administrativa delegada que ha llegado hasta nuestros días y que, en su evolución posterior, se ha finalmente incardinado en el Poder judicial, eso sí, en una jurisdicción especial, a través del Decreto de 22 de junio de 1894 y de la Ley de 5 de abril de 1904, por las que su cúspide recaló finalmente en el Tribunal Supremo (TS), que no en el Consejo de Estado. La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956 –de la que no es sino su correlato constitucional la vigente– ultimó dicho proceso de consagración del modelo de justicia administrativa delegada pasando a ser desde entonces los Tribunales contencioso-administrativos «una Sala más de la organización judicial común» (Martín Retortillo, 1966, p. 172). Una exhaustiva recopilación normativa de todo ello se puede encontrar en Fernández Torres (2007). El análisis de dicha evolución, desde un estudio detenido de las discusiones parlamentarias durante el periodo moderado, se puede consultar en Aguado i Cudolà (2000).

caída del Antiguo régimen (Garrido Falla, 1968, p. 9)– data de 1813⁷, y lo que establecía era –precisamente en materia tributaria– que las controversias con la Administración se ventilaran directamente ante órganos judiciales –eso sí, y es muy sintomático, asistidos por un denominado «Abogado fiscal», en tanto que defensor de los intereses del Fisco– en dos instancias, siendo el acto administrativo únicamente ejecutivo una vez que hubiera sido validado en la primera de ellas.

El colapso que produjo en la Hacienda pública este sistema es lo que condujo a la creación, en 1821, del primer antecedente del económico-administrativo, como jurisdicción especial retenida, ¡pero única!, no superpuesta a una segunda jurisdicción contenciosa, como ocurre hoy en día. Solo más tarde, en 1845, aparecería, en el orden administrativo que no en el de los asuntos de la Hacienda pública, la primera formalización de la jurisdicción contencioso-administrativa con naturaleza revisora, entonces retenida (Parada Vázquez, 1969, p. 59).

Este sistema de organización de la justicia administrativa obedece a lo que Nieto (1966, p. 38) caracteriza como su provisión íntegra en el seno de la propia Administración, que se divide entre una parte «activa», que gestiona, y otra «pasiva», que revisa lo realizado por aquella, y que en materia tributaria ha pervivido hasta nuestros días –desde su primera formalización como tal en el RD de 30 de agosto de 1901– distinguiendo la Ley General Tributaria⁸ entre la «aplicación» de los tributos (título III) y la «revisión de las actuaciones y procedimientos tributarios» (título V), en el que se reserva un capítulo, el cuarto, a la administración de justicia tributaria por los «órganos económico-administrativos, que actuarán con independencia funcional en el ejercicio de sus competencias» (art. 228.1 LGT)⁹.

En un primer momento, en la Ley Camacho de 1881, los órganos del económico-administrativo eran los mismos que componían la Administración tributaria «activa», los delegados de Hacienda y los directores generales en primera instancia, y el ministro en alzada. La saturación de recursos hizo que poco después, en 1892, se crease el Tribunal Gubernativo del Ministerio de Hacienda, hoy Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC)¹⁰, y, de forma casi inmediata, en 1901, los Tribunales gubernativos de primera instancia, primer

⁷ Cfr. Decreto CCCIX, de 13 de septiembre de 1813, por el que se crean los juzgados especializados en el conocimiento de los negocios contenciosos de la Hacienda pública.

⁸ Ley núm. 58, de 17 de diciembre de 2003, General Tributaria (LGT).

⁹ Verdaderamente singular en este sentido es que el antecedente más remoto de esta separación de funciones, y primer ámbito de lo hacendístico en la que toma forma, es el de los «Tribunales de primera instancia de clases pasivas» (1868) –así llamados pese a ser órganos gubernativos– integrados por funcionarios jubilados, separados del servicio activo (Serrera Contreras, 1966, p. 47, not. 26).

¹⁰ Con la función, abiertamente declarada en la exposición de motivos del real decreto por el que se crea (de 29 de diciembre) de descargar al ministro –D. Valentín Gamazo– de la función de resolver reclamaciones para que se pudiera centrar en el impulso y gestión de la esfera «activa» de su quehacer (Serrera Contreras, 1966, p. 49).

antecedente de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales (TEAR), constituidos como tales en 1924. Se consagró con ello, tempranamente, el principio que hasta la fecha ha presidido nuestro modelo de justicia tributaria como retenida en el seno de la Administración, pero con división funcional –inicialmente más aparente que real– entre los órganos de aplicación de los tributos y los de revisión de lo actuado.

Nacida inicialmente como jurisdicción subjetiva –aunque no siempre fue única¹¹– de la Hacienda estatal, progresivamente se fue extendiendo su ámbito competencial a las pensiones, «clases pasivas», de los empleados públicos (1892), las obligaciones del Tesoro Público (1902), las Haciendas locales (1924), las tasas y exacciones parafiscales (1958), las resoluciones de los Jurados tributarios (1959), las relaciones tributarias entre particulares –retenciones y repercusiones (1980)–, los actos dictados por las Administraciones autonómicas en aplicación de los impuestos cedidos (1983), e, incluso, hasta 1995, a las actuaciones de recaudación de la Seguridad Social.

Su normativa legal se contiene, hoy en día, en el título quinto de la LGT, ya desde su primera versión de 1963, históricamente desarrollada en tres reglamentos generales –1924, 1959 y 1996– previos al vigente, que es de 2005¹².

A lo largo de su evolución los tribunales de lo económico-administrativo no siempre, con todo, tuvieron la misma composición. Hasta fecha relativamente reciente los miembros del TEAC, siete con el presidente, sí tenían dedicación exclusiva a las tareas de revisión, pero en el ámbito de los tribunales regionales su composición variaba en función del tema objeto de resolución pues estaban constituidos –como en sus inicios– por el delegado de Hacienda, que lo presidía, el interventor, el responsable de la dependencia donde se dictó el acto recurrido y el secretario, abogado del Estado (cuerpo de la Administración, este, profundamente ligado al desarrollo de lo económico-administrativo y, en realidad, a toda la historia contemporánea de nuestra Hacienda).

No es hasta 1980 cuando el presidente del TEAC y sus vocales pasan a ser nombrados por el Gobierno, oído el ministro de Hacienda que, a su vez, nombrará al presidente y los

¹¹ Hasta 1980 pervivieron las Juntas provinciales de Aduanas y los Tribunales provinciales de contrabando que, *ratione materiae*, conocían de los asuntos relativos a ambos ramos, siendo las resoluciones de los segundos recurribles ante un Tribunal Superior de contrabando, que se subsumió en el TEAC en 1967. También hasta la misma fecha, 1980, estuvieron vigentes en derecho tributario español los denominados «Jurados tributarios» que juzgaban «en conciencia, en equidad» sobre «cuestiones de hecho», poniendo fin a la vía administrativa –con dos fases territorial y central– sin que su motivación se trasladase al justiciable ni sus resoluciones fuesen impugnables en lo contencioso, en el económico-administrativo hasta 1959, salvo por vicios de procedimiento, aprobación o distribución indebida de las reglas de las entonces vigentes «evaluaciones globales», o exceso de jurisdicción cuando entraban a juzgar sobre cuestiones «de Derecho».

¹² Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa.

vocales de los TEAR, en ambos casos «entre funcionarios de dicho Ministerio (Hacienda), de las Comunidades Autónomas o de los cuerpos nacionales de Administración local»¹³, salvo en el caso del secretario condición que, como tradicionalmente, ha seguido recayendo sobre un funcionario de la Abogacía del Estado.

Es tal la fortaleza del modelo que aunque en un primer momento, al afianzarse en nuestro diseño constitucional la autonomía financiera de las corporaciones locales, se desgajaron del mismo las Haciendas locales¹⁴ –salvo respecto de aquellos actos relativos a los tributos locales que han continuado en el ámbito competencial de la Administración general del Estado– más tarde, al ofrecerse a las grandes ciudades la posibilidad de replicarlo son muchas –con una sonora excepción en Cataluña– las que lo han adoptado. Lo mismo sucede en el ámbito de las Haciendas forales y en el de las autonómicas que, aunque bien podrían haber optado por el modelo de revisión administrativa mediante alzada, que rige en el resto del derecho público español¹⁵, se han venido inclinado por crear órganos especializados generalmente con la misma denominación –poco transparente, por cierto– que la utilizada por la Administración general del Estado¹⁶.

Aunque pudiera pensarse que su función originaria fuera la de revisar los actos tributarios en aras de mejorar la calidad del actuar ordinario de la Administración –concebida como una oportunidad para detectar fallas, completar carencias o afinar en el juicio– en realidad ha adoptado la forma de jurisdicción especializada, de perfil extravagante: a) se le atribuyen competencias en lo relativo a la formación de doctrina administrativa, incluso con aparentes funciones nomofilácticas para armonizarla; b) está compuesta, en su integridad, eso sí, por funcionarios cuyo nombramiento no reviste garantías particulares en términos de inamovilidad; c) mientras que sus procedimientos son claramente de corte judicial –demanda, alegaciones, prueba, salas...– estando prevista inveteradamente una eventual fase de apelación (alzada).

¹³ Artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980, de 5 de julio, de bases sobre procedimiento económico-administrativo. Había costado casi un siglo conseguir que la separación de funciones se tradujera de forma efectiva en que «las autoridades decisoras sean diferentes, no solo en grado sino también en naturaleza, de los funcionarios gestores» (Serrera Contreras, 1966, p. 134).

¹⁴ Cfr. RDL de Bases del Régimen Local, de 1985.

¹⁵ No sin limitaciones, en el caso de las de régimen común, y solo en lo relativo a sus tributos propios. En la revisión de los actos de aplicación de los impuestos cedidos –como se ha recordado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2020, de 18 de junio–, no se les ha reconocido competencia normativa al respecto y, por otra parte, se ha de respetar el régimen jurídico básico de revisión tributaria estatal cuyos aspectos procedimentales se consideran procedimiento común (art. 149.1.18.º CE).

¹⁶ En Cataluña se ha optado por una denominación más expresiva de su función: Junta de Tributos de Cataluña. Regulada en su régimen orgánico y funcional en la Ley núm. 17, de 1 de agosto de 2017, del Código Tributario de Cataluña.

A esta primera «jurisdicción»¹⁷ se superpone una segunda –albarda sobre albarda y mediando en discordia un acto de por sí ejecutivo– estrictamente judicial, cuyos componentes provienen íntegramente de la carrera judicial –adquieren su competencia tributaria en el ejercicio de su función en lo contencioso– y en la que, más allá de la casación, al menos en la esfera de la Administración general del Estado, no cabe apelación, segunda instancia.

Otro modo de ver la evolución histórica del particular es concebir los tribunales extraordinarios de Hacienda –antecedentes de la vía económico-administrativa– como una segunda instancia administrativa «privilegiada», compatible con la jurisdicción contencioso-administrativa, que es como quedaría formalmente configurada a partir de 1881 (Nieto, 1968, p. 37).

De un modo u otro –como recurso previo gubernativo o como instancia administrativa especial– el cariz claramente jurisdiccional que ha adquirido con el tiempo la vía económico-administrativa ha conducido a una situación material de superposición contradictoria de dos recursos formalmente muy semejantes, deducido el primero ante especialistas en derecho tributario –cuya independencia, se quiera o no, siempre estará en entredicho– y sustanciado el segundo ante jueces de carrera cuya formación tributaria es –sin que ello suponga dudar de su solvencia– sobrevenida y no del todo completa, por ejemplo, en Contabilidad¹⁸.

Este modelo de doble filtro jurisdiccional, con todo, es relativamente reciente. Tanto en el sistema de Santamaría de Paredes como, en un primer momento, en el modelo de 1956¹⁹, la revisión de los actos tributarios –y de otras actuaciones a las que, como se acaba de señalar, a lo largo del tiempo, se fue extendiendo su competencia– discurría en paralelo a la de la jurisdicción contencioso-administrativa, y por el cauce específico del económico-administrativo. Salvo por lo que respecta a la eventual revisión de sus resoluciones en la cúspide del sistema, primero en el Consejo de Estado y más tarde en el TS. Se trataba, pues, de un foro privilegiado o de una jurisdicción administrativa especial, *ratione materiae*.

Debido al colapso experimentado por el TS a raíz de la entrada en vigor de la LJCA (1956), en los primeros años de la década de los setenta se modificó el artículo 10 de dicho texto legislativo²⁰ para extender la jurisdicción de las Audiencias territoriales a los recursos

¹⁷ «La jurisdicción económica constituye una clara excepción en cuanto que es la única estructurada a base de un principio de separación de funciones y órganos. La especialidad que en ello ha logrado el Ministerio de Hacienda es evidente y significadísima» (Serrera Contreras, 1966, p. 141).

¹⁸ «En cuanto a la especialización de los Jueces y Magistrados, es fácil constatar que aunque los órganos jurisdiccionales encargados de conocer de los recursos en materia tributaria estén integrados por Magistrados especialistas de lo contencioso-administrativo, no existe en realidad una auténtica especialización en materia tributaria, más allá de la que proporciona la propia experiencia profesional de los distintos Magistrados y su mayor o menor interés por esta materia» (De la Nuez Sánchez-Casado y Pérez Torres, 2000, p. 71).

¹⁹ Cfr. Ley núm. 363, de 27 de diciembre de 1956, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA).

²⁰ Cfr. Ley núm. 10, de 17 de marzo de 1973, de modificación de la LJCA.

que se dedujeran contra las resoluciones de «recursos administrativos, incluido el económico-administrativo».

A partir de dicha fecha, 1973²¹, en realidad la vía económico-administrativa quedó desvirtuada, pues, como jurisdicción administrativa privilegiada, y pasó a adoptar la forma de recurso previo, y preceptivo –al contencioso-administrativo– de forma casi casual e inadvertida, pese a suponer un cambio trascendental en su estructura y efectos.

Y no como una expresión más del largo proceso a través del que el contencioso-administrativo fue, durante todo el siglo XIX, recabando para sí materias inicialmente ventiladas en otras jurisdicciones, la civil en particular (Aguado i Cudolà, 2000, *passim*), sino como atribución de una potestad revisora a la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria de lo resuelto por otros órganos administrativos con vocación jurisdiccional, sin reformarlos. Provo-cándose, así, una duplicidad, un solapamiento de procesos, verdaderamente pernicioso.

En el sistema precedente a 1973, ciertamente, el TS podía anular resoluciones económico-administrativas, pero esa casación tenía lugar única y exclusivamente en la cúspide del sistema judicial, quedando hasta ese momento garantizada la unidad de criterio interpretativo jurisdiccional a través del sistema de jerarquía conforme al que se organizaban los tribunales económico-administrativos. En definitiva, hasta 1973 el sistema de justicia tributaria español obedeció al modelo de jurisdicción especial retenida, en cuya cúspide, eso sí, desde 1902, estuvo el TS. Lo que permitía una unidad doctrinal en materia tributaria²² que hoy en día es inviable²³.

²¹ Con la creación de la Audiencia Nacional (AN), en 1977, pasó a encomendarse a este órgano la revisión de las resoluciones del TEAC (cfr. Ley núm. 39, de 5 de julio de 1980, de Bases del procedimiento económico-administrativo).

²² Buena prueba de ello es que toda la «doctrina judicial fiscal» se podía compilar en volúmenes que se limitaban a compendiar las resoluciones del TS y las del Tribunal Central, debidamente ordenadas por materias. Así, por ejemplo, se recogió en un único volumen (2.778 páginas, en papel biblia a dos columnas) toda la generada, nada menos que entre 1902 y 1957, en materia de lo que hasta esa fecha se denominaba Tarifa de Utilidades, y que equivaldría a la actual imposición sobre la renta (Rodríguez Navarro, 1958). En otro que recogiese la misma doctrina generada por ambos tribunales –Supremo y Central– sobre el resto de los impuestos y contribuciones por entonces existentes –Derechos reales, Timbre, Aduanas, Usos y Consumos y Haciendas locales– se habría podido completar el panorama, congruente, de la integridad de la doctrina judicial tributaria.

²³ Se habría de distinguir, para empezar, entre la doctrina administrativa del TEAC y la de los diferentes TEAR, por una parte, y la doctrina judicial de los TSJ y de la AN, por otra, con la guinda de la jurisprudencia del TS, en tercer lugar. Más la de los juzgados de lo contencioso-administrativo para las cuestiones relativas a las Haciendas locales en los que son competentes, sin descuido de la autonómica y foral. Todo ello sin contar, naturalmente, con la constitucional, la de Luxemburgo y la de Estrasburgo. Aun con un esfuerzo hercúleo de digitalización, el resultado nunca sería congruente e incontrovertible, sino de mero panorama de «doctrinas judiciales», lo que no deja de tener costes en términos de seguridad jurídica, de predictibilidad del derecho.

A partir de esa fecha, 1973, se produce un entrecruzamiento de las dos jurisdicciones –económico-administrativa y contencioso-administrativa– en la planta territorial de todo el territorio nacional que genera una dispersión de criterios interpretativos y una tensión entre los asentados en una y otra jurisdicción. Se puede dar el caso, y no tendría por qué ser infrecuente, de que el TEAC hubiese dictado, en unificación de criterio, una resolución manteniendo un criterio contrapuesto al del que viniera sosteniendo una sala, que no otras, de lo contencioso-administrativo de un determinado Tribunal Superior de Justicia (TSJ). Pues bien, el TEAR de dicha jurisdicción se vería enfrentado a un dilema verdaderamente paradójico –en particular desde la perspectiva del contribuyente– de tener que elegir entre atenerse a la doctrina dictada por su superior administrativo jerárquico, o acomodarse en su decisión a lo que sabe que es el criterio que al respecto mantiene la Sala de lo Contencioso-Administrativo que habrá de enjuiciar el recurso que, con toda probabilidad, se interpondrá en caso de que siga el criterio sentado por el TEAC²⁴, arriesgándose incluso a que la Administración sufra una gravosa condena en costas²⁵.

2. El presente

En el pensamiento de Santamaría de Paredes –al formalizar el vigente modelo de jurisdicción contencioso-administrativa en 1888– se advierte con claridad la tensión, que había presidido toda su gestación, entre el modelo de atribución de la función jurisdiccional en materia administrativa al Poder judicial o la opción de retenerlo en el ámbito propio del Poder ejecutivo, aun cuando atribuyendo tal función a órganos especiales (Álvarez Menéndez, 2018, p. 98). Consciente de las ventajas e inconvenientes de ambos sistemas, el legislador se decidió por incardinarlo en el Poder judicial, pero encomendando su administración a una jurisdicción especial de tipo mixto, integrada por «hombres de Administración y Justi-

²⁴ Cfr. al hilo de este dilema, las reflexiones de Adame Martínez (2019). Este grave problema se percibió ya, con agudeza y prontitud, por quien con más detalle ha estudiado el devenir de esta jurisdicción, al afirmar, a los pocos meses del cambio legislativo, que «... sobre todo padece la tarea unificadora de criterios que antes realizaba el TEAC, oscurecida ahora por esa revisión de sus criterios ante múltiples órganos, que además no son de ámbito nacional. Si estos llegan a resoluciones contradictorias la situación, de por sí mala, no puede ser más grave» (Serrera Contreras, 1974, p. 235; el original de esta conferencia se me facilitó por Xavier Suñé, a través de nuestro común amigo, Esaú Alarcón –con ambos he quedado en deuda– y me ha sido esencial para poder ubicar el tiempo y el modo en el que lo económico-administrativo dejó de ser una jurisdicción especial administrativa para transformarse en un recurso previo administrativo).

²⁵ «Pues bien, la frecuente contradicción entre las resoluciones de los TSJ entre sí, y de estos con la AN se comunica, como es lógico, a los órganos de revisión económico-administrativos, ya que no es fácil mantener sistemáticamente un criterio contrario al del órgano judicial que ha de revisarlo, aunque este criterio esté avalado por el Tribunal Económico-Administrativo Central. Es más, el Tribunal en cuestión (o más bien, la Administración del Estado) puede arriesgarse a una condena en costas» (De la Nuez Sánchez-Casado y Pérez Torres, 2000, p. 68).

cia, nombrados dentro de ciertas categorías y con la calidad de inamovibles» (Santamaría de Paredes, 1885, p. 833)²⁶.

El sistema de justicia tributaria, en cambio –como se acaba de referir– permaneció prácticamente al margen de la jurisdicción contencioso-administrativa, como si de una jurisdicción especial retenida se tratase, hasta 1973. Desde 1902 compartiendo con aquella la cúspide del sistema, en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS. Pero no es hasta el tardofranquismo cuando se produce la plena «absorción» de lo tributario por el contencioso-administrativo en su integridad, asumiendo funciones jurisdiccionales al respecto primero las Audiencias territoriales, y, más tarde, la AN y los TSJ, para completarse el cuadro en 1998 con el despliegue de los juzgados de lo contencioso-administrativo, con competencias en materia de tributos locales y en los tributos propios autonómicos. Conviene ahora detenerse en el estudio de su evolución más reciente.

2.1. ¿Cómo se ha llegado hasta aquí?

La adaptación de nuestro sistema de justicia administrativa a las exigencias del texto constitucional de 1978, y al modelo de organización del poder territorial en el mismo esbozado, ha estado bien lejos de resultar sencilla y congruente.

En un proceso de reformas, tal vez un tanto espasmódico, primero se organizó el Poder judicial²⁷, a partir de la creación de unos juzgados de lo contencioso-administrativo que no llegarían a implantarse hasta el año 1998, mientras se acometía una ordenación de las demarcaciones judiciales también construida sobre la premisa de lo que aún no funcionaba²⁸, y se afrontaba una reforma procesal urgente²⁹, quizás no del todo atenta a las consecuencias que comportaba en el modelo de justicia administrativa. Un sistema contencioso-administrativo concebido a partir de un recurso de apelación ante los TSJ en el que la primera instancia, los juzgados unipersonales, fueron la última pieza a la que se dio forma, en 1998, estaba llamado, sin duda ninguna, a producir disfunciones, congestión e incongruencias, particularmente en la cúspide del sistema³⁰.

²⁶ Esta inamovilidad del nombrado para administrar justicia tributaria, como significativo de su independencia, es, sin duda, uno de los aspectos que han pesado más en el TJUE al dictar su sentencia de 21 de enero de 2020 sobre los órganos económico-administrativos cuyos vocales no gozan de garantías especiales, establecidas por ley, en cuanto a su remoción y cese, equiparables a las que disfrutaban los miembros de la judicatura.

²⁷ Ley orgánica núm. 6, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial (LOPJ).

²⁸ Ley núm. 38, de 28 de diciembre de 1988, de Planta y Demarcación Judicial.

²⁹ Ley núm. 10, de 30 de abril de 1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

³⁰ Por una parte, en el TS se mantuvo, en una primera fase, el recurso de revisión previsto en la LJCA (1956), al mismo tiempo que se suprimía el de apelación –sin que estuvieran desplegados los juzgados–

Tampoco ha sido ni lineal en el tiempo ni coherente en su configuración la función atribuida al TS en el orden contencioso-administrativo. Ha venido actuando tanto como tribunal de única instancia para determinados asuntos³¹, como de revisión puramente formal, atento, en determinadas etapas, a la preservación del *ius litigationis* de las partes, como, en otras, al ejercicio de la función nomofiláctica del ordenamiento.

Durante todo este proceso de reformas procesales en lo contencioso-administrativo, tanto en la delimitación de los órganos propios de dicha jurisdicción, como de la planta judicial y de los procesos, no se han alterado, con todo, las bases del modelo de justicia tributaria que adoptó su estructura actual, tal y como se señalaba más arriba, en los últimos años del franquismo.

En el ámbito de la Hacienda estatal el modelo de administración de justicia tributaria se articula en dos jurisdicciones superpuestas:

- a) La primera, integrada en el Ministerio de Hacienda y compuesta en su totalidad por funcionarios adscritos al mismo, es de naturaleza administrativa y obedece al modelo de jurisdicción retenida, preceptiva, y previa –desde 1973– a la vía judicial.
- b) Agotada esta primera fase –que, eventualmente, puede constar de dos instancias– se pasa a la segunda jurisdicción, esta sí de naturaleza estrictamente judicial, que para la Hacienda estatal se agota en una sola fase, ante el TSJ de la comunidad autónoma correspondiente al órgano periférico que dictase el acto recurrido, o ante la AN, en el caso de que la resolución se hubiera dictado por el TEAC, en única o segunda instancia. En supuestos tasados, las sentencias pueden ser objeto de casación ante el TS, cuya función nomofiláctica ha ganado preponderancia y relevancia en la reforma de 2015.

Ciertamente, se trata de un sistema al que se pueden reconocer ciertas fortalezas, virtudes y ventajas:

- a) La fase administrativa actúa como filtro de la judicial, es formalmente gratuita, no requiere asistencia letrada, y se sustancia ante órganos de revisión formalmente

viniéndose a cercenar, así, la doble instancia en lo contencioso. En un segundo momento, se incorporó el modelo de casación civil, pero sin la fase de admisión y con un límite de cuantía tan elevado que desnaturalizaba su función nomofiláctica, supuestamente la principal, hasta que la Ley Orgánica núm. 7, de 21 de julio de 2015, de reforma de la del Poder judicial, vino a implantar el vigente modelo de casación (cfr. Álvarez Menéndez, 2018, pp. 114-120).

³¹ «Desde los primeros tiempos de andadura de la jurisdicción contencioso-administrativa podemos constatar la atribución en primera y única instancia del conocimiento de determinados asuntos al Tribunal que constituye la cúspide de la jurisdicción» (Álvarez Menéndez, 2018, p. 102, not. 137).

separados de los de gestión, de tan inveterada tradición como rentabilidad financiera, en términos de coste-beneficio³².

- b) La segunda fase –que podría concebirse como de apelación– permite una revisión de la causa por un órgano judicial plenamente independiente y con una cierta especialización tributaria, con la garantía de la asistencia letrada, por discurrir ante una jurisdicción propiamente dicha, cuyos integrantes son todos miembros de la carrera judicial.
- c) Para quien dispone de tesorería suficiente para afrontar los sucesivos litigios, el hecho de que la doctrina constitucional garantice que la devolución de ingresos indebidos vaya acompañada del abono por la Administración de los intereses de demora devengados desde su pago permite afrontarlos con ciertas garantías financieras, más allá de que los gastos de defensa legal nunca vendrán compensados, por cuanto incluso cuando se condena en costas a las Administraciones tributarias las cuantías de las mismas son testimoniales.

Pero también presenta sus puntos endebles y sus aspectos ambivalentes:

- a) La independencia formal de la primera revisión –que es preceptiva– no está garantizada, desde el momento en que sus vocales no gozan de inamovilidad, son funcionarios del Ministerio de Hacienda –en su abrumadora mayoría miembros de los mismos cuerpos administrativos que quienes emiten los actos enjuiciados– últimamente auxiliados en sus tareas por inspectores de la AEAT que realizan tareas de «informe», debido a razones coyunturales relacionadas con las dificultades para reclutar personal de plantilla en los tribunales, en buena medida por las diferencias retributivas entre los órganos de aplicación de los tributos y los de revisión.
- b) La naturaleza meramente revisora de la justicia administrativa, unida al juego de la retroacción de actuaciones en los supuestos de estimación de las pretensiones del contribuyente por razones formales y –al menos para los actos emitidos en procedi-

³² El personal destinado en los tribunales económico-administrativos no superaba, en las estadísticas de 2017, los 750 empleados. Con arreglo a las mismas se ha calculado en unas 800 resoluciones las que informa por año cada vocal, lo que supone una media de tres diarias. En esas condiciones –y aunque en los últimos años se ha incrementado notablemente su productividad– a duras penas logran despachar el mismo número de asuntos que ingresan, en torno a los 200.000 anuales, sin que disminuya el volumen de asuntos pendientes. Su dotación de personal está lastrada por problemas estructurales que últimamente se han tratado de paliar reforzando sus órganos con personal cedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), lo que, sin duda, distorsiona aún más su apariencia de independencia. Dado el volumen de asuntos que se retienen en esta fase de revisión –con una deuda de en torno a 8.000 millones de euros– y los escasos recursos materiales y humanos de que están dotados, es evidente, pues, que su rentabilidad financiera para la Administración de la Hacienda pública –no tanto para el conjunto de los contribuyentes– es más que notable. Más allá, claro está, de los problemas sistémicos y de tutela judicial efectiva que arrastra el modelo.

mientos de inspección– al juego del artículo 150.7 de la LGT, que congela la fecha de la liquidación inicial en caso de anulación, lleva consigo que la suspensión de la ejecución durante la tramitación de los recursos con facilidad se transforme en una trampa financiera que puede llevar, incluso, a la *reformatio in peius*.

2.2. ¿Qué resultados arroja el sistema?

De los datos, redondeados en sus cuantías, de litigiosidad que se vienen manejando, se pueden extraer algunas conclusiones ilustrativas en cuanto al estado de la administración de justicia tributaria en España:

- a) El índice de conflictividad es relevante, no tanto en relación con el número total de actos administrativos susceptibles de recurso, como en determinadas actuaciones de regularización³³, y, desde luego, comparado con lo que es habitual en otros países de nuestro entorno.
- b) Los asuntos pendientes no parece que puedan disminuir de modo significativo en un futuro próximo –a juzgar por los recursos públicos que se dedican a tal particular– pues aun cuando, en términos generales, la tasa de congestión no se incrementa (siendo cierto que los datos varían considerablemente de unos órganos a otros, en función de la jurisdicción y del territorio), tampoco disminuye de forma apreciable³⁴.

³³ La mayoría de los datos que aquí se utilizan están tomados del último informe anual realizado por el Centro de Justicia Administrativa de la UAM que, a su vez, bebe de las Memorias del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), del TEAC y de la AEAT. En el Plan estratégico de la AEAT (2020-2023) se han definido, por primera vez, indicadores de conflictividad, fijándose como objetivo su reducción cuantitativa y su mejora cualitativa. Tomando como denominador el conjunto global de actos dictados por la AEAT susceptibles de recurso, y como denominador los recursos de reposición y reclamaciones económico-administrativas presentadas cada año –en torno a 300.000– el índice de conflictividad, en realidad, no sería muy elevado, del 1,82 %. En el mismo Plan estratégico, sin embargo, se detectan ámbitos con recorrido para la mejora cualitativa: el 18 % de las actas de disconformidad objeto de recurso, por ejemplo, son anuladas, con una estimación total o parcial de las pretensiones de los recurrentes, por razones formales o sustantivas; por otra parte, algo más del 10 % de las liquidaciones relativas a IRPF, IS e IVA son objeto de recurso.

³⁴ Aun cuando en el económico-administrativo se vienen resolviendo unos miles de asuntos más que los que entran, estos últimos se mantienen en el entorno de los 200.000, y en 2017 los acumulados superaban los 300.000. Donde resulta más preocupante, sin duda ninguna –también por sus efectos sistémicos– es en lo relativo a los recursos de casación. De los datos que publica el CGPJ en su página web, se deduce que el 63 % de los admitidos, durante 2018, en la Sala 3.^a (707, de 1.105) versaban sobre asuntos tributarios. El número de recursos se incrementa exponencialmente –3.990 (2015), 8.686 (2018)– y, aunque la tasa de admisiones se ha reducido –19 % (2017), 11 % (2019)–, la pendencia crece de forma alarmante, de modo que el Gabinete técnico ya está dedicado de forma casi exclusiva a resolver admisiones. Se ha llegado a advertir del peligro de que esta situación de colapso puede «poner en riesgo la predecibilidad del sistema y la confianza de los justiciables en los criterios de selección de los asuntos, al incrementarse el porcentaje de inadmisiones más por “necesidades del servicio” que por falta de interés casacional» (Castillo Bonet, 2019, p. 5).

- c) Siendo muy diferentes los porcentajes de estimación de las pretensiones de los contribuyentes por materias –sustancialmente mayores en los impuestos cedidos o en las actuaciones catastrales– y sin que en la actualidad sea fácil evaluar las diferencias entre estimaciones totales o parciales y formales o de fondo, ciertamente el porcentaje global, para el conjunto de actuaciones y de Administraciones tributarias, parece elevado³⁵.
- d) La cifra de deuda suspendida por causa litigiosa que se da en el Plan estratégico de la AEAT es, para 2008, de 12.763 millones de euros, con un coste anual de intereses de demora satisfechos por la Hacienda pública –sin que se distinga la causa– tampoco insignificante, de 235,5 millones de euros en el mismo ejercicio³⁶.

2.3. El recurso previo económico-administrativo

Poco antes de la «absorción» de lo tributario por la jurisdicción contencioso-administrativa al completo (1973) el más fino estudioso de la evolución, estructura y ámbito propio de «lo» económico-administrativo no tenía ningún tipo de duda al calificar su naturaleza como de jurisdiccional³⁷.

Sin ningún género de dudas, «decir el derecho» *iuris dictio* –y la última palabra en derecho tributario (más allá de la revisión o casación ante el TS, desde 1902)– fue siempre su decidida vocación y a lo que obedeció con toda claridad su estructura organizativa y, marcadamente, la ordenación de su proceder³⁸.

³⁵ Dar una cifra global es siempre arriesgado y las generalizaciones, evidentemente, son imprecisas, pues se mezclan actos tributarios muy diversos, procedentes de diferentes Administraciones y sin que se distinga entre las causas de estimación. En todo caso, si la media de estimación en la fase administrativa –entre los órganos regionales y el central– que se deduce de las memorias del TEAC, y del Plan estratégico de la AEAT, sería del 30 %, de los que, en torno al 15 % son objeto de recurso contencioso, y siendo la tasa de estimación media en la fase judicial de alrededor del 35 %, el conjunto –entre fase administrativa y judicial– arrojaría un porcentaje global de estimación de en torno al 37 %. Pese a que la cifra del porcentaje de estimación en el TS no es específica de lo tributario sino de lo contencioso-administrativo en su conjunto, aparentemente resulta abultada, del 60 % de los admitidos, aun cuando, en realidad, el porcentaje supondría un 6 % del conjunto de los presentados.

³⁶ Solo en gastos de devoluciones por reembolso de los costes de avales prestados para garantizar el pago de deudas litigiosas a los que tiene que hacer frente cada año la AEAT en una pregunta parlamentaria realizada por D. Francisco de la Torre se daban cifras que variaban, entre 2013 y 2016 entre 13 y 24 millones de euros (Gil Soriano, 2019, p. 165, not. 7).

³⁷ Hasta el punto de que la conclusión de la monografía, que trae causa de su tesis doctoral defendida en la Universidad de Sevilla, lleva por título «Recapitulación sobre el ámbito jurisdiccional» (Serrera Contreras, 1966, p. 241).

³⁸ Es en este sentido muy sintomático que tradicionalmente no se contemplase en la ordenación de su procedimiento el silencio administrativo negativo, propio del derecho administrativo, que no del derecho

No obstante, la reforma de 1973 vino a alterar –tal vez de forma inadvertida– la naturaleza jurisdiccional de lo económico-administrativo, para mutarlo en la de recurso gubernativo previo al contencioso-administrativo. Se quiera o no. Eso sí, sin alterar lo más mínimo, antes bien, reforzándose en el tiempo, a través de las reformas procedimentales operadas en su ordenación en las sucesivas modificaciones de la normativa general tributaria, hasta la más reciente, de 2015. Tanto los preceptos legales que disciplinan lo económico-administrativo como, significativamente en su redacción actual, su ordenación reglamentaria, reflejan en su estructura las características propias de los órganos judiciales y regulan su proceder como si de un proceso –que no un procedimiento– se tratase: con salas, órganos unipersonales, demanda, contestación, réplica, dúplica, fase de prueba, suspensión de la ejecución... hasta recurso de apelación y una suerte de recurso de casación en interés de ley ante una sanedrín de notables (art. 243 LGT).

2.4. El envite del TJUE, en su Sentencia *Banco de Santander* (asunto C-274/14)

Hasta ahora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) venía pensando que lo económico-administrativo era una auténtica jurisdicción, con todos los requisitos para presentar cuestiones de prejudicialidad (origen legal, permanencia de sus miembros, aplicación de normas jurídicas, carácter obligatorio, independencia, proceso encaminado a la adopción de una decisión de naturaleza judicial y procedimiento contradictorio³⁹), no sin división de opiniones⁴⁰, y así lo consideró en dos relevantes sentencias, ambas –por cierto– con origen en el TEAR de Cataluña⁴¹.

procesal. Esa figura garantiza el acceso del ciudadano a la jurisdicción, acortando la vía de revisión administrativa. No tenía sentido en un económico-administrativo en el que ya se entendía que se estaba ante un juez que, tarde o temprano, resolvería, dado su carácter de jurisdicción especial y única (cfr. Clavero Arévalo, 1966, VI).

³⁹ Cfr. Sentencias del TJUE, *Vaassen-Göebbels*, de 30 de junio de 1966 (asunto C-61/65 –NSJ061725–, p. 395); *Syfait y otros*, de 31 de mayo de 2005 (asunto C-53/03 –NCJ040614–, §29), y *Margarit Panicello*, de 16 de febrero de 2017 (asunto C-503/15 –NCJ062073–, §27). «Whether the body is established by law, whether is permanent, whether it applies rules of law, whether its jurisdiction is compulsory, whether it is independent, whether it is called upon to give judgment in proceedings intended to lead to a decision of a judicial nature and, finally, whether it procedure is *inter partes*».

⁴⁰ Ciertamente, en otras ocasiones en las que tribunales económico-administrativos –u otros órganos más o menos semejantes de otros Estados miembros– habían planteado cuestiones prejudiciales, no faltaron abogados generales que se mostraron contrarios a su consideración, por entender que no se reunían los requisitos exigidos al respecto por el derecho de la Unión Europea, en particular por lo que –finalmente– se ha reconocido por el tribunal: sus carencias en términos de independencia. Cfr., con abundantes referencias jurisprudenciales al respecto, García Antón (2020).

⁴¹ Cfr. Sentencias del TJUE, *Gabalfrisa*, de 21 de marzo de 2000 (asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98 –NFJ008483–) y *Transportes Bessora*, de 27 de febrero de 2014 (asunto C-82/12 –NFJ053503–).

Pues bien, como ya apuntaba el abogado general Hogan, en sus conclusiones, y pese a que algunos comentaristas, con indudable sentido y buena intención, hicieron votos por que no fuera así (Ibáñez García, 2019), el TJUE ha sentenciado que a lo económico-administrativo le falta un hervor para ser una auténtica jurisdicción con competencia para interponer cuestiones de prejudicialidad: carece de aparente y suficiente independencia. Si el TJUE ha cambiado de criterio al respecto ha sido «habida cuenta, en particular, de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia relativa al criterio de independencia» (§55)⁴².

Y ello porque para que se pueda predicar la independencia de un órgano de resolución de recursos, a estos efectos, dice el tribunal, se debe «excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad» (§63)⁴³: a tenor del régimen jurídico que rige la composición del órgano, el nombramiento de sus miembros, los supuestos de abstención y recusación en caso de conflicto de intereses, y los que regulan su cese.

En definitiva, debe acreditarse la plena autonomía –sin vínculo jerárquico–, inamovilidad⁴⁴ en su puesto, imparcialidad –como «equidistancia [...], inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la estricta aplicación de la norma jurídica» (§61)⁴⁵–, y calidad de tercero en la causa, de los miembros del órgano de enjuiciamiento, «con respecto a la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida» (§62)⁴⁶.

Pues bien, a juicio del tribunal, lo económico-administrativo no cumple «con la exigencia de independencia, en su aspecto interno, que caracteriza a los órganos jurisdiccionales» (§77), básicamente por dos razones: a) En primer lugar, el sistema de nombramiento de sus componentes no está sujeto a garantías especiales⁴⁷ y «un sistema de esta índole no tiene entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las presiones indebidas por parte del poder ejecutivo» (§69)⁴⁸; y b) La composición de la Sala especial para resolver los

⁴² Cfr. Sentencia del TJUE, *Associação Sindical dos Juizes Portugeses*, de 27 de febrero de 2018 (asunto C-64/16 –NSJ058171–, §45).

⁴³ Cfr. Sentencia del TJUE, *TDC*, de 9 de octubre de 2014 (asunto C-222/13 –NFJ079182–, §29).

⁴⁴ La inamovilidad «que tiene por objeto proteger la persona de quienes tienen la misión de juzgar» (§58). Cfr. Sentencia del TJUE, *Wilson*, de 19 de septiembre de 2006 (asunto C-506/04 –NSJ021477–, §51).

⁴⁵ Cfr. Sentencia del TJUE, *Margairt Panicello*, de 16 de febrero de 2017 (asunto C-503/15 –NCJ062073–, §38).

⁴⁶ Cfr. Sentencias del TJUE, *Corbiau*, de 30 de marzo de 1993 (asunto C-24/92 –NFJ079184–, §15) y *TDC*, de 9 de octubre de 2014 (asunto C-222/13 –NFJ079182–, §29).

⁴⁷ «La garantía de inamovilidad [...] exige que los supuestos de cese de los miembros de ese órgano [...] ofrezcan garantías superiores a las previstas por las normas generales del Derecho administrativo y del Derecho laboral» (§60) lo que, a todas luces, no sucede con los vocales de los tribunales económico-administrativos, pues «... ha quedado acreditado [...] que el régimen de separación del Presidente y los vocales del TEAC no está previsto en una normativa específica, mediante disposiciones legales expresas como las aplicables a los miembros del poder judicial» (§66).

⁴⁸ Cfr. Sentencia del TJUE, *Syfait y otros*, de 31 de mayo de 2005 (asunto C-53/03 –NCJ040614–, §31).

recursos extraordinarios de unificación de doctrina (art. 243 LGT) evidencia una «confusión entre la condición de parte y la de miembro del órgano que ha de conocer el recurso» (§74).

En resumen, se advierten por el tribunal, en los tribunales económico-administrativos, unos «vínculos orgánicos y funcionales» (§76) con el Ministerio de Hacienda que no garantizan el que sus miembros puedan ser por completo ajenos a «presiones externas, directas o indirectas» (§68) en el desempeño de sus funciones de enjuiciamiento.

Son, pues, órganos administrativos, dependientes del Gobierno, cuyas resoluciones están sujetas a revisión judicial, propiamente dicha, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en el seno de la cual, por supuesto, se puede dar cauce al «mecanismo de revisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE» (§79). Lo que «no los exime de la obligación de garantizar la aplicación del Derecho de la Unión al adoptar sus resoluciones e inaplicar, en su caso, las disposiciones nacionales que resulten contrarias a las disposiciones de Derecho de la Unión dotadas de efecto directo» (§78).

El TJUE, en esta sentencia ha fulminado, pues, el artículo 237.3 de la LGT, que se había incorporado al texto de la LGT de 2003 en 2015, para regular el planteamiento por los tribunales económico-administrativos de cuestiones prejudiciales: lo ha vaciado de contenido, y ha afirmado con rotundidad, de forma inapelable, que los órganos económico-administrativos españoles no tienen naturaleza jurisdiccional, a los efectos de su eventual legitimación para plantear cuestiones de prejudicialidad, en los términos previstos en el artículo 267 del TUE.

3. Su reforma y futuro

Examinados los orígenes y evolución del sistema de administración de la justicia tributaria en España, y una vez que se ha pasado revista a su realidad presente, lo que es más difícil de postular e imaginar es su futuro inmediato. A este respecto el análisis se va a estructurar en tres bloques. En un primer orden de ideas se va a formular la reforma *de lege ferenda*, que, a tenor de todo lo hasta aquí expuesto, me atrevo a postular desde estas líneas. Una vez enunciada, se dará referencia de los fundamentos sobre los que se asienta, las razones que la sostienen. Por último, se detendrá el estudio en evaluar su viabilidad –técnica y política– desde la consideración de los obstáculos objetivos, y subjetivos, a los que se enfrentaría dicha reforma.

A mi modesto entender, la reforma del sistema de administración de la justicia tributaria en España debería de abordarse desde las siguientes premisas u objetivos:

- a) Simplificación del modelo, mediante la transformación –que no la supresión– de lo económico-administrativo, de inveterada tradición, demostrada cualificación técnica y rentabilidad.
- b) Participación en la reforma del sistema de todos los profesionales –inspectores, jueces, abogados, académicos– que tengan algo que aportar a la mejora de su funcionamiento.

- c) Homogeneidad en los fundamentos y estructura del modelo, que se construya como un sistema propio de la Hacienda general, y que pueda ser adaptado, como tal, a las necesidades específicas de las Haciendas estatal, autonómicas, forales y locales.
- d) Celeridad y flexibilidad en su fase preparatoria –en el seno de la Administración ante la que se suscita la controversia– buscando la conciliación, cuando las bases del conflicto se presten a ello, y centrándose en la preparación de la fase judicial, en caso contrario.
- e) Independencia, inamovilidad de los integrantes de los órganos de resolución de la controversia, cuando no haya sido posible la conciliación en la fase administrativa.
- f) Limitación de los costes del sistema, tanto en su administración como para el justiciable, desplazando los mismos a las fases judiciales del modelo y hacia quien recurra de forma poco sensata.

Desde estas premisas y objetivos, la reforma del sistema, tal vez, se debiera de encaminar en dos direcciones:

- a) Dotación, en todas las Administraciones tributarias, de unas oficinas de apelación a las que –con separación de funciones respecto de sus unidades operativas de aplicación de los tributos, pero en el seno de la misma Administración– se encomendase la tarea de buscar la conciliación –cuando el contenido de la controversia lo justificase– y de preparar el recurso judicial, cuando tal cosa no fuese posible o no tuviera sentido ni siquiera intentarlo.
- b) Creación de una jurisdicción contencioso-tributaria –única para todos los asuntos de naturaleza tributaria– con una fase de instancia, una segunda, de apelación, y un eventual recurso de casación ante el TS, con función nomofiláctica.

Las razones que sostienen esta propuesta, de escisión de la administración de la justicia tributaria en una fase previa, administrativa, de prevención y preparación del conflicto –en el seno de la propia Administración en la que se suscita, pero con separación de funciones– y una segunda fase, judicial, con dos instancias, son las siguientes:

- a) Es el sistema más común en derecho comparado⁴⁹ y, sobre todo, hacia el que han venido evolucionando aquellos en los que existían modelos semejantes al nuestro, como el Reino Unido, Alemania e Italia⁵⁰, destacadamente.

⁴⁹ «... el recurso administrativo es, en general, obligatorio en más del 75 % de los países encuestados antes de que el contribuyente pueda recurrir a la vía judicial» (OCDE, Foro de Administración tributaria, 2011, p. 313).

⁵⁰ Aun cuando el sistema italiano de justicia tributaria continúa dependiendo administrativamente del Ministerio de Hacienda, sus órganos estén presididos por un juez, con un primer recurso administrativo orien-

- b) Existe en la doctrina española⁵¹ –también entre representantes de la judicatura⁵², de la asesoría fiscal (AEDAF, 2012) e incluso de la Administración⁵³– con sus naturales matices y variantes, un acuerdo relativamente generalizado en este sentido.
- c) Aunque formalmente requeriría una ambiciosa reforma procesal (de la jurisdicción contencioso-administrativa) y tributaria (de lo económico-administrativo) en términos operativos tan solo –y no es poco, desde luego– supondría conservar la segunda integrándola en la primera y reconduciendo parte de sus efectivos hacia las oficinas de apelación, en el seno de la AEAT.

Desde el punto de vista político, una reforma de esta naturaleza requeriría un consenso de difícil, pero no imposible, consecución:

- a) Un primer principio de acuerdo tendría que lograrse en el seno del Consejo de Ministros –entre Justicia y Hacienda– pues supondría una reforma en profundidad del modelo de administración de justicia tributaria, en la que estarían implicados ambos gabinetes y, naturalmente, el CGPJ.
- b) En una segunda instancia, afectando la reforma a la estructura general del modelo en todos sus niveles territoriales, requeriría un acuerdo marco entre el Gobierno de la Nación y los de las comunidades autónomas de régimen común y foral, por una parte, así como con la Federación de Municipios y Provincias, por otra.

tado a la conciliación (*reclamo-mediazione*) obligatorio para las pretensiones de cuantía inferior a 50.000 euros, una primera instancia ante las denominadas Comisiones provinciales, una fase de apelación ante las regionales y el eventual recurso de casación ante el TS. Ciertamente, tiene problemas graves –particularmente de independencia, dedicación parcial y profesionalidad de los vocales que integran las Comisiones– y está en entredicho (en la última legislatura los tres grupos parlamentarios más representativos han presentado propuestas de reforma al respecto), pero hay un punto de encuentro muy claro entre todos los profesionales que participan en el mismo: su estructura es válida y, sobre todo, se ha de seguir caminando hacia una profesionalidad y mayor independencia de sus órganos, desvinculándolos definitivamente del Ministerio de Hacienda, así como reformar la ordenación del proceso para adecuarlo a las exigencias derivadas del principio del justo proceso (cfr. AA. VV., 2019).

⁵¹ Recientemente, se manifestaba en este sentido el profesor Palao, en su intervención en el Congreso de 2019, de la *European Association Tax Law Professors*, dedicado al estudio de la armonización europea de los procedimientos tributarios (las relatorías generales y nacionales del Congreso se pueden consultar en la página web de la EATLP: <<https://www.eatlp.org/congresses/this-years-congress>>). Partiendo de la premisa de la excelente calidad técnica de los órganos económico-administrativos, postulaba su transformación en una jurisdicción especial o en una sección especializada del contencioso-administrativo (Palao Taboada, 2019, p. 5); en el mismo sentido, *vid.* Falcón y Tella (2000, p. 6).

⁵² Cfr., por ejemplo, Calderón González (2010).

⁵³ «Nos parece que la solución de atribuir a un único órgano colegiado la revisión de todos los actos dictados en materia tributaria supondría un importante paso para la consolidación de un sistema armónico y solidario» (De la Nuez Sánchez-Casado y Pérez Torres, 2000, p. 70).

- c) Evidentemente, en la formulación del modelo sería imprescindible contar con la participación de sus protagonistas, que serían tanto los funcionarios implicados en su gestión –de los organismos económico-administrativos y de la AEAT– como de la magistratura, en el CGPJ, y la asesoría fiscal, desde sus organizaciones representativas y Colegios de Abogados y Procuradores⁵⁴.

Desde el punto de vista técnico, pasaría por una reforma normativa ambiciosa y otra funcional, en absoluto desdeñables en cuanto a su dificultad:

- a) Sería necesaria la reforma de la LOPJ, de la Ley de planta judicial, y de la LJCA, al menos, para crear la nueva jurisdicción contencioso-tributaria que, dada la tradición de esta denominación en derecho español sería, a mi parecer, el nombre más adecuado para la misma⁵⁵.
- b) También sería imprescindible la reforma del título V de la LGT, para crear las oficinas de apelación y el procedimiento previo al contencioso a sustanciarse ante las mismas, por una parte, y para transformar las reclamaciones económico-administrativas en el nuevo recurso contencioso-tributario de primera instancia.
- c) Los tribunales económico-administrativos se transformarían en tribunales contencioso-tributarios, integrados en el CGPJ, pudiéndose mantener su estructura actual, a la vez que se distinguiese entre los que tuvieran como ámbito territorial el autonómico –o foral–, y el central, que dejaría de tener funciones de unificación de doctrina y resolución de recursos para operar como único tribunal de instancia respecto de las actuaciones de los órganos centrales de la AEAT.
- d) El recurso de apelación se interpondría ante una nueva sala de lo contencioso-tributario –constituidas a partir de las actuales secciones que funcionan en las salas de lo contencioso-administrativo– en los TSJ –por cuanto se refiriese a las

⁵⁴ En términos de costes, en nuestro ordenamiento vigente es preceptiva la asistencia del procurador, que asume la representación procesal, cuando se actúa ante órganos colegiados. En tanto en cuanto no se modifique esta exigencia, si la primera instancia de la jurisdicción contencioso-tributaria que aquí se postula se articulase a través de juzgados de lo contencioso-tributario, no supondría un cambio sustancial en términos de costes, pues lo habitual es que para la interposición de la reclamación económico-administrativa se recurra a los servicios de un profesional. Si, en cambio, la primera instancia se sustanciase ante un órgano colegiado, al coste de la defensa se habría de añadir, ya en primera instancia, el preceptivo de la representación mediante procurador (*vid.* sobre los costes del litigio y, en concreto, de la representación procesal tributaria preceptiva mediante procurador Iglesias Caridad, 2018, pp. 72 y ss.).

⁵⁵ Esta es la denominación, también, que propone Iglesias Caridad (2018, p. 65). Cuando nace la expresión «económico-administrativo» (1901) venía referida al ámbito objetivo de actuación de la Hacienda en la gestión de los asuntos financieros, de gasto e ingreso público: «en todos los asuntos del orden económico» (hay que entender del orden financiero)» (Serrera Contreras, 1966, 136). Hoy en día resulta tremendamente confusa en derecho nacional e incomparable en el plano internacional.

sentencias de los tribunales territoriales, y en la AN para las sentencias del tribunal central⁵⁶.

- e) Dado que la reforma únicamente implicaría una transformación –en cuanto a su denominación y adscripción orgánica– de órganos que ya existen, el coste presupuestario de la misma no tendría por qué ser elevado.
- f) Mayor coste y complejidad técnica tendría la creación, en el seno de la AEAT, de las oficinas de apelación, que bien podrían configurarse a partir de la estructura de las actuales oficinas técnicas, con una transformación –eso sí, importante– de su ámbito competencial, funciones y orientación hacia la conciliación⁵⁷.
- g) No se advierte ningún obstáculo de entidad para que el modelo se replicase a nivel autonómico, foral y local, constituyéndose en cada una de las respectivas corporaciones –de sus Administraciones tributarias, con separación de funciones– oficinas de apelación ante las que sustanciar un recurso administrativo preceptivo⁵⁸, orientado a la conciliación y a la preparación de los eventuales recursos contenciosos, al que siguiera la fase judicial en términos idénticos a los establecidos para los recursos estatales, ante la jurisdicción contencioso-tributaria, dependiente del CGPJ.

Sin duda ninguna, la mayor dificultad operativa de una reforma semejante estaría en la transformación de los actuales tribunales económico-administrativos –dependientes del Mi-

⁵⁶ Desde sus orígenes en 1881 unos órganos de lo económico-administrativo resolvían, en primera instancia, respecto de los actos de los órganos de aplicación tributaria periféricos y otros respecto de los dictados por los órganos centrales. Tiene sentido mantener esta diferenciación –al transformarlo en contencioso-tributario– atribuyendo la competencia respecto de estos últimos al central, que ya no tendría, eso sí, competencia alguna de revisión de lo actuado por los de ámbito autonómico, foral o local respecto de los que resolverían en apelación los respectivos TSJ.

⁵⁷ «La importancia de una actitud razonable y cooperativa por parte de la Administración tributaria no debe nunca subestimarse, a la hora de evitar conflictos» (Espejo Poyato, 2015, p. 32). Al contrario, si esta actitud no formase parte del ADN de estas nuevas oficinas de apelación su virtualidad y eficacia quedaría muy mermada.

⁵⁸ Probablemente en las Haciendas locales sería el entorno en el que una reforma de estas características sería menos traumática pues, de hecho, ya viene funcionando así (*vid.* Lago Montero y García Frías, 2018). El *Consell tributari* en Barcelona, o los distintos organismos económico-administrativos que en otras grandes ciudades existen, podrían perfectamente orientarse y adecuarse para el desarrollo de la fase administrativa previa de conciliación, que en el ámbito de la Administración general del Estado correspondería a las oficinas de apelación: de hecho, en buena medida, ya actúan así. Por su parte, de los actuales juzgados de lo contencioso-administrativo podrían muy bien reclutarse excelentes profesionales que se integrasen en los tribunales contencioso-tributarios creados en cada comunidad autónoma –a partir de la infraestructura de los TEAR– y que, integrados en el Poder judicial, ya resultarían impecablemente competentes, en términos constitucionales, para resolver todos los recursos relativos a Haciendas locales. Este es, en definitiva, el modelo que subyace en las propuestas que se decantan por atribuir competencia universal en materia tributaria a los juzgados de lo contencioso-administrativo (*vid.*, en este sentido, Calatayud Prats, 2016, p. 610; en el mismo sentido se pronuncia Iglesias Caridad, 2018, p. 64).

nisterio de Hacienda e integrados por funcionarios de los cuerpos administrativos que en el mismo prestan servicios– en tribunales contencioso-tributarios integrados en el CGPJ. A este respecto cabría trabajar en la siguiente dirección:

- a) En todo caso, los tribunales contencioso-tributarios tendrían que estar presididos por un juez, que –como se hizo en procesos similares de transformación en Reino Unido, Italia y Alemania– podrían cooptarse a través de los concursos llamados de tercer o cuarto turno, a los que de modo sencillo podrían acceder aquellos vocales de los tribunales económico-administrativos que fuesen licenciados o graduados en Derecho y así lo desearan.
- b) No habría ninguna dificultad funcional ni orgánica –a mi entender– en que la secretaría de los tribunales contencioso-tributarios siguiera recayendo en los abogados del Estado que en la actualidad desempeñan dicha función, aun cuando también podría pasar a desempeñarse dicha función por letrados de la Administración de Justicia, pasando los abogados del Estado a las oficinas de apelación en el seno de la AEAT.
- c) Aquellos vocales de los tribunales económico-administrativos que no fueran graduados o licenciados en Derecho, o que no quisieran integrarse en los tribunales de lo contencioso-tributario, pasarían a prestar sus servicios en las nuevas oficinas de apelación creadas en el seno de la AEAT.

En las oficinas de apelación, sería una función trascendental de sus integrantes la clasificación inicial de los recursos, tal y como ocurre en el sistema británico. En aquellos casos en los que se discutiesen cuestiones de hecho, de valoración, de prueba, de contenido de conceptos jurídicos indeterminados, de motivación, se podría intentar la conciliación, recurriendo, eventualmente, al auxilio de profesionales ajenos a las Administraciones tributarias para su resolución, al estilo del *Consell tributari* del Ayuntamiento de Barcelona⁵⁹ o acometiendo, por ejemplo, una reforma en profundidad del Consejo para la Defensa del Contribuyente.

Cuando el corazón de la controversia fuese puramente jurídico –siendo consciente de que en el derecho tributario los hechos y su calificación jurídica son cuestiones no siempre fáciles de diseccionar– como la interpretación de un determinado precepto o su legalidad, constitucionalidad o compatibilidad con el derecho de la Unión Europea, la fase de apelación se debería sustanciar con la mayor celeridad posible, limitándose la oficina de apelación a preparar el recurso contencioso-tributario.

⁵⁹ Es frecuente dar referencia, como buena práctica, de este órgano, consultivo, creado en 1988, que funciona razonablemente, con un coste reducido, como sistema de resolución de los recursos de reposición interpuestos contra actos de naturaleza tributaria (cfr. Sartorio Albalat, 2014, pp. 81-85). En parecido sentido, el modelo francés de Comisiones Mixtas, es otro referente de interés (cfr. Tovillas Morán, 2014, pp. 86-91).

En un modelo de esta naturaleza uno de los puntos más críticos sería, precisamente, que en estas oficinas de apelación se acertase a entender con claridad por sus integrantes que su orientación principal debería ser la de lograr la conciliación, evitando el litigio judicial, en los supuestos en los que esta posibilidad fuera viable. Centrándose en revisar la calidad del acto administrativo –en términos de notificación, motivación, prueba, congruencia– más que en profundizar en cuestiones interpretativas, limitándose a tratar de discernir la razonabilidad y fortaleza de las posiciones de cada una de las partes, para otear las posibilidades efectivas de disolver la controversia mediante el logro de un acuerdo. Para ello sería imprescindible que el procedimiento fuera muy sencillo, ágil, y que tuviera como su centro motor una entrevista con el contribuyente o su representante. Así es como funciona en los ordenamientos tributarios en los que el modelo de conciliación es más eficiente, a través de oficinas administrativas, independientes de los órganos de aplicación, dedicadas a neutralizar el enfrentamiento y procurar la conciliación (Espejo Poyato, 2014).

De lo contrario, reinventar el económico-administrativo en el seno de la AEAT como recurso previo fuertemente judicializado en su estructura, fases y funcionamiento –con examen del expediente, alegaciones, réplica, dúplica, prueba...– al que siguiese una fase contencioso-tributaria con una instancia y apelación sería una reforma en falso que no lograría sino alargar, aún más, los tiempos y complicar el sistema inútilmente. En definitiva, esa «fase administrativa previa de apelación» no podría prolongarse más de seis meses –y ya es mucho– incluido un incidente previo de admisión a trámite que necesariamente se debería solventar en un plazo máximo de tres meses. En tres meses es posible discernir si tiene sentido, o no, intentar la conciliación. En otros tres meses es posible sustanciar ese intento de conciliación. A los tres meses, en el primer caso, de haberse interpuesto el recurso sería ya posible acceder a la jurisdicción contencioso-tributaria. Si la oficina de apelaciones –o su equivalente en el orden local u autonómico– clasifica el asunto como susceptible de resolverse mediante conciliación administrativa, esta fase se debería solventar en no más de tres meses. Probablemente este era el sentido, en parte, que tuvo la invención en el 2003 del procedimiento abreviado en el económico-administrativo –con una duración de seis meses y ante un solo vocal (Alonso González, 2005)– que, a juzgar por su restricción en el 2015, no parece que haya resultado del todo efectiva. Así, en el derecho italiano, a los tres meses de interpuesto el *reclamo-mediazione*, sin obtener respuesta ni haberse articulado la mediación, este se transforma automáticamente en recurso judicial, pasando el asunto a la Comisión tributaria competente⁶⁰.

El objetivo constitutivo de las oficinas de apelación no sería el de garantizar el derecho del contribuyente a la defensa y a un proceso justo –lo que tendría su entorno propio en la eventual fase judicial de la controversia– sino el de llevar a cabo un control de calidad del actuar administrativo, en términos de deber de buena administración, deteniéndose en una

⁶⁰ En la reforma del 2015 se estableció que en el cómputo de tales plazos se atendería a las reglas procesales, no computándose los días festivos, lo que no carece de lógica (cfr. Rasi, 2017, p. 53).

escucha atenta de las razones de las partes –confrontándolas y cotejándolas– para tratar de conciliarlas y deshacer el conflicto en su génesis⁶¹. Su fundamento constitucional estaría, en definitiva, en los artículos 103 y 105 de la Constitución española (CE) y 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), más que en los artículos 24 de la CE y 47 de la CDFUE.

En definitiva, tanto en la Hacienda estatal –como en las autonómicas, forales y locales– el sistema de administración de justicia tributaria se desplazaría hacia una única jurisdicción contencioso-tributaria –anclada en el Poder judicial– con una primera fase de instancia y una segunda de apelación, más allá del recurso de casación con función rígidamente nomofiláctica.

Ese único recurso judicial contencioso-tributario vendría precedido por una fase previa administrativa –en el seno de la propia Administración tributaria que ha emitido el acto, pero gestionada por una oficina distinta de la que lo dictó– ágil, breve y operativa, claramente orientada a gestionar la conciliación –a prevenir el litigio– o a preparar el recurso judicial, cuando tal cosa no fuera posible por razones objetivas o por haberse fracasado en el intento⁶².

El modelo aquí propuesto obedece, en definitiva, a la estructura de los sistemas italiano y sueco. Tal y como los resume el profesor Palao (2019, p. 7), el único recurso contencioso-tributario que existe en estos sistemas –y que se sustancia ante un órgano judicial– se interpone ante el órgano que dictó el acto administrativo que se discute, ante el que se solventa una fase preparatoria del mismo orientada a la conciliación o, directamente, a la preparación del recurso por el órgano cuyo acto es puesto en entredicho.

⁶¹ Esta es la aproximación al particular, que comparto, de quien entre nosotros ha estudiado con especial detenimiento el alcance y contenido del deber de buena administración (Ponce Solé, 2016, p. 203).

⁶² A este respecto, el profesor Palao (2019, p. 10) se remite en su trabajo al de Corvalán (2012), para hacer notar que una fase administrativa previa a la judicial solo es admisible si tiene sentido en sus objetivos, es breve, ágil y útil. En definitiva, a mi parecer, si está orientada a la conciliación –cuando tiene virtualidad intentarlo– o se centra en preparar el recurso judicial, cuando tal cosa no es así. Si, por ejemplo, el núcleo de la pretensión del contribuyente es objetar la constitucionalidad, legalidad o respeto del derecho de la Unión Europea de un determinado precepto no tiene ningún sentido que la fase administrativa previa se dilate, más allá del tiempo necesario para preparar la argumentación de la Administración en la posterior fase judicial. En este orden de cosas, el TJUE –en su sentencia *Peter Puškár*, de 27 de septiembre de 2017 (asunto C-73/16 –NFJ068077–)– centra el análisis de la compatibilidad con el artículo 47 de la CDFUE de una fase administrativa previa a la judicial en un análisis de proporcionalidad. Sería admisible en tanto en cuanto fuese idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto, en cuanto a sus objetivos, tiempos y condiciones. Quien ha analizado el sistema español del económico-administrativo a la luz de las exigencias de dicha doctrina judicial concluye que no respeta tales exigencias, por cuanto resulta excesiva en duración, costes reales y ejecutividad del acto:

[...] cuando la exigencia de interponer una reclamación económico-administrativa previa no coadyuve a la solución real del conflicto, el carácter obligatorio de la misma no favorece los intereses del obligado tributario y se convierte en un obstáculo legal carente de razonabilidad, retrasando el ejercicio de la tutela judicial efectiva (Martínez Muñoz, 2018, p. 201).

Esta «fase administrativa previa» –que en cada ordenamiento tributario tiene sus peculiaridades y reglas específicas– en Italia se denomina *reclamo-mediazione*, en Francia *réclamation contentieuse*, en Alemania *Einspruchsverfahren*, en EE. UU. *appeals* y en el Reino Unido *internal review*⁶³, es un filtro administrativo⁶⁴ consustancial a prácticamente todos los modelos en los que el sistema de administración de justicia tributaria es responsabilidad del Poder judicial⁶⁵. Con la particularidad de que esa fase preparatoria, en el modelo que aquí se plantea para España –de acuerdo con las peculiaridades de nuestro sistema, de su evolución y realidad presente– se sustanciaría ante una oficina de apelaciones constituida a tal efecto en el seno de cada Administración tributaria, y por sus propios funcionarios, auxiliados, en su caso, por colaboradores externos, como ocurre en el *Consell tributari* de Barcelona⁶⁶.

En la estructura clásica de los procedimientos de comprobación e inspección españoles eran unas oficinas las que instruían los mismos –distintas en razón del tributo– y otras las que los resolvían: se distinguía con nitidez en el procedimiento tres fases –investigación, calificación y liquidación– hoy amalgamadas. E integradas, con carácter general, por funcionarios pertenecientes a distintos cuerpos de la Administración, al de liquidadores, estas últimas, de modo que en la oficina de liquidación se resolvía a la vista de la propuesta del inspector actuario y de las alegaciones del contribuyente, con una cierta distancia respecto del asunto. En un remedo administrativo de lo que ocurre en el proceso judicial entre el juez instructor y el tribunal o juez que resuelve, en garantía de la objetividad, la audiencia y la contradicción. Este es el sentido que tiene separar el órgano de revisión de la apelación de aquel que ha dictado el acto. En definitiva, se trataría de reinventar el actual recurso de

⁶³ Creado como recurso potestativo de reposición en la reforma de 2009, al transformarse los órganos equivalentes a nuestros tribunales económico-administrativos en una auténtica jurisdicción fiscal integrada en el Poder judicial, opera como un filtro de calidad del actuar administrativo en el que, en muchas ocasiones, el contribuyente se da por satisfecho y desiste de embarcarse en la costosa vía judicial. En Francia, Alemania y Suecia recursos de estructura y regulación parecida cumplen idéntica función.

⁶⁴ En el trabajo, tantas veces aquí citado, del profesor Palao se hace hincapié en el uso de esta palabra «filtro» para caracterizar la fase administrativa previa al contencioso (Palao Taboada, 2019, p. 8); también en la doctrina italiana se ha utilizado la palabra «filtro» para caracterizar la fase de *reclamo*, previa a la judicial, introducida en 2011, *vid.* Parente, S. A. (2011, p. 54).

⁶⁵ De hecho, cuando en nuestro devenir histórico se suprimió la jurisdicción retenida propia de la Hacienda para encomendar la revisión tributaria a la jurisdicción ordinaria (1868), fue estableciendo, inmediatamente (1869), una vía gubernativa previa, un filtro, como requisito para la interposición del recurso judicial. Esta también era la función –de procurar la conciliación en determinados supuestos– de las primeras manifestaciones del recurso de reposición en 1901, y de manera más evidente en 1924 y 1932 al disponer la tramitación oral del incidente de reposición (Serrera Contreras, 1966, pp. 19, 66, 80-81).

⁶⁶ Es sintomático que en la reforma del procedimiento del *reclamo-mediazione* operada en derecho italiano en el 2015 una de las medidas adoptadas haya sido la de encomendar siempre y en todo caso su resolución a un órgano distinto de aquel que instruyó y resolvió el procedimiento: aunque inserto en la propia estructura orgánica de la *Agenzie dell'Entrate*, tiene atribuidas funciones específicas de resolución de apelaciones («se ne dovranno però occupare apposite strutture, diverse ed autonome da reclamato quelle che hanno emanato l'atto» [Rasi, 2017, p. 52]).

reposición, otorgándole carácter preceptivo y residenciando su tramitación y resolución en órganos especializados de apelación, en el seno de la AEAT, en los que se podría recurrir a profesionales externos.

Las funciones de clasificación de los recursos –como ya se ha hecho notar– en función de su objeto y características sería esencial en estas oficinas de apelación, que tendrían sus órganos centrales y periféricos –al estilo del modelo británico– en el propio seno de la AEAT, actuando de acuerdo con una estrategia, objetivos y sistema de incentivos comunes.

La función de estas oficinas de apelación no sería tanto la de resolver el recurso, como la de prevenirlo –evitarlo mediante la conciliación– o prepararlo –trabajar sobre su argumentación y presentación ante el juez– en el caso de que resulte inevitable. Sin coste, además, para el contribuyente. Por eso la orientación con la que se trabajaría en las mismas no sería bajo la presión de la creación de una «doctrina administrativa» –como ocurre en nuestro sistema económico-administrativo– con la tensión del precedente, sino la de buscar la autocomposición de la solución por las partes implicadas en la controversia, facilitando la conciliación de sus posturas –cuando el debate se centra en hechos, valoraciones, conceptos jurídicos indeterminados, prueba– o preparando su argumentación, cuando estamos ante debates de naturaleza estrictamente interpretativa.

Por eso el marco procedimental por el que discurre esta fase administrativa –allí donde existe– no es de corte judicial –como en el económico-administrativo español– sino que suele ser breve, flexible y centrado en una vista oral, en una entrevista, ajena a la tradición española, rígidamente documental. Al destacar las virtudes del proceso alemán de justicia tributaria se ha advertido por algunos autores la trascendencia de esta característica de «la oralidad de los procedimientos, que permite a los jueces hacerse una idea mucho más cercana de la realidad del asunto que se juzga de lo que permite un proceso formalista y totalmente escrito, como es normalmente nuestro contencioso-administrativo» (De la Huez Sánchez-Casado y Pérez Torres, 2000, p. 92)⁶⁷.

La complejidad del fenómeno financiero hace extremadamente difícil –más bien imposible– que se pueda analizar con rigor desde todas las perspectivas que inciden en su configuración y desarrollo. Las dos perspectivas que más predicamento tienen del mismo en nuestro sistema son la económica y la jurídica. La primera de ellas con una fuerte preeminencia del análisis cuantitativo del mismo y la segunda centrada en sus aspectos sustan-

⁶⁷ En este sentido también insiste el profesor Lago, alabando el modelo alemán en el que:

[...] la demanda, poco formalista, se interpone agotada la vía administrativa, o a los 6 meses sin respuesta de esta, o incluso *per saltum*, cuando versa sobre cuestiones de legalidad o constitucionalidad que la Administración no puede resolver. [...] Prevalece la oralidad sobre la escritura, se favorece la terminación convencional y se imponen las costas al vencido, si lo hubiere, o al que ocultare datos para resolver el litigio (Lago Montero, 2018, p. 212).

tivos y procesales. En la consideración de las políticas fiscales, sin embargo, el análisis de las cuestiones relativas a la organización, estructura y funcionamiento de los organismos y personas responsables del diseño y aplicación de los tributos es crucial. Y solo se puede hacer con las herramientas que facilita al respecto la Ciencia política y de la Administración cuyos cultivadores, lamentablemente, al menos en España, suelen prestar una atención preferente a las diferentes políticas de gasto –sanidad, educación, defensa, cultura, etcétera– y poca o ninguna a las de ingreso. En este orden de cosas, a mi parecer, pueden ser extraordinariamente fructíferas para mejorar la configuración y funcionamiento de los sistemas tributarios atender en su reforma a las enseñanzas que desde la llamada «economía del comportamiento» (Thaler, Sunstein, Ariely, Kahneman...) nos llegan desde la Psicología: de cómo las personas –y las organizaciones– toman sus decisiones y se comportan⁶⁸.

En este orden de razonamientos, y aunque pueda parecer una cuestión menor, uno de los aspectos más delicados y trascendentales en el despliegue y diseño de estas oficinas de apelación sería la del modelo de incentivos que se diseñase para los funcionarios destinados en las mismas, por una parte, y la estrategia operativa que se elaborase y desplegase desde sus órganos directivos. Es fácil intuir que las actas con acuerdo han empezado a tener un desarrollo relevante en el seno del Departamento de Inspección de la AEAT cuando su consecución ha tenido un reflejo realzado en la política de incentivos por objetivos que desde el mismo se aplica. Y es normal, natural y nada que debiera ocultarse o de lo que ni la organización ni sus empleados se debieran avergonzar. Lo que no es razonable, al contrario, es que los ingresos de la AEAT –al menos formal y teóricamente– varíen en función del importe de las regularizaciones que se efectúen.

Si se pretende que el nivel de litigiosidad disminuya se ha de empezar por publicar oficialmente, desde la propia AEAT –cosa que finalmente se ha hecho en su recientemente publicado Plan estratégico– las cifras, los indicadores, que al respecto se entienden relevantes, y diseñar una política de incentivos para que los funcionarios al servicio de la misma se impliquen, de verdad, en su reducción. En la evaluación de la Administración tributaria neerlandesa por el Ministerio de Hacienda, por ejemplo, se incentiva no tanto el número y resultado de las inspecciones, como el incremento en las empresas que se incorporan al sistema de *Horizontal Monitoring*, un modelo de control tributario basado en la prevención, de corte marcadamente cooperativo. Ciertamente, los beneficios de modelos de gestión tributaria fuertemente orientados a favorecer el desarrollo de sistemas cooperativos de prevención, que no represivos de reacción, en buena medida son indirectos –incremento de inversiones, de actividad empresarial o de cumplimiento voluntario– mientras que los derivados de las actuaciones de regularización fiscal son perfectamente cuantificables (De Widts y Oats, 2017, p. 245)⁶⁹.

⁶⁸ Vid., aplicando esta metodología al sistema tributario español, el sugestivo trabajo de Grande Serrano (2019).

⁶⁹ En el Plan estratégico de la AEAT, con todo, se toma conciencia de esta dificultad y se asume, para medir la eficiencia de su actuación, la selección preferente de indicadores orientados a la mejora del

Otra posibilidad sería reformar los tribunales económico-administrativos para que cumplieran esta función de revisión previa a la fase judicial, orientada a la conciliación, y no han faltado propuestas en este sentido⁷⁰. No cabe duda de que es otra alternativa. Sin embargo, a mi parecer, la inveterada tradición que tiene el económico-administrativo, con sus características propias de jurisdicción especial de perfil judicial –empezando por la propia denominación, tribunales, de sus órganos– hace improbable que pudieran evolucionar hacia modelos organizativos y funcionales como los que aquí se están predicando de las que se podrían denominar oficinas de apelación. Se me muestra más natural y sencilla su transformación en tribunales de lo contencioso-tributario, salvo por lo que se refiere al hecho de que aquellos de sus vocales que no fuesen licenciados o graduados en Derecho tendrían que reincorporarse a la AEAT. Y, precisamente por eso, su acogida natural en dicha organización sería la de estas oficinas de apelación, con funciones parecidas a las que han venido desarrollando los órganos económico-administrativos, pero con una organización, estructura y, sobre todo, finalidad marcadamente distintas.

La ejecutividad del acto tributario quedaría pospuesta a su adquisición de firmeza administrativa –a la finalización de la, eventual, fase de apelación, como máximo a los tres o seis meses de haberse dictado– solventándose el incidente de suspensión ante el tribunal contencioso-tributario. Como ocurría en los albores del constitucionalismo cuando, nada menos que en 1813, se apuntaban los primeros atisbos de administración de justicia tributaria. Si la Administración cuenta con que, en tanto que no se resuelva o dé trámite al incidente de apelación –previo al contencioso y orientado, cuando tenga sentido, a la conciliación– la liquidación tributaria pierde su carácter ejecutivo tendrá un particular interés en que no quede empantanada en el incidente de apelación y se avance en un periodo breve hacia la disolución de la controversia o hacia su formalización ante el órgano contencioso-

cumplimiento voluntario, sin descartar el uso de los que hasta ahora se han venido empleando. Es un buen comienzo, sin duda.

⁷⁰ Se ha dicho, postulando la reforma del económico-administrativo en esta dirección, que mantener una revisión obligatoria previa al contencioso solo tiene sentido en tanto en cuanto esta no se dilate en su duración y obedezca a una finalidad legítima, que puede muy bien ser –me permito apuntar– la de garantizar la audiencia atenta del ciudadano, facilitar la autocomposición de las controversias deshaciéndolas en su fase inicial y mejorar la calidad de los actos administrativos. En una palabra, si es adecuada, necesaria, idónea y proporcionada en su estructura y duración:

[...] la reforma de nuestro sistema de recursos en vía administrativa pasa por establecer el carácter voluntario de los mismos para garantizar su constitucionalidad o, en caso de mantenerse la obligatoriedad de agotar la vía económico-administrativa, por mejorar el sistema actual, de manera que esta limitación en el acceso a la justicia se encuentre justificada por la existencia de una finalidad legítima y respete las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad (Martínez Muñoz, 2018, p. 204)

En el mismo sentido, reformar la vía económico-administrativa –abogando por su carácter facultativo– para que no dificulte de forma desmedida y desproporcionada el acceso a la jurisdiccional, *vid.* Checa González (2015).

tributario. Sin perjuicio de que, entre tanto, se pudieran adoptar inmediatamente, desde el Departamento de Recaudación, medidas cautelares.

En la fase judicial –para la que se requeriría asistencia letrada– regiría la condena en costas objetiva, conforme al criterio de vencimiento, debiendo incrementarse sustancialmente su importe –de forma particular en caso de apelación o casación– para desincentivar la litigación temeraria. Un modelo sugestivo a este respecto es el norteamericano. Desde el inicio el contribuyente puede rechazar de plano la fase administrativa del recurso, el trámite de apelación, que formalmente, pues, deviene voluntario. Pero de hacerlo, es seguro que en la fase judicial –de no atenderse sus pretensiones– la condena en costas será especialmente rigurosa y elevada.

Por último, un sistema especialmente atento a preservar las garantías propias de la tutela judicial efectiva exigiría que en caso de anulación judicial del acto administrativo –total o parcial, por motivos formales o materiales– en ningún caso el nuevo acto de liquidación que eventualmente se llegase a dictar en ejecución de la sentencia conservara la fecha del precedente que, no se olvide, ha recibido una sanción de ilegalidad cuyas consecuencias negativas no es razonable hacer recaer sobre el contribuyente.

Las incongruencias del modelo español de administración de justicia tributaria no radican, ni mucho menos, en la existencia de la fase económico-administrativa –que me atrevería a decir que es imprescindible y que está generalizada en derecho comparado– sino en su estructura orgánica, los rasgos eminentemente jurisdiccionales del procedimiento por el que discurre y su orientación a la construcción de una doctrina administrativa de corte, también, judicial, lo que lleva consigo, inevitablemente, la extensión desproporcionada de los procesos que ante la misma se sustancian.

Ni se ha de suprimir, ni se le ha de dar un carácter voluntario. Lo que se muestra como más oportuno, a mi parecer, es transformarla para encaminarla hacia una jurisdicción especial contencioso-tributaria a la que acceder desde un recurso de apelación –previo, flexible, ágil y preceptivo– orientado a la conciliación, cuando proceda intentarla, o a la preparación de la fase judicial, en caso contrario, por la oficina de apelaciones ante la que se despache.

4. Conclusiones

Hace más de 25 años señalaba «la deficiente eficacia del conflicto» (Rozas Valdés, 1994) como un mal endémico del sistema tributario español sobre el que, ya por entonces, había alertado el Defensor del Pueblo en su Informe de 1992: un nivel significativo de confrontación tributaria resta eficacia al sistema en tanto que, por una parte, embalsa elevadas cifras de deuda en discusión, obliga al Tesoro público a dedicar considerables recursos a su

resolución, por otra, y, en última instancia, merma la legitimidad de la Hacienda, al socavar la reputación de quienes tienen la responsabilidad de administrar los recursos públicos.

En los albores del constitucionalismo la revisión administrativa preceptiva previa a la fase judicial se gestó, precisamente, en el orden tributario, como un filtro de calidad y una oportunidad para la conciliación. Durante todo el siglo XIX se alternó el modelo de jurisdicción retenida y el de jurisdicción delegada en el Poder judicial, hasta que la Ley Santamaría de Paredes (1888) consagró el que ha llegado hasta nuestros días, de jurisdicción delegada en el contencioso-administrativo. No obstante, en el ámbito tributario, se conservó el modelo de la Ley Camacho (1881) como jurisdicción retenida de naturaleza especial, eso sí, revisable primero por el Consejo de Estado y, desde 1904, por la sala de lo contencioso-administrativo del TS. Tradicionalmente, pues, la Hacienda española ha gozado de fuero, jurisdicción, propia y, salvo en su cúspide, no se cruzaba con la vía contenciosa⁷¹.

En 1973 se produjo una transformación radical en la estructura del modelo. Se encomendó, entonces, a las salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias territoriales (hoy en día, TSJ y AN) la revisión de las resoluciones de los órganos económico-administrativos. De ese modo, probablemente no del todo meditado, lo económico-administrativo dejó de ser una jurisdicción especial retenida para transformarse en un recurso administrativo previo y preceptivo a la fase judicial. Se rompió, así, la unidad de la doctrina fiscal –del fuero de la Hacienda–, se alargó exponencialmente la duración del conflicto, se encareció su tramitación y se duplicaron artificialmente las fases de control jurisdiccional. El sistema pasó a estar provisto de cinturón y tirantes: una primera fase de revisión administrativa retenida –con formato de jurisdicción– sobre la que se superponía una segunda, estrictamente judicial, pero no del todo especializada.

Desde entonces, el modelo de duplicidad de control jurisdiccional –justicia administrativa retenida y delegada– no ha sido objeto de revisión, al contrario, se ha reforzado en sus contradicciones. Las únicas medidas que vinieron a atemperar de forma significativa el volumen de los contenciosos –una reducción del 35 % entre 2013 y 2015, nada menos– han tenido que ver no tanto con la mejora de su ordenación efectiva sino con la limitación del acceso a la Justicia, mediante la reforma operada en la regulación de las costas –para introducir en el contencioso el criterio del vencimiento objetivo– el incremento de los umbrales de casación y la reintroducción en el ordenamiento de las tasas judiciales, medidas estas más tarde derogadas o atemperadas⁷².

⁷¹ Salvo, por razones obvias, en lo relativo al recurso de lesividad –al pretender modificar la Administración un acto firme en perjuicio del contribuyente– en cuya regulación, desde sus albores (Decreto de 18 de febrero de 1871; Ley de 1881) hasta nuestros días, se exige la impugnación en vía contenciosa, con carácter general ya desde fechas muy tempranas (1890) (Serrera Contreras, 1966, pp. 93-106).

⁷² Cfr. Leyes núm. 37, de 16 de octubre de 2011, y núm. 10, de 20 de noviembre de 2012 (rectificada parcialmente esta última mediante el Real Decreto-Ley núm. 3, de 22 de febrero de 2013) que –una a

La Sentencia del TJUE *Banco de Santander* ha supuesto un sonoro varapalo para el sistema, afirmando con toda rotundidad que lo económico-administrativo no supera el filtro de independencia exigido por el derecho de la Unión Europea para interponer cuestiones de prejudicialidad. Parecería que incluso la propia Administración tributaria haya tomado conciencia, finalmente, de que el modelo requeriría una revisión en profundidad. Aparentemente habría dos posibles direcciones hacia las que cabría que evolucionase lo económico-administrativo:

- a) Manteniendo su función actual, tomar la forma de jurisdicción tributaria especializada –«privilegiada» frente a ordinaria, como históricamente se decía– integrada en el CGPJ, como ya ocurrió, entre otros países, en Alemania, Canadá, Italia⁷³, Portugal y Reino Unido; lo que pasaría por revisar su composición para que fuese presidida por un juez profesional y, eventualmente, dar entrada en sus órganos a profesionales que no provinieran en su integridad del Ministerio de Hacienda. Esta transformación tendría la ventaja de que, como en los países mencionados, los conflictos en materia tributaria se sustanciarían en una primera instancia, susceptible de apelación, por tribunales de composición mixta, bajo la responsabilidad de jueces –independientes e inamovibles– que podrían actuar en el desempeño de sus funciones auxiliados por especialistas⁷⁴.

iniciativa de un ejecutivo socialista y la otra por un ejecutivo popular– coincidían en su objetivo: «desincentivar económicamente el recurso contencioso-administrativo, darle motivos al ciudadano (más de los que ya existían) para que si sus pretensiones no eran estimadas en vía administrativa renunciara tácitamente a continuar en la judicial» (Bustillo Bolao, 2015, p. 12). Sobre las tasas judiciales y su relación con la litigiosidad tributaria *vid.* Gil Rodríguez (2018). Idéntico objetivo se persiguió mediante la aprobación del artículo 150.7 de la LGT, en la reforma del 2015, al hacer recaer sobre las espaldas del deudor la mora que ha generado el acreedor cuando, anulada una liquidación emitida en un procedimiento de inspección –mediando estimación parcial o por motivos formales de las pretensiones del recurrente– dicho precepto legal establece que la nueva liquidación llevará la fecha de la anulada. El riesgo que con ello corre el deudor que presenta recurso es que, incluso viendo estimadas sus pretensiones, por el juego de los intereses de demora –no se olvide, mediando la anulación de la liquidación precedente por vicio de legalidad– hasta puede llegar a experimentar una *reformatio in peius* tras un proceloso proceso judicial. Sin añadir a la cuenta, claro está, el coste del asesoramiento y de la representación legal. En definitiva, las disposiciones legislativas en la materia han sido medidas encaminadas no tanto a prevenir o evitar el conflicto como, más bien, a obstaculizar su judicialización, haciendo recaer sobre el contribuyente un coste desproporcionado en el caso de que lo emprenda, desalentándole, pues; tratando de que se acomode a lo que le impone la Administración y, en definitiva, con daño de la tutela judicial efectiva.

⁷³ Recientemente se ha presentado un proyecto de ley en el país transalpino que, precisamente, trata de acentuar la condición de jurisdiccional del modelo que se implantó en el año 2000, con una reforma nominal, pasando a denominar las actuales Comisiones con la expresión –más transparente– de tribunales, y otra organizativa, incorporando a los mismos jueces «togados», empleados a tiempo completo, que actúen asistidos por los actuales, profesionales a tiempo parcial. En definitiva, adoptando el modelo británico.

⁷⁴ Es el modelo magníficamente descrito y fundamentado –con todo detalle y abundantísima cita de referentes– por Lago Montero (2018, pp. 144 y ss.).

- b) En sentido estrictamente inverso que, manteniéndose en el ámbito interno del Gobierno de la Nación, adoptase en su organización, funcionamiento y objetivos un perfil no tanto jurisdiccional –como el que reviste en la actualidad– sino, a semejanza de lo que ocurre con la *Office of Appeals*⁷⁵ norteamericana, o con el servicio de recursos alemán, *Steuerfahndung*⁷⁶, se centrase en la resolución de las controversias, con flexibilidad y agilidad, mediante técnicas de conciliación y mediación⁷⁷. Lo que pasaría porque renunciase a su actual función de unificación de la doctrina administrativa, con sumisión jerárquica, y se le otorgase un carácter de conciliación administrativa voluntaria, aun cuando –como ocurre en el sistema norteamericano– en la práctica solo se prescindiese del intento de consensuar una solución cuando, excepcionalmente, el caso revistiese características que lo avocasen desde un inicio a la vía judicial.

Cualquiera de ambas evoluciones de lo económico-administrativo requerirían para su formalización reformas normativas y organizativas de calado. Atendida su inveterada tradición y la incuestionable profesionalidad de quienes la integran, me parece evidente que los tribunales económico-administrativos no debieran desaparecer. Pero sí transformarse y, probablemente, cambiar de denominación, en una dirección, en su contraria o en ambas a la vez.

⁷⁵ «The Office of Appeals is an independent organization within the IRS that helps taxpayers resolve their tax disputes through an *informal*, administrative process. Our mission is to resolve tax controversies fairly and impartially, *without litigation*. [...] Appeals also offers mediation services through Fast Track Settlement and other programs. These *mediation programs* are designed to help you resolve your dispute at the earliest possible stage in the audit or collection process». Página web oficial de la Office of Appeals (<<https://www.irs.gov/appeals>>) (los destacados son del autor). Lo más lejanamente parecido que en la estructura de la AEAT pudiera asemejarse a este órgano del IRS –corazón de su sistema de revisión administrativa– sería la Oficina técnica en las dependencias de Inspección. Sin duda alguna otra posibilidad sería que estas oficinas técnicas –ampliando su ámbito a los actos de gestión– se reinventasen con esta orientación que, hoy por hoy, no tienen.

⁷⁶ Quienes conocen bien el sistema alemán hacen notar que tanto en fase de comprobación –en la llamada entrevista final, *Schlussbesprechung*, con la que finaliza toda inspección– como en los procedimientos de verificación y liquidación, *Veranlagungstelle*, como en la revisión administrativa previa al contencioso:

[...] el aspecto más destacable [...] es que la Administración tributaria está dispuesta a escuchar al contribuyente e intentar resolver el problema hasta el último momento. El resultado de este sistema (muy similar al que sigue la Oficina de recursos del IRS americano) es que la mayoría de los recursos se resuelven: o el contribuyente es convencido de que no tiene razón o la protesta es aceptada, o ambas partes alcanzan un acuerdo, encontrando una solución aceptable para ambos (Espejo Poyato, 2017, p. 222).

⁷⁷ Aunque hoy se haya perdido esa perspectiva, una parte de la doctrina administrativista ha venido identificando el origen de los recursos gubernativos precisamente –al menos de forma parcial– en este objetivo: «Generalmente se le hace remontar (la revisión administrativa previa) a una Real Orden de 9 de junio de 1847, motivada en la necesidad de hallar una técnica de conciliación o transacción para los negocios contenciosos en que fuera parte una entidad pública» (Santamaría Pastor, 1975, p. 84, not. 4).

Convirtiéndose en tribunales *stricto sensu*, integrados en el Poder judicial, como jurisdicción ordinaria especial, o reinventándose como Comisiones integradas en la Administración tributaria, decididamente orientadas a la resolución convencional de las controversias⁷⁸. Probablemente lo más operativo es que lo hiciesen simultáneamente en ambos sentidos. Pasando una parte de sus integrantes a las Comisiones fiscales, oficinas de apelación o como se quisieran denominar –una reinversión de las oficinas técnicas– en la estructura de la AEAT, y otra a los tribunales de lo contencioso-tributario que se creasen como jurisdicción especial en el seno del CGPJ.

Cuál fuera la denominación de estos nuevos órganos –creados a partir de la desmembración del económico-administrativo– es una cuestión menor, pero significativa. En cuanto a los que se desplegasen en el seno de la AEAT –o de otras Administraciones tributarias autonómicas o locales a imagen de aquellas– si se propone el de «oficinas de apelación» es por su proximidad nominal con lo que más lejanamente parecido ya existe, las oficinas técnicas, aun cuando su ámbito competencial no quedaría limitado a los procedimientos de inspección, claro está, y su organización y finalidad cambiaría sustancialmente. Es, por otra parte, la denominación de sus homónimas norteamericanas –en las que muy bien podrían inspirarse– y expresiva de su objeto propio, resolver, encauzar, las «apelaciones» de los contribuyentes.

Por lo que se refiere a la jurisdicción, si se sugiere la de contencioso-tributario, y no «fiscal», es porque resultaría más próxima a la tradicional organización de nuestro sistema de justicia administrativa, en el que quedaría plenamente integrado como jurisdicción especial. Por otra parte, «fiscal», etimológicamente trae causa de una de las partes en la controversia, el Fisco, la Administración de la Hacienda, mientras que el adjetivo contencioso-tributario pone el acento en la controversia de las partes a cuenta del desarrollo de las relaciones tributarias, sin enfatizar el protagonismo del sujeto activo de la relación. No parece oportuno conservar la de económico-administrativo, por último, por cuanto dicha expresión está vinculada a un modelo de justicia retenida con vocación jurisdiccional que se buscaría finiquitar, además de resultar poco intuitiva en su significado, y extravagante en términos de derecho comparado.

Lo que no parece que siga siendo sostenible es que se mantenga lo económico-administrativo en su estructura actual, como un híbrido entre el modelo de revisión gubernativa –autotutela– y el de jurisdicción delegada –heterotutela judicial– simultáneamente enfren-

⁷⁸ A este respecto se ha propuesto como modelo a seguir el del *Consell tributari* del Ayuntamiento de Barcelona que ha reducido sustancialmente el volumen de los casos tributarios de esta corporación que resultan impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y un porcentaje muy reducido, del 5 %, el de aquellos recursos contenciosos en los que se estiman las pretensiones de los recurrentes (Bustillo Bolao, 2015, p. 22). La diferencia esencial de este modelo, por cierto, respecto del de los tribunales económico-administrativos radica en la composición y régimen estatutario de sus miembros.

tado con las Administraciones tributarias –a quienes enmienda la plana en demasiadas ocasiones– y con la jurisdicción contenciosa, que hace lo propio con lo resuelto en fase administrativa. Demasiada –costosa e ineficiente– judicialización del conflicto, y muy escasa conciliación en su resolución.

Una reforma del sistema de administración de justicia tributaria encaminada a mejorar su eficacia, a limitar la conflictividad y a orientar su estructura, organización y procesos hacia una mayor aceptación, colaboración y, por ende, reputación y legitimidad, podría inspirarse, pues, en el modelo italiano –el más próximo a nuestra tradición jurídica y sistema de organización social– en dos sentidos:

- a) La transformación de los tribunales económico-administrativos en tribunales contencioso-tributarios, con una fase de instancia y una segunda de apelación, dependientes del Poder judicial, como jurisdicción especializada.
- b) La creación de unas oficinas de apelación en el seno de la AEAT, vinculadas a su servicio jurídico, ante las que se interpondría el único recurso contencioso –a semejanza de lo dispuesto en el art. 235 LGT– y en las que se desarrollara una fase, de no más de seis meses, encaminada a lograr un acuerdo de conciliación –en los casos y condiciones que se regulase tal incidente– o a preparar el proceso judicial, en caso contrario.

Referencias bibliográficas

- AA.VV. (2019). Giustizia tributaria e riforma del contenzioso. *NeΩtepa (Periodico ufficiale dell'Associazione Nazionale tributaristi italiani)*. Anno XII, núm. 1.
- Adame Martínez, F. (2019). *Reflexiones sobre seguridad jurídica y litigiosidad tributaria*. Taxlandia. Recuperado de <<https://www.politicafiscal.es/francisco-adame/reflexiones-sobre-seguridad-juridica-y-litigiosidad-tributaria>>.
- AEAT. (2020). *Plan estratégico de la AEAT. 2020-2023*.
- AEDAF. (2012). *Propuesta de modificación del carácter preceptivo de la vía económico-administrativa*. Papers AEDAF, núm. 7.
- Aguado i Cudolà, V. (2000). Los orígenes de lo contencioso-administrativo a través de la legislación sectorial de la década moderada: garantía de la función administrativa y derechos de los particulares. En F. Sosa Wagner (Coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (pp. 2427-2487). Tirant lo Blanch. T. II.

- Alonso González, L. M. (2005). El procedimiento económico-administrativo abreviado ante órganos unipersonales. En *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*. Lex Nova. T. I.
- Álvarez Menéndez, E. (2018). *El recurso de casación en materia tributaria*. Aranzadi.
- Bustillo Bolao, R. (2015). Derecho administrativo español y solución extrajudicial de conflictos: entre el (razonablemente hermoso) mito y la (menos edificante de lo deseable) realidad. En F. López Ramón (Ed.), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.
- Calatayud Prats, I. (2016). Competencia de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso en materia tributaria. En P. Chico de la Cámara y J. Galán Ruiz, *La revisión de actos en materia tributaria*. Lex Nova-Thomson Reuters.
- Calderón González J. M.^a (2010). La justicia tributaria en tiempos de crisis. Propuestas para su agilización. *Tribuna Fiscal*, 132
- Castillo Bonet, A. (2019). La incidencia del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en el ámbito tributario: peculiaridades en Derecho foral. *Forum Fiscal*, 259.
- Clavero Arévalo, M. F. (1966). «Prólogo» a la obra de P. L. Serrera Contreras, *Lo económico-administrativo: historia y ámbito*. Instituto García Oviedo.
- Corvalán, J. G. (2012). Agotamiento de la vía administrativa vs. Tutela judicial efectiva. (Hacia una modulación razonable del acceso a la justicia. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, año XLV, núm. 135.
- Checa González, C. (2015). Actividad tributaria impugnable en la vía contencioso-administrativa. Los actos de naturaleza tributaria. En I. Merino Jara (Dir.) y M. Lucas Durán (Coord.), *Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria*. Bosch editor.
- Espejo Poyato, I. (2014). Los sistemas alternativos de solución de conflictos en el ámbito tributario. *Quincena Fiscal*, 10.
- Espejo Poyato, I. (2015). La conflictividad tributaria y medios para combatirla. En P. Chico de la Cámara (Dir.), *Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)*. Fundación Impuestos y Competitividad.
- Falcón y Tella, R. (2000). Recursos de la Administración tributaria, frente a sí misma y ante sí misma: en torno al presente y futuro de los tribunales económico-administrativos. *Quincena Fiscal*, 20.
- Fernández Torres, J. R. (2007). *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1898)*. Iustel.
- García Antón, R. (2010). *Can the Spanish Central Tax Tribunal make a preliminary reference under Article 267 TFEU? A 'final' tribute to Advocate General Saggio and Ruiz-Jarabo Colomer*. EU Law Live.
- Garrido Falla, F. (1968). La evolución del recurso contencioso-administrativo en España. *Revista de Administración pública*, 55.
- Gil Rodríguez, I. (2018). Las tasas judiciales, remedio desproporcionado de escasa utilización adecuad. En J. M. Lago Montero, *Litigiosidad tributaria: Estado, causas y remedios* (pp. 253-339). Thomson-Reuters/Aranzadi.
- Gil Soriano, A. (2019). Mecanismos extraordinarios de reducción de la conflictividad tributaria en vía económico-administrativa y judicial: la *pace fiscale* italiana. *Documentos de trabajo del IEF*, 11.

- Grande Serrano P. (2019). La psicología económica como herramienta para incentivar el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 439, 5-38.
- Ibáñez García, I. (2019). Tribunales económico-administrativos y cuestión prejudicial europea. *ECJ Leading Cases*. UNED.
- Iglesias Caridad, M. (2018). Los costes de la conflictividad para los litigantes tributario. En J. M. Lago Montero, *Litigiosidad tributaria: Estado, causas y remedios* (pp. 63-141). Thomson-Reuters/Aranzadi.
- Lago Montero, J. M. (Dir.) (2018). *Litigiosidad tributaria: Estado, causas y remedios*. Thomson-Reuters/Aranzadi.
- Lago Montero, J. M. y García Frías, A. (2018). La litigiosidad en los tributos locales. En J. M. Lago Montero, *Litigiosidad tributaria: Estado, causas y remedios* (pp. 339-380). Thomson-Reuters/Aranzadi.
- Martín Retortillo, L. (1966). Unidad de jurisdicción para la Administración Pública. *Revista de Administración Pública*, 49.
- Martínez Muñoz, Y. (2018). Una reflexión sobre la supeditación del recurso judicial al agotamiento previo de la vía económico-administrativa. *Nueva Fiscalidad*, 2.
- Nieto, A. (1966). Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España. *Revista de Administración pública*, 50.
- Nuez Sánchez-Casado, E. de la y Pérez Torres, E. (2000). *Revisión de actos y solución de conflictos tributarios*. Aranzadi.
- OCDE, Foro de Administración tributaria (2011). *La Administración tributaria en los países de la OCDE y en determinados países no miembros: serie «información comparada»*.
- Palao Taboada, C. (2019). *Is the previous exhaustion of administrative procedures a necessary condition to access to judicial procedures?* Ponencia presentada en el Congreso anual de la EATLP. Madrid (en prensa).
- Parada Vázquez, R. (1969). Réplica a Nieto sobre el privilegio de revisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo. *Revista de Administración pública*, 59.
- Parente, S. A. (2011). *I modelli conciliativi delle liti tributarie*. Cacucci.
- Pérez Moreno, A. (2000). Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como medios alternativos a la vía de recurso. *Revista Andaluza de Administración pública*, 37.
- Ponce Solé, J. (2016). Mecanismos de resolución alternativa de conflictos y su aplicación en el ámbito de la justicia tributaria. En F. López Ramón (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*. INAP.
- Rasi, F. (2017). Le nuove prospettive del reclamo/mediazione e della conciliazione giudiziale. *Rassegna Tributaria*, 1.
- Rodríguez Navarro, M. (1958). *Doctrina fiscal del Tribunal Supremo y Tribunal Central: Utilidades*. Aguilar.
- Rozas Valdés, J. A. (1994). La deficiente eficacia del conflicto. *Revista española de Derecho financiero*, 84.
- Santamaría de Paredes, V. (1885). *Curso de Derecho Administrativo*. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé.
- Santamaría Pastor, J. A. (1975). Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa. *Revista de Administración pública*, 77.
- Sartorio Albalat, S. (2014). El Consejo tributario municipal de Barcelona. En L. M. Alonso González (Dir.), *Propuestas para disminuir la litigiosidad fiscal en España a la luz del Derecho comparado* (pp. 81-85). Col·legi Oficial de Gestors Administratius de Catalunya.



Serrera Contreras, P. L. (1966). *Lo económico-administrativo: historia y ámbito*. Instituto García Oviedo.

Serrera Contreras, P. L. (1974). *La jurisdicción y el procedimiento económico-administrativo*. (s.l.).

Tovillas Morán, J. M. (2014). Francia. En L. M. Alonso González, L. (Dir.), *Propuestas para*

disminuir la litigiosidad fiscal en España a la luz del Derecho comparado (pp. 86-91). Col·legi Oficial de Gestors Administratius de Catalunya.

Widts, D. de y Oats, L. (2017). Risk Assessment in a Co-operative Compliance context: A Dutch-UK Comparison. *British Tax Review*, 2.



Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y «sentencias danesas» del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso *Colgate*)¹

Adolfo Martín Jiménez

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Cádiz

Extracto

Dos recientes resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 8 de octubre de 2019 y una sentencia del Tribunal Supremo (caso *Colgate*) han vuelto a poner de moda en España la problemática del concepto de beneficiario efectivo y su interacción con las cláusulas generales antiabuso, en particular, el artículo 15 de la Ley General Tributaria. Este trabajo examina la evolución de tal concepto de beneficiario efectivo en el contexto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el derecho comparado, poniendo de manifiesto los problemas que la interpretación que propone el TEAC, la doctrina de nuestros tribunales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la propia OCDE plantean



¹ El presente trabajo está basado en las ideas desarrolladas por el autor en Martín Jiménez (2020a). Este artículo, sin embargo, tiene un enfoque completamente diferente: mientras que el capítulo *Beneficial Ownership* está dirigido a entender la evolución del concepto de beneficiario efectivo desde una perspectiva OCDE y de derecho comparado; este artículo está exclusivamente referido a la perspectiva española sobre su significado y aplicación. Sobre el concepto de beneficiario efectivo, hay una amplia bibliografía internacional, cuya cita concentramos en esta nota, *vid.*, entre los trabajos más destacados y tradicionales, Oliver *et al.* (2001, p. 27 y ss.), Vogel (1997, Preface to Arts. 10-12, Paras. 5-14), Van Weeghel (1998, p. 64 y ss.), Du Toit (1999), Walser (2000), Baker (2000, Art. 10, Para. 10B-09 y ss.), Pijl (2000, pp. 256-260; 2003, pp. 353-361), Danon (2004, p. 296 y ss.; 2007a, pp. 38-55; 2007b, pp. 105-117), Wheeler (2005, pp. 478-479; 2007), Bernstein (2007, pp. 1211-1216), De Broe (2008, p. 654 y ss.), Martín Jiménez (2010, pp. 35 ff.), o las diferentes contribuciones en M. Lang *et al.* (2013) (en este libro, de especial interés para entender la evolución del concepto son R. Vann, p. 267 ff., y J. Avery Jones, p. 333 ff.). Entre las más recientes destacan, Meindl-Ringler (2016), Danon (2018, pp. 31 ff.; 2020, pp. 413-446). En el plano nacional tampoco esta temática ha pasado desapercibida, *vid.*, por ejemplo, Vega Borrego (2003), Rodríguez Losada (2013, p. 153 y ss.), u otros trabajos citados en los epígrafes que siguen tras las sentencias danesas del TJUE.

Cómo citar: Martín Jiménez, A. (2020). Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y «sentencias danesas» del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso *Colgate*). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 75-124.





desde la peculiar perspectiva de nuestro ordenamiento tributario. En realidad, el trabajo sugiere que la experiencia y evolución sobre el beneficiario efectivo debe hacernos reflexionar sobre la manera de legislar (o más bien de no reaccionar) e incorporar instituciones a nuestro derecho de forma acrítica y el impacto que ello produce en términos de (in)seguridad jurídica y respeto de los derechos de los contribuyentes, la interpretación de los convenios de doble imposición o la aplicación del derecho de la Unión Europea.

Palabras clave: beneficiario efectivo; fraude de ley; conflicto en la aplicación de las leyes y abuso; interpretación de los convenios de doble imposición; *soft law* OCDE; interpretación del concepto de beneficiario efectivo en las directivas fiscales de la UE; «sentencias danesas» del TJUE.

Fecha de entrada: 05-08-2020 / Fecha de aceptación: 07-09-2020 / Fecha de revisión: 14-10-2020



Beneficial owner, GAARs, EU directives, double tax treaties and the «Danish judgments» of the CJEU: how to put the jigsaw together (perhaps with the *Colgate* case) and avoid conflicts and legal uncertainty

Adolfo Martín Jiménez

Abstract

Two recent decisions of the Spanish Central Administrative Economic Tribunal (TEAC) of 8 October 2019 and one of the Supreme Court (*Colgate* case) have made beneficial owner and its interaction with GAARs (in particular, article 15 General Tax Law) return to popularity. This work studies the evolution of the concept of beneficial owner in the OECD and comparative law contexts, particularly pointing out the problems the interpretation proposed by the TEAC, the Spanish Courts, the CJEU or the OECD pose from the perspective of the Spanish tax system. In a nutshell, this work suggests that the experience and evolution of beneficial ownership must make us reflect on the special form of passing legislation (or rather non-passing it) and incorporating foreign institutions into our law system in an acritical manner and the impact it has in terms of legal (un)certainty and respect of taxpayers' rights, the interpretation of Double Tax Treaties or the application of EU law.

Keywords: beneficial owner; GAARs and abuse; interpretation of double tax treaties; «soft law» of the OECD; interpretation of the concept of beneficial owner in EU directives; «Danish judgments» of the CJEU.

Citation: Martín Jiménez, A. (2020). Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y «sentencias danesas» del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso *Colgate*). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 75-124.

Sumario

1. Introducción
2. El BE como fruto de varios errores históricos de la OCDE en el contexto anterior a 2014 (pre-BEPS)
 - 2.1. Introducción
 - 2.2. El BE en los artículos 10 a 12 del MC OCDE 1977: un concepto legal, innecesario, que busca solucionar un problema de fraude y propio de la legislación del Reino Unido
 - 2.3. Los Informes de la OCDE sobre *base companies* y *conduit companies* de 1986 sientan las bases de la posterior confusión e inseguridad jurídica
 - 2.4. La mutación del significado del concepto de BE en los comentarios al MC OCDE 2003
 - 2.5. Conclusiones sobre la evolución del concepto de BE en esta primera fase
3. La evolución a partir de 2011, los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 2014-2017 y el contexto pos-BEPS
 - 3.1. El tortuoso camino hasta la reforma del concepto de BE en 2014
 - 3.2. El concepto de BE en el entorno pos-BEPS
4. El concepto de BE desde una perspectiva de derecho comparado y la posición española con carácter previo a las SSTJUE danesas y las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019
 - 4.1. La posición de las Administraciones tributarias y la jurisprudencia comparada
 - 4.2. La posición tradicional de la Administración y tribunales españoles
 - 4.3. Conclusiones preliminares sobre la posición española en materia de BE (con carácter previo a las «sentencias danesas» y al caso *Colgate*)
5. Las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 que aplican las sentencias danesas del TJUE (*T Danmark* y *N Luxembourg*) y su contexto previo
 - 5.1. El contexto previo de las resoluciones del TEAC (incluyendo *T Danmark* y *N Luxembourg*)
 - 5.2. Las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019
6. El caso *Colgate* en particular y la oportunidad perdida por el TS
 - 6.1. Introducción
 - 6.2. La sentencia de la AN del caso *Colgate*: continuismo con algunos nuevos matices en el concepto de BE
 - 6.3. La casación del caso *Colgate*
 - 6.4. Crítica de la sentencia del TS del caso *Colgate*: un enfoque alternativo que tenga en cuenta todos los elementos interpretativos del CDI España-Suiza de forma más correcta
7. Conclusión: sobre la necesidad de una interpretación del concepto de BE basada en valoraciones jurídicas y no solo en la evolución del MC OCDE

Referencias bibliográficas

1. Introducción

La Administración española y nuestros tribunales tradicionalmente han venido defendiendo una interpretación expansiva del concepto de beneficiario efectivo (BE) empleado en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (cánones) del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) (1977-2017) y los artículos correspondientes de los convenios para la eliminación de la doble imposición (CDI) españoles como requisito para aplicar los tipos reducidos y exenciones previstos en estos artículos de manera que permita alcanzar con él los efectos y consecuencias del conflicto en la aplicación de las leyes², sin necesidad de abrir el expediente especial al que se refieren los artículos 15 y 159 de la LGT. Tal posición, injustificada como se demostrará, se ha visto espoleada por las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE) *N Luxembourg* ³ y *T Danmark e Y Denmark Aps*⁴, relativas respectivamente a las Directivas 2003/49/CE, Intereses y Cánones⁵, y 90/435/CE, Matriz-Filial⁶. Prueba de ello son dos Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 8 de octu-

² En este trabajo, los conceptos de conflicto en la aplicación de las leyes, fraude de ley, prohibición general de abuso se emplearán con el mismo significado y de forma intercambiable. El concepto de cláusula general antiabuso se utilizará también para aludir a la misma realidad. Somos plenamente conscientes de las diferencias que el mismo concepto presenta en los distintos ordenamientos, y singularmente de las que existen entre, por ejemplo, el artículo 15 de la Ley General Tributaria (LGT), el principio general de prohibición del abuso en el Derecho de la UE (hoy por hoy codificado en el art. 6 Directiva UE 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior) y el artículo 29.9 del MC OCDE 2017 (el llamado test del propósito principal), por no hablar de las diferencias en la configuración de las cláusulas generales antiabuso en el derecho comparado (por ejemplo, compárense las normas del Reino Unido, Canadá, Sudáfrica, India, Perú, Argentina, etc.).

³ CJEU 26 February 2019, *N Luxembourg 1 et al.*, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16 (NFJ072658).

⁴ CJEU 26 February 2019, *T Danmark e Y Denmark Aps*, C-116/16 y C-117/16 (NFJ072655).

⁵ Directiva 2003/49/CE, del Consejo, sobre el régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (Directiva sobre intereses y cánones).

⁶ Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros, actualmente, sustituida por la Directiva 2011/96/UE, DOUE de 30 de noviembre de 2011 (Directiva matriz-filial).

bre de 2019 (RG 185/2017 –NFJ075476– y 2188/2017 –NFJ077968–), donde este órgano administrativo se regocija de las citadas SSTJUE, las aplica reivindicando su interpretación tradicional del concepto de BE y hace presagiar que las mismas van a impulsar a la Administración tributaria hacia un uso expansivo, de nueva generación, del concepto de BE (sin que la reciente Sentencia del Tribunal Supremo –TS– de 23 de septiembre de 2020 [rec. núm. 1996/2019 –NFJ079213–] *Colgate*, a la que también dedicaremos atención, sirva como freno de tal tendencia). Como se demostrará posteriormente, el significado que se atribuye por la doctrina de los tribunales al concepto de BE no encuentra apoyo en su evolución e incluso, cualquiera que sea el significado con el que se interprete el término BE, la doctrina del TEAC de estas dos últimas resoluciones es cuestionable y debiera la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) meditar seriamente si abrazarla de forma acrítica. En este sentido, la sentencia del TS en el caso *Colgate* representa una oportunidad perdida para evitar futuros conflictos jurisdiccionales, generar mayor seguridad jurídica y establecer una doctrina clara que interprete el concepto de BE en sus justos términos, con su dimensión correcta, lo cual, al mismo tiempo, redundaría en una interpretación razonable de la cláusula antiabuso de los artículos 15 y 159 de la LGT. Como se apuntará, lo relevante no será que se otorgue al concepto de BE una interpretación amplia (incorrecta desde la perspectiva de la OCDE, aunque más ajustada a las conclusiones del TJUE) o restringida (más acorde con su función histórica), sino de que tenga en cuenta la auténtica naturaleza del concepto de BE, cualquiera que sea la interpretación que dé y se actúe en consecuencia. Si además el concepto de BE se reconduce a su sentido original, se limitarán también los problemas y conflictos facilitando la lucha contra auténticas estructuras fraudulentas o abusivas.

Si bien en el anterior párrafo hemos hecho una introducción técnica, que puede parecer anodina, del problema planteado (qué efectos produce el BE sobre distintas normas españolas y los CDI), la solución que se dé al mismo implica tomar en consideración valores más fundamentales referidos a la relación entre el derecho interno, el derecho de la Unión Europea (UE) y los CDI, a cómo se aplican principios fundamentales como son la certeza y la seguridad jurídica (art. 9.3 Constitución española –CE–), la prohibición general de abuso del derecho y cómo se plantean las relaciones entre la Administración y los contribuyentes. La articulación adecuada de las relaciones entre estos principios, valores y normas resulta crucial en un entorno pos-COVID-19 si de lo que se trata es de potenciar el papel de España en un contexto internacional. El TS podía haber considerado este escenario en su sentencia *Colgate*, sin embargo, el razonamiento de la misma, como veremos, se encuentra un tanto desenfocado.

En primer lugar esbozaremos el problema, tratando de aclarar qué es el concepto de BE, cuáles son sus orígenes y las consecuencias de interpretar el concepto de BE de una forma estricta o amplia. Por esta razón, el presente trabajo primero resumirá sucintamente la no siempre bien conocida o interpretada historia del concepto en su evolución en el contexto de la OCDE, en el entorno previo y posterior a BEPS (el proyecto de la OCDE relativo a la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios entre jurisdicciones), lo cual servirá para poner de manifiesto su auténtica función. En un segundo momento nos

centraremos en apuntar cómo se ha interpretado el concepto en el derecho comparado y por el TJUE (en escasa armonía con la evolución OCDE, como veremos) y dónde, a juicio de este autor, han fallado nuestros tribunales en su interpretación. En este recorrido observaremos como, quizás, en muchos casos, los materiales que produce la OCDE están en la causa del problema que presenta el BE y son los que han generado confusión, algo que tanto nuestra Administración tributaria como nuestros tribunales deben tener en cuenta para relativizar su valor y fuerza.

En el fondo, la cuestión que tratamos de resolver en el presente trabajo es bastante simple: ¿puede utilizarse el BE (como pretende el TEAC y tradicionalmente ha interpretado la AEAT con las bendiciones de la Audiencia Nacional –AN–) como un sustitutivo de la cláusula general antiabuso del artículo 15 de la LGT? La respuesta a tal interrogante para este autor es negativa, ya que el concepto de BE, rectamente interpretado, no es equivalente a una cláusula general antiabuso, pero es que, incluso atribuyendo al mismo tal interpretación amplia, tampoco podría o debería obviarse el procedimiento establecido en los artículos 15 y 159 de la LGT si no se quieren reducir los mismos a normas inoperantes, desconocer principios y valores fundamentales y, al mismo tiempo, crear problemas de Derecho de la UE, ya que las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019, a las que nos referiremos en el epígrafe 5, no interpretan las SSTJUE *T Danmark* y *N Luxembourg* en sus justos términos y su doctrina debiera ser matizada también para evitar problemas de vulneración de los CDI firmados por España. Algo similar ocurre con la reciente sentencia del TS en el caso *Colgate*.

2. El BE como fruto de varios errores históricos de la OCDE en el contexto anterior a 2014 (pre-BEPS)

2.1. Introducción

El concepto de BE ha sido uno de los más controvertidos en la escena de la fiscalidad internacional. En realidad, la controversia se produce como consecuencia de varios errores históricos que, dicho sea en términos estrictamente dialécticos, ha cometido la OCDE al incluir e interpretar el concepto de BE en los comentarios a los artículos 10 a 12 (dividendos, intereses y cánones) del MC OCDE desde 1977 hasta 2014, y al determinar las relaciones entre los CDI y las normas antiabuso nacionales de carácter general (las llamadas «GAAR» en el ámbito anglosajón y que se corresponden, a grandes rasgos, con el art. 15 LGT).

Más que dar cuenta de la evolución detallada del concepto de BE en el contexto de la OCDE, sintéticamente resumiremos los principales elementos en el tiempo generadores de confusión⁷.

⁷ Para un mayor desarrollo, *vid.* nuestros trabajos citados en la nota 1.

2.2. El BE en los artículos 10 a 12 del MC OCDE 1977: un concepto legal, innecesario, que busca solucionar un problema de fraude y propio de la legislación del Reino Unido

Es sobradamente conocido que el concepto de BE, cuando se incluyó en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (cánones) del MC OCDE 1977⁸, trató de responder a las necesidades del Reino Unido y las peculiaridades de su sistema fiscal, aunque cuando el MC OCDE recogió este término ya no era necesario ni siquiera para el Reino Unido⁹. En los años 1960 y 1970, los *trusts* eran sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades en el Reino Unido, con independencia de que el *trustee* no fuera el propietario de la renta recibida. Únicamente existía una excepción, los casos en los que el *trustee* derivaba renta de fuentes extranjeras y las rentas pertenecían a un no residente del Reino Unido. En ausencia de la segunda frase del artículo 4 del MC OCDE, que no estaba en el Proyecto de 1963 del MC OCDE, el efecto del tratamiento interno en el Reino Unido de los *nominees* y *trustees* era que podían invocar los CDI del Reino Unido frente al Estado donde se obtenían rentas (al estar sujetos a un impuesto sobre la renta en este país), pero también un no residente del Reino Unido podía, en este contexto, utilizar un *trust* del Reino Unido con la finalidad de obtener rentas «pasivas» de terceros países (dividendos, intereses y cánones), siendo gravado a los tipos reducidos o beneficiándose de las exenciones de los CDI del Reino Unido para dividendos, intereses y cánones aunque su país de residencia no tuviera ningún CDI con el Estado de fuente de la renta. En este contexto, el Reino Unido decidió que la inclusión de la cláusula del BE en los CDI eliminaría esta forma de *treaty shopping* mejor que las cláusulas de sujeción a impuestos en el país de residencia, que podrían excluir de los CDI a ciertas instituciones exentas de impuestos (por ejemplo, fondos de pensiones) que no necesariamente deberían quedar fuera este tipo de normas¹⁰. Sin embargo, lo cierto es que, cuando el concepto de BE se incluyó en el MC OCDE de 1977, ya no era necesario para atacar la interposición de *trusts* en el Reino Unido por residentes de terceros Estados, puesto que, simultáneamente, también en 1977, se añadió la segunda frase del artículo 4.1 del MC OCDE, que impide el acceso al CDI a quien solo esté sujeto a tributación en su Estado de residencia por las rentas derivadas de ese Estado, esto es, con un sistema territorial de imposición. Con esta frase, el pro-

⁸ A diferencia de lo que se deriva de la Sentencia del TS de 23 de septiembre de 2020 (rec. núm. 1996/2019 –NFJ079213–, fj. 2) el concepto se incluyó en los tres artículos en 1977. El TS indica que solo se incluyó en 1977 en los artículos 10 y 11, mientras que en el artículo 12, cánones, se incorporaría mucho después, en 1995. Se trata de un error, ya que el tenor del artículo 12 (1) del MC OCDE 1977 era el siguiente: «Royalties arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State if such resident is the beneficial owner of the royalties». También el párrafo 3 del citado precepto se refería a este concepto. Acerca de la historia del artículo 12 del MC OCDE puede consultarse nuestro trabajo, Martín Jiménez (2019).

⁹ *Vid.* sobre la situación del ordenamiento del Reino Unido, Avery Jones, *supra* nota 1.

¹⁰ Sobre el uso temprano del BE en los CDI del Reino Unido y su conexión con las cláusulas de sujeción a impuestos, Vann y Avery Jones, *supra* nota 1 (pp. 271 y ss. y 333 y ss.); o Avery Jones (2006, p. 249).

blema del Reino Unido se solucionaba, evitando el *treaty shopping* con *nominees* o *trustees* del Reino Unido, pero, sin embargo, simultáneamente, de forma innecesaria, se incluyó el concepto de BE en los artículos 10 a 12 del MC OCDE, dando lugar a toda la confusión que posteriormente se ha producido con este término. Que en sus orígenes el BE no era una cláusula general antiabuso queda claro porque simultáneamente, como ocurría en el antiguo CDI España-Reino Unido de 1975, este último país incluía en sus CDI cláusulas antiabuso, de propósito principal y buena fe comercial (hasta cierto punto, antecesoras del art. 29.9 MC OCDE [2017], aplicables generalmente a los arts. 10 a 12), por lo que, obviamente, el BE debía tener otro significado distinto al propio de una cláusula antiabuso.

La principal conclusión que cabe derivar de este primer error histórico es que, en sus orígenes, el concepto de BE no tenía mucho que ver con el abuso de los CDI o de la normativa interna, más bien trataba de prevenir conductas abiertamente fraudulentas que permitían interponer *nominees* o *trustees* en el Reino Unido para evitar la tributación en la fuente en Estados con los que este país tenía un CDI en vigor o incluso en el Estado de residencia del auténtico propietario de los dividendos, intereses o cánones. Se trataba, en definitiva, con tal cláusula de que, a efectos de los CDI, se atribuyera la renta a quien es el auténtico propietario (jurídico, no económico) de la misma, puesto que tal regla –natural puede decirse en la mayoría de ordenamientos tributarios– se veía distorsionada por la situación de la legislación británica. Por ello, el concepto de BE no tenía una relación directa en sus orígenes con el fenómeno de la interposición de sociedades (*holding*, financieras, de gestión de cánones, etc.) en determinados Estados para beneficiarse de su red de CDI y sus regímenes tributarios.

La formulación del concepto de BE en los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 1977 se prestaba, sin embargo, a alguna ambigüedad, ya que, se decía «la limitación de impuestos en el Estado de la fuente no estará disponible cuando un intermediario, como un agente o un *nominee*, se interponga entre el beneficiario y el pagador»¹¹. La referencia a «agentes» y «nominees» como ejemplos de «intermediarios» podía hacer pensar que otros intermediarios distintos pudieran también ser excluidos del concepto de BE, de hecho, ya hubo trabajos en los años 1960 de la OCDE donde se pretendía excluir a las sociedades *holding* de los CDI, aunque las conclusiones de los mismos no se trasladaron a los artículos 10 a 12 del MC OCDE en 1977, al menos, explícitamente, pero sí que son el origen de la confusión, posteriormente acentuada, entre dos problemas conceptuales distintos, el fraude directo y abierto o el abuso del derecho¹². De los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 1977 se

¹¹ Para. 12 de los comentarios al artículo 10 (2), para. 8. Comentarios al artículo 11 (2). Un texto idéntico pero referido a la exención del artículo 12 puede encontrarse en el párrafo 4 de los comentarios al artículo 12 (1) del MC OCDE (1977).

¹² Son ilustrativos los trabajos del Working Party no. 21 (United States - Denmark) (21 de diciembre de 1967), *Third Report on Tax Avoidance through the Improper Use or Abuse of Tax Conventions*. FC/WP21(67)1, en particular, el siguiente párrafo, p. 5:

12. Still another aspect of the problem of shifting incomes involves residents of third countries. A resident of such a country may have investments in state A, the income from which is subject

podía deducir, sin embargo, que, una sociedad *holding* solo podía ser excluida del ámbito de aplicación de los CDI con cláusulas antiabuso incluidas en el propio CDI¹³.

2.3. Los Informes de la OCDE sobre *base companies* y *conduit companies* de 1986 sientan las bases de la posterior confusión e inseguridad jurídica

La situación, sin embargo, comienza a hacerse más confusa con dos informes de la OCDE publicados en 1986, los conocidos como Informe sobre «sociedades base» y el Informe sobre sociedades «intermedias o conductoras» (OCDE, 1986a y 1986b). En contra de lo que podría interpretarse de una lectura rápida de ambos informes, los mismos no suponen una expansión del concepto de BE con respecto al MC OCDE 1977 para potenciar la posibilidad de excluir del ámbito de los CDI a cualquier sociedad conductora (o base), a pesar de que así hayan sido interpretados frecuentemente por quienes defienden que el mismo es equivalente a una cláusula general antiabuso. Ambos Informes asimilan *ciertas* sociedades base¹⁴ o

to a given withholding tax. If there is a convention between A and B that provides for reduced withholding taxes on income flowing from either state to the other, the third country resident may use an intermediary in state B, a *holding company* or a nominee or other agent, through which to make his investments in state A [...] 14. The factors required to bring into being the tax benefits described above are the following: (1) an individual or firm must be able to arrange its business or investment transactions so as to receive income in a foreign country in which little or no tax would be levied; (2) the country where the income is generated must exempt such income or tax it at a low rate; and (3) *the beneficial owner* of the income must either not be taxed at all on such income in his home country or he must be free of tax until the income is repatriated (destacado añadido).

¹³ Párrafos 22, 12 y 7, respectivamente, de los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del MC OCDE (1977).

¹⁴ El Informe sobre las sociedades de base, para. 38, indica lo siguiente:

While recognizing that the base company as a legal entity has its place of management in the country where it has been set up and does not have a permanent establishment in the country of residence of the taxpayer, the latter country could at least, under its national law, attribute to the taxpayers the activities and / or the income of the base company. This approach would clearly not be contrary to the OECD Model *if the base company acted as a mere intermediary, an agent, a fiduciary or nominee of the taxpayer* (cf. for example the notion of beneficial owner in Articles 10 to 12 of the OECD Model). However, the question arises as to whether, quite generally, domestic rules as to who is regarded as the recipient of specific income for tax purposes are compatible with treaties. This question especially arises in the case of «anti-abuse» or «substance-over-form» rules according to which it is not the base company itself but its shareholder, who is regarded as the true recipient of the income shifted to the base company (destacado añadido).

De la frase subrayada puede derivarse que no toda *base company* está excluida del concepto de BE, solo las que actúan como agente, fiduciario o *nominee*. Al mismo tiempo, el párrafo continúa planteándose si las normas antiabuso son compatibles con los CDI, lo que parece indicar que la aplicación de las mismas solo se producirá allí donde la sociedad de base pueda ser considerada como el BE de la renta recibida.

conductoras¹⁵ a agentes o *nominees* que no son BE. Es decir, estarían excluidas del concepto de BE solo algunas de ellas, las que el Informe sobre sociedades conductoras identifica o describe como aquellas que:

[...] a pesar de que son propietarias formales de ciertos activos, tienen poderes muy reducidos que las sitúan en una posición de meros fiduciarios o administradores que actúan por cuenta de las partes interesadas (los accionistas de la *conduit* o «sociedad base»).

La principal confusión viene motivada por la referencia a «económicamente» en el Informe sobre sociedades conductoras como vinculada a la entidad interpuesta y la indefinición de qué se consideran «poderes limitados» (*narrow powers*) sobre la renta que esta recibe, esto es, a la necesidad de excluir el acceso a los tipos reducidos o exenciones de los CDI previstos para dividendos, intereses y cánones cuando su aplicación se traslade «económicamente» a residentes de terceros Estados, no a residentes del otro Estado parte del CDI, y la persona que recibe la renta y residente en el Estado parte del CDI invocado tenga poderes limitados. Esta referencia a la realidad económica hace que no resulte claro cuándo una sociedad interpuesta no es el BE de una renta (dividendo, interés o canon) ya que, hasta ese momento, la cuestión del beneficiario efectivo hacía referencia a problemas estrictamente legales, no a la toma en consideración de la realidad económica subyacente, función que corresponde a las reglas generales antiabuso. La indefinición de «poderes limitados» invitaba también a intentar ensanchar el círculo de sujetos y entidades que no alcanza la cualidad de BE.

¹⁵ El Informe sobre sociedades conductoras párrafo 14 indica lo siguiente:

The OECD has incorporated in its revised 1977 Model provisions precluding in certain cases persons not entitled to a treaty from obtaining its benefits through a «conduit company» [...]

b) Articles 10 to 12 of the OECD Model deny the limitation of tax in the State of source on dividends, interest and royalties if the conduit company is not the beneficial owner. Thus the limitation is not available when, *economically*, it would benefit a person not entitled to it who interposed the conduit company as an intermediary between himself and the payer of the income (paragraphs 12, 8 and 4 of the Commentary to Articles 10, 11 and 12 respectively). The Commentaries mention the case of a nominee or agent. *The provisions would, however, apply also to other cases where a person enters into contracts or takes over obligations under which he has a similar function to those of a nominee or an agent. Thus a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, through the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties (most likely the shareholders of the conduit).* In practice, however, it will usually be difficult for the country of source to show that the conduit company is not the beneficial owner. The fact that its main function is to hold assets or rights is not itself sufficient to categorise it as a mere intermediary, although this may indicate that further examination is necessary [...] [in view of the difficulties in this further examination, the remainder of the paragraph further explained that the 1977 Commentaries to article 10, para. 22, suggested that this companies should be the object of especial treatment in the negotiations] (destacado añadido).

Lo anterior, unido a la posición (incorrecta) de la OCDE, defendida en el Informe sobre las sociedades conductoras, pero también en el Informe de la OCDE sobre *Treaty Overriding* de 1989, en el sentido de que las normas generales antiabuso solo pueden aplicarse en el contexto de los CDI allí donde el CDI lo permita, por imperativo del principio internacional *pacta sunt servanda*, está en el origen de la confusión en los años posteriores¹⁶. Muchas Administraciones tributarias, ante los obstáculos que planteaba la aplicación de normas o doctrinas generales antiabuso en el contexto de los CDI, según comentaba la OCDE, acudieron al concepto de BE no solo para luchar contra fenómenos de interposición fraudulenta de personas a fin de reducir la tributación en el Estado de la fuente, sino también en casos donde tal fraude no existía y solo se verificaban situaciones potencialmente abusivas y tradicionalmente atacables con cláusulas o doctrinas generales antiabuso como el artículo 15 de la LGT.

La elevación (instrumental) del umbral del BE, de manera que se excluya de ese término no solo a sociedades conductoras que tengan una posición estrictamente análoga a la propia de un *trustee*, *nominee* o intermediario (esto es, que no son propietarios legales de la renta) sino también a cualquier entidad interpuesta en general tiene como finalidad (1) evitar los obstáculos que el principio *pacta sunt servanda*, tal y como lo interpretaba la OCDE, presentaba para aplicar las normas antiabuso en el contexto de los CDI, (2) superar los problemas que algunos sistemas nacionales (por ejemplo, Francia) tienen para la aplicación de normas antiabuso en el contexto de los CDI, y (3) en sistemas (por ejemplo, España) donde no existe ningún problema de aplicación de las normas antiabuso en el contexto del CDI, se eliminaría igualmente la carga procedimental y probatoria que las normas antiabuso habitualmente atribuyen a las Administraciones tributarias, sustituyéndolas por un concepto, el BE, que las Administraciones entienden que sería más fácil de aplicar por su indefinición e inconcreción.

Tal tendencia descrita se confirmó con la reforma de 2003 de los comentarios al MC OCDE, que, nuevamente, supone un error histórico de esta organización internacional que está en la base de gran parte de los múltiples conflictos posteriores sobre el significado de término BE.

2.4. La mutación del significado del concepto de BE en los comentarios al MC OCDE 2003

La tendencia hacia la elevación del umbral que permite considerar a una persona como BE se consolidó con el documento de la OCDE *2002 Reports Related to the OECD Model Tax Convention* (OCDE, 2003, p. 26 ff.) cuyas conclusiones se incluyeron más tarde en los

¹⁶ OCDE (1989) (con la recomendación anexa del Consejo de la OCDE en esta materia de 2 de octubre de 1989). El Informe enfatiza de una manera exagerada, a nuestro juicio, el impacto del principio internacional *pacta sunt servanda* que considera que limitaría la aplicación de normas o principios antiabuso de carácter nacional. Tal desequilibrio no tenía ningún fundamento en el derecho internacional o constitucional interno de muchos Estados (por ejemplo, España) y, por esta razón, la OCDE corrigió su postura en 2003.

comentarios a los artículos 10-12 del MC OCDE 2003. Como consecuencia, a partir de 2003, el párrafo 12 de los comentarios al artículo 10 (dividendos) fue reemplazado por el siguiente párrafo (cambios similares se realizaron en los párrafos 8 y 4 de los comentarios a los arts. 11 y 12 MC OCDE, respectivamente):

12. The requirement of beneficial ownership [...] makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was immediately received by a resident of a State with which the State of source has concluded a convention. *The term beneficial owner is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in the light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.*

12.1. Where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The immediate recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. *It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned.* For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled «Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies» concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties (el destacado es añadido)

Hemos preferido transcribir el original en inglés (en francés no difiere en gran medida), aunque las modificaciones principales que aportan los citados párrafos son las siguientes, tal y como se expresan en las frases destacadas: se trata de otorgar al concepto de BE un significado más contextual (con ciertos elementos del *Partnership Report* de la OCDE de 1999¹⁷ en los que no vamos a centrarnos ahora) y se ensancha notablemente el número de casos en los que el perceptor de una renta no va a ser considerado como BE al indicar que:

[...] sería inconsistente con el objeto y finalidad del CDI que el Estado de la fuente otorgue el beneficio de tipos reducidos o exención cuando el residente del otro

¹⁷ Acerca del efecto de este Informe y el enfoque de atribución desde la perspectiva del estado de residencia que defiende nos remitimos a nuestros trabajos citados en la nota 1.

Estado contratante, más allá de una relación de agencia o *nominee* (fiduciario), simplemente actúa como un conducto para otra persona que recibe en realidad el beneficio de la renta en cuestión.

Hay, además, una referencia explícita al Informe de las sociedades conductoras de 1986, aunque la frase transcrita invita a pensar de que el círculo de sociedades conductoras excluidas del concepto de BE es mucho más amplio que aquellas que no puedan considerarse como propietarias, en un sentido jurídico, de la renta y se extiende a cualquier sociedad conductora en el sentido económico al que más arriba se hacía alusión.

El documento *2002 Reports* (p. 26, párrafo 21) presentó los cambios en materia de BE como una «clarificación» del concepto, sin explicar las razones de política tributaria que llevaban a elevar el umbral del mismo. El mensaje que trasladan los nuevos comentarios de 2003 es un tanto distorsionador de la finalidad originaria del término: las sociedades conductoras no serán BE de la renta que reciben y el concepto de BE es una herramienta para luchar contra las sociedades conductoras con carácter general, no solo frente a algunas de ellas (las asimilables a un fiduciario). El efecto fue que el concepto de BE adquirió un significado que no tenía hasta ese momento y pasó de ser una herramienta que excluía de los beneficios de los artículos sobre dividendos, intereses y cánones los casos de interposición fraudulenta de personas para beneficiarse de un CDI a erigirse en un instrumento equivalente a las cláusulas antiabuso generales (en línea con el art. 15 LGT).

Como R. Vann ha señalado, no puede descartarse que el elevado umbral para adquirir la condición de BE derivado de los *2002 Reports* estuviera conectado con la ausencia de un acuerdo entre las Administraciones tributarias en el seno de la OCDE, en el momento en que se discutieron estos *Reports*, acerca de la interacción entre la legislación doméstica antiabuso de carácter general y los CDI. Sin embargo, continúa el profesor de la Universidad de Sídney, cuando tal asunto se resolvió en 2003 mediante la inclusión de unos comentarios al artículo 1 del MC OCDE con párrafos específicos sobre el principio guía en esta materia en el párrafo 9.5 (muy similar al actual art. 29.9 MC OCDE 2017) y la compatibilidad con los CDI de las normas generales antiabuso o las doctrinas similares domésticas que siguieran ese principio guía no había ya ninguna necesidad de los comentarios sobre el BE que se incluyeron en 2003 y ensanchaban los casos de exclusión del cumplimiento de este requisito (Vann, p. 300)¹⁸. El resultado fue, como Vann también acertadamente indica, un uso discrecional y arbitrario del concepto del BE por las Administraciones tributarias de los distintos países para luchar contra sociedades conductoras en sentido amplio, esto es, no solo frente a sociedades que no pueden considerarse como propietarias legales de la renta recibida, sino también frente a aquellas que se entienda no son propietarias económicas de la misma aun siendo las titulares legales (Vann, p. 301). Este uso del concepto de BE está más en línea con la finalidad de la política tributaria de una cláusula general an-

¹⁸ También nosotros mismos expresamos una posición similar en Martín Jiménez (2004, pp. 20-21).

tiabuso que con el significado originario del concepto de BE, que simplemente designaba al propietario en sentido legal de los dividendos, intereses y cánones. Como veremos más abajo, en la práctica internacional este umbral elevado y significado del concepto de BE es el que ha terminado imponiéndose en la realidad internacional y en la práctica española, a pesar de los intentos posteriores de la OCDE de reconducir el concepto hacia un contenido más próximo al que tenía originariamente.

Resulta curioso observar como, en relación con el BE, la historia repite en 2003 un error similar al que se produjo en 1977. El significado y umbral del concepto de BE se eleva cuando ya no era necesario puesto que los comentarios al artículo 1 del MC OCDE de 2003 cambiaron la posición tradicional de esta organización internacional para admitir que las cláusulas o doctrinas generales antiabuso, en contra de la posición previa de la OCDE, sí que se pueden aplicar en el contexto de los CDI. Es decir, en 2003 se amplía el abanico de situaciones que no cumplen el requisito del BE cuando la lucha contra el abuso de los CDI ya estaba cubierta por los comentarios al artículo 1 del MC OCDE, nuevamente haciendo innecesarias las precisiones sobre el BE en los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE.

2.5. Conclusiones sobre la evolución del concepto de BE en esta primera fase

Como puede observarse, el concepto de BE bien podría considerarse un error histórico, ya sea en su introducción en 1977, no era necesario tras la inclusión de la frase segunda del artículo 4.1 del MC OCDE, o en su evolución, cuando la ampliación de su significado resulta también innecesaria al reconocer explícitamente también el MC OCDE en sus comentarios al artículo 1 a partir de 2003 que las cláusulas o doctrinas antiabuso internas son compatibles con los CDI.

En realidad, podría decirse que, en sus orígenes, el BE simplemente buscó atajar determinados comportamientos abiertamente fraudulentos enfatizando un principio que puede considerarse inherente a todos los ordenamientos jurídicos: una renta debe ser imputable a su auténtico propietario legal. La conversión del BE en una cláusula antiabuso de carácter más general en momentos posteriores responde a ciertos errores históricos explicados en epígrafes precedentes y a pura comodidad (es más sencillo para una Administración tributaria invocar el concepto de BE, darle el significado que estime más conveniente ante la falta de definición clara del término, que aplicar reglas generales antiabuso, con todo lo que ello implica en términos procedimentales). Estos errores históricos y utilización instrumental del BE para cubrir necesidades que forman parte del objeto de las normas generales antiabuso está en la base de su popularidad actual.

Precisamente, la ambigüedad del término y su diversa aplicación en distintos Estados, hasta el punto de amenazar la interpretación uniforme de los CDI, motivó que la OCDE de-

tectara la necesidad de concretar su significado, lo cual se realizaría a partir de 2011 y los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 2014.

3. La evolución a partir de 2011, los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 2014-2017 y el contexto pos-BEPS

3.1. El tortuoso camino hasta la reforma del concepto de BE en 2014

La reducción del concepto de BE y elevación del umbral de cumplimiento operada en 2003 por la OCDE determinó que muchas Administraciones tributarias y tribunales nacionales denegaran la aplicación de los GDI con criterios que ponían en peligro la aplicación uniforme de los GDI en el plano internacional. La situación fue tal que la OCDE se vio en la obligación de aclarar nuevamente el concepto con dos controvertidos, sobre todo el primero¹⁹, borradores (OCDE, 2011 y 2012), y sendos procesos de consultas públicas, de nuevos comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE. La nueva versión del MC OCDE 2014 finalmente retocó de forma importante los comentarios a los artículos 10 a 12 en materia de BE con un afán claramente modificador con respecto a 2003, tratando de aproximar el concepto, con mayor o menor acierto, a su función originaria y con mayor distanciamiento con respecto a su interpretación como cláusula general antiabuso. Por lo que respecta a este trabajo, solo nos interesa subrayar que la OCDE, a partir de 2014, excluye del concepto de BE a quienes perciben un dividendo, interés o canon pero su derecho a utilizar la renta está limitado por la obligación de remitir o «pasar» el pago recibido a otra persona²⁰. La obligación de repago del ingreso recibido a otra persona debe necesariamente ser dependiente de la obligación de percibir el ingreso. Al margen de que la relación entre las obligaciones generadoras del ingreso y el pago no está perfectamente definida, como tampoco lo está la función de la cláusula del BE con respecto a las cláusulas generales antiabuso²¹, los comentarios al MC OCDE 2014, no modificados con posterioridad en 2017, parecen dejar claro que las únicas sociedades conductoras excluidas del concepto de BE son aquellas que tienen una función análoga a un agente o una *nominee* y actúan como puros fiduciarios o administradores de una determinada renta²².

¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, los comentarios al primer borrador de Avery Jones, Vann y Wheeler, disponibles en <<http://www.oecd.org/tax/treaties/48420432.pdf>> o las contribuciones de Duff y Vann o este autor en Lang *et al.*, *supra*, nota 1, respectivamente en las pp. 2-3 y 17-21, 304-305, 138-139.

²⁰ *Vid.*, por ejemplo, el párrafo 12.4 de los comentarios al artículo 10 del MC OCDE 2017. Cabe encontrar indicaciones similares en los comentarios a los artículos 11 y 12 del MC OCDE 2017 tras la reforma de 2014.

²¹ Con respecto a los detalles de las modificaciones de 2014, *vid.* nuestro trabajo citado *supra* nota 1.

²² *Vid.*, por ejemplo, el párrafo 12.4 de los comentarios al artículo 10 del MC OCDE 2017. Cabe encontrar indicaciones similares en los comentarios a los artículos 11 y 12 del MC OCDE 2017 tras la reforma de 2014.

Al margen de las ambigüedades y problemas que se derivan de la definición de BE en los comentarios al artículo 10 a 12 del MC OCDE 2014-2017, lo cierto es que la OCDE pretendió dejar claro desde 2014 que la función de este concepto es distinta a la propia de las cláusulas generales antiabuso, más limitada que estas, y retractarse de lo afirmado en 2003. Como explicaremos más adelante, ni las distintas Administraciones tributarias ni la jurisprudencia comparada (entre ella, las SSTJUE sobre los casos daneses *T Danmark* y *N Luxembourg*) han tomado muy en serio este giro de la OCDE y lo que ha quedado ha sido la vocación expansionista y equiparación del concepto con las cláusulas generales antiabuso de 2003.

3.2. El concepto de BE en el entorno pos-BEPS²³

Los cambios derivados de la Acción 6 de BEPS (OCDE-G20, 2015)²⁴, plasmados en el Convenio Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios²⁵ o en el MC OCDE 2017, que llevaron a añadir un nuevo título y preámbulo a los CDI, así como un nuevo artículo 29 al MC OCDE que, en su párrafo 9, regula una cláusula general antiabuso (art. 7.1 Convenio Multilateral), reafirman la posición derivada de 2014 en el sentido de que el concepto de BE tiene un significado y efectos diversos con respecto a las cláusulas generales antiabuso. De los comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE 2017 (cláusula general antiabuso) se deriva que este último solo puede aplicarse cuando la persona que recibe una renta es el BE, aclarando, en consecuencia, que la cláusula general pretende atacar comportamientos distintos al concepto de BE y que un BE puede estar incurriendo en comportamientos abusivos (otra cuestión es que existen bastantes ambigüedades entre los ejemplos que utilizan los comentarios al art. 29.9 relativos a situaciones abusivas o sociedades conductoras y su relación con el concepto de BE). Quizás la indicación más significativa se encuentra en los ejemplos sobre sociedades conductoras del párrafo 187 de los comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE 2017: si el concepto de BE estuviera pensado para atacar a cualquier sociedad conductora, no tendría sentido que se incluyan dentro de los comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE 2017 (la cláusula general antiabuso) ejemplos de cómo tal cláusula general antiabuso puede ser utilizada para atacar casos de sociedades conductoras o de supuestos donde las llamadas cláusulas de limitación de beneficios deben ser completadas con una regulación específica relativa a este tipo de sociedades.

²³ Para un mayor desarrollo y detalle acerca de la función del concepto de BE en el entorno pos-BEPS *vid.* el epígrafe 2.

²⁴ Como es sabido, la acción 6 representa un estándar mínimo del proceso BEPS.

²⁵ Disponible en <<https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>>. La ratificación de este Convenio Multilateral todavía está en proceso de tramitación parlamentaria en España.

Es decir, si el BE fuese eficaz en la lucha contra las sociedades conductoras con carácter general, no sería necesario aplicar una cláusula general antiabuso o una legislación específica que complemente a las cláusulas de limitación de beneficios en esta materia.

Tras la inclusión de la cláusula general antiabuso en el MC OCDE (art. 29.9) está claro que los requisitos para aplicar la misma o el BE son bien distintos: el BE exige identificar pagos recibidos y realizados y una conexión entre ellos para concluir que quien legalmente recibe el pago no es su auténtico propietario; la cláusula general antiabuso demanda la prueba de un elemento subjetivo (intención del contribuyente, motivo económico válido) y otro objetivo (finalidad de la norma) que permiten tomar en consideración el efecto económico y final de una operación o transacción legal. Este último, el elemento subjetivo, es inexistente en el BE.

Podría concluirse que, hoy por hoy, el concepto de BE no cumple una función relevante en el entorno pos-BEPS una vez que las cláusulas generales antiabuso forman parte del panorama fiscal internacional a través del artículo 29.9 del MC OCDE 2017 o del artículo 7.1 del Convenio Multilateral y son estándares mínimos de ejecución del programa BEPS de la OCDE y el G20. Es más, podría incluso argumentarse que tal cláusula siempre ha generado inseguridad jurídica puesto que, cada vez que la OCDE intentó aclarar su contenido, lo hizo tarde y generando incluso más problemas que en el momento histórico inmediatamente precedente: cuando fue incluida en 1977 en el MC OCDE no era necesaria; en el momento de la ampliación de los casos donde el perceptor de una renta no era el BE en 2003, los nuevos comentarios a los artículos 10-12, además de resultar contradictorios con los orígenes del término, no eran tampoco de utilidad ya a la vista de que los comentarios al artículo 1 del MC OCDE permitían la aplicación de normas y doctrinas antiabuso en el contexto de los CDI; cuando en 2014 la OCDE trata de reconducir el concepto hacia una función más acorde con la originaria, ya era demasiado tarde porque la jurisprudencia internacional había abrazado la identificación del término con las cláusulas generales antiabuso (o, al menos, antisociedades conductoras).

Sin embargo, el concepto de BE representa una exigencia elemental que cabría predicar no solo de los dividendos, intereses y cánones, sino también de cualquier tipo de renta y es que, a fin de que una persona pueda beneficiarse de un CDI, tal persona debe tener una relación o control legal sobre la renta que recibe, ya que, si no es su auténtico propietario, debe verificarse quién es el mismo y aplicar, en su caso, el CDI del Estado de residencia de este. El BE representa la exigencia propia de todo sistema fiscal en el sentido de que la renta debe imputarse a un contribuyente y, cuando quien recibe una renta no es su auténtico propietario (en el sentido legal, no económico), debe verificarse a quién legalmente cabe atribuir la misma. Como tal exigencia lógica no debería desaparecer de los CDI, sino probablemente especificarse su significado (limitado), por ejemplo, en los comentarios al artículo 1 del MC OCDE, donde se debería aclarar que, en este sentido, se trata de una idea implícita que recorre todas las reglas distributivas de los CDI (arts. 6 a 23 MC OCDE).

4. El concepto de BE desde una perspectiva de derecho comparado y la posición española con carácter previo a las SSTJUE danesas y las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019²⁶

4.1. La posición de las Administraciones tributarias y la jurisprudencia comparada

En el epígrafe 3, al referirnos a la evolución del concepto de BE en el contexto OCDE, ya apuntamos que la tendencia a interpretar el mismo con un umbral elevado, casi equivalente a las cláusulas antiabuso generales tras los cambios de 2003 en los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE es generalizada, hasta el punto de que las modificaciones en los comentarios a los mismos artículos del MC OCDE 2014 no han sido muy aceptadas (a pesar de que la OCDE claramente pretendía corregir esta tendencia).

En la actualidad, con la excepción de Canadá²⁷ y Países Bajos²⁸, la cláusula del BE es interpretada con un umbral elevado, equivalente, con distintos matices, a una cláusula general antiabuso o antisociedades conductoras de carácter general en todas las jurisdicciones que conocemos, sean o no miembros de la OCDE (Reino Unido, Francia, Suiza, EE. UU., Italia, Rusia, Argentina o China). Normalmente, cuando la cláusula del BE se interpreta como una

²⁶ Para un mayor desarrollo y cita de los materiales relevantes en las distintas jurisdicciones, incluidas las sentencias españolas, *vid.* nuestro trabajo citado en la nota 1.

²⁷ En Canadá, las dos Sentencias *Prevost* (Sentencia del Tribunal Fiscal Canadiense de 22 de abril de 2008, *Prevost Car Inc. v. The Queen*, 2008 TCJ 231 (TCC), disponible *online* en <<http://decision.tcc-cci.gc.ca/en/dn/2008/04.html>>; y, en apelación de la Canadian Federal Court of Appeal (CFCA) de 26 de febrero de 2009, *The Queen v. Prevost Cart Inc.*, 2009 FCA 57, disponible *online* en <<http://www.fca-cf.gc.ca>>) y la Sentencia del Tribunal Fiscal Canadiense de 24 de febrero de 2012, *Velcro Canada Inc. v. the Queen*, 2012 DTC 1100, 2012 TCC 57, redujeron el ámbito de aplicación del concepto de BE hasta hacerlo inoperante al exigir que, para que una persona pierda la condición de BE, no deba tener ningún poder de disposición sobre la renta recibida. Bastaba, en consecuencia, con un poder de disposición mínimo (tener la renta unos días en cuenta, mezclarla con otros ingresos) para que el receptor de un dividendo, interés o canon fuese considerado BE.

²⁸ Sentencia del TS neerlandés de 6 de abril de 1994, BNB 1994/217, popularmente conocida como el caso del *market-maker*, con un enfoque muy formalista, considerando como BE a una parte de una operación donde cabía incluso considerar que quien recibía el dividendo no solo no era el BE sino que ni siquiera estaba cobrando ese tipo de renta. Sobre esta sentencia, *vid.* Van Weeghel (1998, p. 75 y ss.), Oliver, Libin, Van Weeghel y Du Toit (2001, pp. 32-34), o Pijl (2000, pp. 257-58), De Broe (2008, pp. 694-697), o Smit (2013, p. 51 ff.). Una síntesis de esta sentencia y el texto original de la misma (aunque en neerlandés) pueden encontrarse en la base de datos de jurisprudencia del IBFD (*IBFD tax treaty case law database*).

cláusula general antiabuso, equivalente al artículo 15 de la LGT, los indicadores para considerar que hay abuso se refieren a la sustancia y materialidad de la entidad interpuesta y no tanto única y exclusivamente al poder de la entidad interpuesta de disponer o no de la renta recibida a título de auténtico propietario.

Resulta curioso que la tendencia a interpretar el concepto de BE con un alto umbral para cumplir con esta condición haya venido acompañada por un movimiento paralelo en el sentido de considerar que el mismo está implícito en los CDI, esto es, que no hace falta mención expresa a este concepto para estimar que sus exigencias despliegan sus efectos en relación con los artículos de dividendos, intereses y cánones de los CDI que no contengan tal exigencia (normalmente los CDI anteriores a 1977, cuando el concepto se incluyó en el MC OCDE). Tal tendencia es identificable en Italia, Suiza o incluso en las llamadas sentencias danesas del TJUE, como veremos. Quizás el caso suizo es el que más interés presente habida cuenta de que la sentencia del TS en el caso *Colgate* (*vid.* epígrafe 4.3) en España también se refiere a una entidad suiza y se planteó al TS si el concepto de BE está implícito en el artículo 12 del CDI España-Suiza, que no hacía referencia al mismo. En la medida en que Suiza considera el concepto de BE como una condición de acceso a los CDI, los tribunales de este país tienden a interpretar que el concepto de BE se debe aplicar incluso allí donde el CDI específico no se refiere a tal término²⁹. Lo paradójico, quizás, es que la interpretación que hacen los tribunales suizos del concepto de BE, a pesar de adoptar la apariencia de condición objetiva de aplicación de los CDI suizos, es muy similar a una interpretación económica o próxima en sus efectos a una cláusula general antiabuso. Considerar el BE como un requisito implícito en los CDI tiene sentido allí donde el umbral del concepto no se sitúe próximo a las cláusulas antiabuso, ya que, en efecto, los CDI solo deben aplicarse al propietario legal de una renta y no a cualquier persona interpuesta sin poderes sobre la misma y que la recibe a título fiduciario, de administrador, etc. No obstante, si de lo que se trata es de determinar quién es el propietario económico de una renta, lo procedente será aplicar cláusulas antiabuso generales, sin que en este supuesto sea relevante que se reconozca o no el concepto de BE en el concreto CDI. Esta reflexión, como veremos, resultará interesante en el caso español y muy singularmente tras la sentencia del TS en el caso *Colgate*.

²⁹ Tal posición se ha mantenido constante desde el primero de los casos que afectaban a unos contratos de *swap*, SWI: Bank A, Tribunal Federal Administrativo, 7 de marzo de 2012, A-6537/2010 (para una versión inglesa de esta sentencia, *vid.* IBFD Tax Treaty Case Law Database), confirmado en este punto por la sentencia en apelación del Tribunal Federal Suizo, SWI: Federal Supreme Court, Sentencia de 5 de mayo de 2015, N.º 2C_895/2012, nuevamente una síntesis con una nota del editor puede encontrarse en IBFD Tax Treaty Case Law Database y con un razonamiento confirmado constantemente en casos posteriores: *vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 19 de mayo de 2020 C-880/2018; o la resolución del Tribunal Federal Administrativo de 29 de mayo de 2020, *A v. Administration Federal*, A-2516/2018.

4.2. La posición tradicional de la Administración y tribunales españoles³⁰

Tras las primeras decisiones sobre el concepto de BE relativas a ciertas asociaciones para la gestión de derechos de autor, que realizaron una interpretación del concepto de BE como una regla de atribución de rentas a su propietario legal en línea con la función originaria de este término en el contexto OCDE³¹, la doctrina posterior de los tribunales españoles supuso un giro copernicano, un cambio radical de posición.

En primer lugar, los conocidos «casos del Real Madrid» son un grupo de sentencias de la AN³² referidos a jugadores de este club de fútbol, que habían interpuesto sociedades húngaras las cuales recibían pagos del Real Madrid por derechos de imagen o por uso de marcas (cuando el nombre del jugador había sido registrado como tal). A su vez, las sociedades húngaras transferían la práctica totalidad de las rentas que recibían (entre el 98 y el 99,5 % de la misma) a entidades de otros países o territorios (Chipre y Países Bajos). La interposición de las entidades húngaras buscaba evitar retenciones en la fuente en España ya que, en el momento de los hechos, solo el CDI España-Hungría no establecía retenciones en la fuente para los cánones³³. En todos los casos, el asunto principal era si la entidad

³⁰ Además de las resoluciones y sentencias comentadas en este epígrafe desde la perspectiva de pagos a no residentes de dividendos, intereses o cánones, existe otro grupo de sentencias que consideró la aplicación del concepto de BE desde la perspectiva de la persona residente en España que recibe una renta foránea y vinculadas a la aplicación de las diversas técnicas de eliminación de la doble imposición, jurídica y económica (*vid.* SSAN de 23 de febrero de 2012, rec. núm. 182/2009 –NFJ047215–, y de 25 de noviembre de 2010, rec. núm. 389/2007 –NFJ042459–). Estas sentencias, referidas a conocidas operaciones de planificación fiscal con instrumentos financieros con situaciones fácticas análogas a las sentencias sobre *swaps* suizas (*vid.* nota previa), utilizan un concepto de BE que no se diferencia del que vamos a exponer en los casos que comentamos en este epígrafe desde la perspectiva del Estado de la fuente. Estas estructuras de planificación han generado diversas sentencias de la AN o del TS también posteriores donde se alcanzan conclusiones similares, pero no se utiliza el concepto de BE: *vid.*, por ejemplo, la Sentencia del TS de 2 de marzo de 2015, rec. núm. 645/2013 –NFJ058359–; la SAN de 17 de noviembre de 2016, rec. núm. 494/2014 –NFJ066086–; la SAN de 26 de octubre de 2018, rec. núm. 585/2016 –NFJ072162–, o la SAN de 25 febrero de 2019, rec. núm. 166/2015 –NFJ073051– (aunque esta última a favor del contribuyente).

³¹ Resolución del TEAC de 22 septiembre de 2000 (RG 6294/1996 –NFJ010211–), confirmada por la Sentencia de la AN de 19 de junio de 2003 (rec. núm. 1002/2000 –NFJ078869–).

³² Sentencia de la AN de 18 de julio de 2006 (recs. núms. 1110/2003 –NFJ025123–, 1099/2003 y 1096/2003), 10 de noviembre de 2006 (rec. núm. 174/2006), 20 de julio de 2006 (rec. núm. 1106/2003), 13 de noviembre de 2006 (rec. núm. 247/2006) y 26 de marzo 2007 (rec. núm. 280/2006 –NFJ078871–). Todas las sentencias de la AN siguen literalmente la posición de Vega Borrego (2005 y 2003).

³³ A nuestro juicio, la tradicional posición de la Dirección General de Tributos (DGT) y la AEAT en el sentido de que los pagos por derechos de imagen podían calificarse como cánones resulta completamente errónea a la vista de la definición cerrada de cánones del MC OCDE y, en este caso concreto, del CDI España-Hungría. Otra cuestión distinta es que el artículo 13.1 d) del texto refundido de la Ley del impuesto sobre

húngara que recibía y realizaba los pagos podía ser considerada como beneficiario efectivo a los efectos del artículo 12 del CDI España-Hungría.

Las sentencias de la AN son casos donde el resultado final es probablemente correcto, pero en los que el razonamiento no lo es tanto. Por la descripción de hechos que realizaron las sentencias parece que las entidades húngaras perceptoras de los cánones no eran las auténticas propietarias de la renta y su posición era análoga a la de un mero administrador o fiduciario que retenía una comisión por la gestión de cobro. La AN, sin embargo, para excluir a las entidades húngaras perceptoras del concepto de BE, razonó, en línea con los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 2003, que el mismo es una cláusula antiabuso de amplio espectro, análoga al artículo 15 de la LGT, que justifica la exclusión de las citadas entidades de la aplicación del CDI (de hecho, la AEAT había transparentado las mismas y aplicado el CDI entre España y Países Bajos, cuando la perceptora final de la renta era una entidad neerlandesa, o la legislación interna si la renta fluía hacia una entidad chipriota, ya que en los ejercicios en cuestión no existía un CDI entre España y Chipre). Para la AN, tras los cambios de 2003 en el MC OCDE, es posible realizar una interpretación económica que permita buscar al auténtico propietario de la renta y, en consecuencia, ignorar a la persona con derecho a cobro. En realidad, la AN asimiló la cláusula del BE al llamado test del propósito económico válido (*business purpose test*): si hubiera alguna razón empresarial para interponer el intermediario, este sería el BE, si, por el contrario, la única finalidad es la reducción de las retenciones en la fuente, el intermediario no podría considerarse como tal.

Como puede observarse, la AN se alineó completamente con los cambios realizados en 2003 por la OCDE sobre el concepto de BE. Tal posición, como se ha mantenido, no tiene respaldo en la evolución y funcionalidad del término en el contexto de los CDI, no obstante, quizás no sea posible atribuir a la AN el error de configuración del concepto, sino a la propia OCDE, como consecuencia de las controvertidas reformas de 2003 ya comentadas. Sin embargo, como hemos indicado, la adopción de una posición más rígida o un umbral menos elevado relativo al citado concepto no hubiera debido llevar a conclusiones diferentes a la AN: desde una perspectiva de análisis de la posición legal de las entidades húngaras, a la vista de las descripciones de hechos realizadas en las distintas instancias, es difícil concluir que eran las auténticas propietarias legales del ingreso percibido, ya que su función se asimila más a la propia de un fiduciario, *nominee* o gestor del cobro de la renta. Es decir, bastaba un razonamiento alineado con la finalidad histórica del concepto de BE para alcanzar un resultado similar en las sentencias de la AN.

Los casos del Real Madrid no han sido los únicos en los que la Administración tributaria o los tribunales han invocado la cláusula del BE. Al margen del asunto *Colgate*, que merece

la renta de no residentes (TRLIRNR) califique los pagos por derechos de imagen como cánones a efectos de la legislación interna. Sobre la evolución y naturaleza del concepto de canon en los MC OCDE, ONU y los CDI, *vid.* nuestro trabajo Martín Jiménez (2019).

una reflexión aparte, son especialmente relevantes varios asuntos donde la Administración tributaria no invocó el concepto de BE, pero los distintos tribunales sugieren que debió utilizarse el BE como herramienta para atacar los hechos y operaciones, considerados como abusivos o realizados en fraude de ley. Tales resoluciones y sentencias explican en gran parte la vehemencia de las más recientes resoluciones del TEAC (*vid.* epígrafe 5) utilizando este concepto como arma contra los contribuyentes en las situaciones planteadas.

En primer lugar, destaca la Resolución del TEAC de 28 de septiembre de 2009 (RG 1481/2007 –NFJ036296–), que consideró la situación de una sociedad *holding* del Reino Unido, controlada por un residente de Emiratos Árabes. Tal sociedad recibió en 2002 dividendos de fuente española el 30 de octubre de 2002 y pagó aproximadamente el 80 % de los mismos el 7 de marzo de 2003 al accionista de Emiratos Árabes. El TEAC confirmó que, a la luz de la cláusula antiabuso de la Directiva matriz-filial, en la versión del artículo 14.1 h) de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes entonces aplicable, la sociedad *holding* no podía beneficiarse de la exención de dividendos en la fuente. Sin embargo, la Administración tributaria sí consideró que la entidad *holding* podía acceder al CDI España-Reino Unido y beneficiarse de los tipos de retención reducidos para dividendos previstos en estos CDI, es decir, la AEAT concluyó que la entidad *holding* inglesa era la beneficiaria efectiva del dividendo recibido.

Para el TEAC, sin embargo, la AEAT debería haber rechazado la aplicación del CDI España-Reino Unido porque la sociedad intermedia no era el BE de los dividendos recibidos. A fin de concluir que la citada entidad no era el BE, el TEAC tuvo en cuenta indicios que, más bien, son propios de situaciones cubiertas por las cláusulas antiabuso generales o la específica del artículo 1.2 de la Directiva matriz-filial (por ejemplo, la ausencia de actividad económica de la filial y la matriz, o de sustancia en la matriz, la detección de otras operaciones para reducir la tributación en España de la filial, la imposición reducida o casi nula, etc.) o que pudieran influir en la efectiva residencia en el Reino Unido de la sociedad *holding* (el control ejercido por el accionista de Emiratos Árabes). Por consiguiente, el TEAC sugirió a la AEAT que, en casos similares, ya que, en el específico considerado, la prohibición de *reformatio in peius* impedía la revisión de la aplicación del CDI España-Reino Unido, debía aplicar el concepto de BE para denegar el acceso a los CDI como una cláusula general de amplio espectro, vinculada en su significado al adoptado por la AN en las sentencias relativas al Real Madrid o a los comentarios de 2003 a los artículos 10 a 12 del MC OCDE. Como veremos, las resoluciones del TEAC conectadas con las SSTJUE danesas (*vid.* epígrafe 5) presentan situaciones fácticas muy similares a la considerada en la resolución ahora comentada, con una solución también en línea con esta última, pero ya pretendiendo argumentarla con la cobertura de la jurisprudencia del TJUE.

La AN utilizó una técnica similar en la Sentencia de la AN de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016 –NFJ073189–). El contexto de esta sentencia está vinculado con una serie de casos y sentencias relativas a estructuras de planificación de la adquisición del grupo español Colomer por un fondo de capital-riesgo con operaciones de financiación instrumentadas

a través de entidades en la UE porque, de esa forma, se eludían problemas de subcapitalización en atención a la legislación entonces vigente y retenciones en la fuente para los intereses. La reacción de la Administración tributaria fue obviar las entidades en la UE (Luxemburgo y, con ciertos matices, Madeira) que concedieron préstamos a las entidades españolas y que, a su vez, pagaban los intereses recibidos a residentes fuera de la UE, denegando la aplicación de la exención interna para intereses pagados a residentes de la UE (actual art. 14.1 c) del TRLIRNR) o la aplicación del CDI con el país de residencia de la entidad inmediatamente perceptora del interés (allí donde se identificó que el interés tenía como destinatario final una entidad de un país con CDI con España, por ejemplo, EE. UU. se aplicó el CDI y el artículo sobre intereses correspondiente). Las razones para «transparentar» a las entidades intermedias en la UE se aproximaban bastante a las propias de la definición de abuso (ausencia de sustancia o actividad relevante en la jurisdicción de establecimiento). Sin embargo, los tribunales (TS y AN) anulaban, en distintos casos³⁴, las liquidaciones practicadas por la AEAT por estimar que las entidades intermedias en la UE solo podían ignorarse a través de la aplicación de la cláusula general antiabuso española y su procedimiento (arts. 15 y 159 LGT).

No obstante, la Sentencia de la AN de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016 –NFJ073189–), en línea con la resolución del TEAC antes comentada, añadió, como sugerencia, que la cláusula del BE podía haber sido empleada por la Administración tributaria como base legal con la consecuencia de que la entidad luxemburguesa que recibía los intereses no hubiera podido beneficiarse de la exención en el TRLIRNR o el CDI España-Luxemburgo. Es obvio en el caso que la posición de la AN estaba alineada con su doctrina anterior, que interpretaba el concepto de BE de manera similar a las cláusulas generales antiabuso, y con cómo este concepto se definió a partir de 2003 por la OCDE, sin tomar, sin embargo, en consideración el significado de este término, con un umbral menos estricto, tras la reforma de 2014 de los comentarios al MC OCDE en esta materia. De las consideraciones de la AN se derivan otros dos matices que también presentan interés para los casos posteriores: (1) la AN consideró implícito el concepto de BE en la normativa interna que exime de retención en España al pago de intereses a entidades no residentes y que no alude a tal expresión, y (2) para la AN el concepto de BE tenía el mismo significado tanto en la Directiva sobre intereses y cánones como en el CDI España-Luxemburgo.

En consecuencia, los casos comentados, que, a su vez, traen causa de liquidaciones administrativas más o menos matizadas en algunos de ellos, establecen lo que podría llamarse la posición española sobre el concepto de BE, de manera que hay una identificación funcional entre este concepto y el propio de abuso o fraude de ley o las cláusulas generales antiabuso, con la consecuencia de que el BE se emplea como sustitutivo de la aplicación del artículo 15 de la LGT. Tal posición resulta controvertida por diversas razones. En el supuesto de las sentencias que afectan al Real Madrid, la AN podría haber alcanzado la misma

³⁴ Los principales son la Sentencia del TS de 26 de enero de 2015 (rec. núm. 2945/2013 –NFJ057058–) y la Sentencia de la AN de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016 –NFJ073189–).

conclusión a la que llegó, las entidades húngaras no son las BE, simplemente razonando en términos estrictamente legales y más alineados con la función tradicional del BE, que se identifica con el auténtico propietario real de una renta. En los asuntos relativos a la entidad *holding* británica o del grupo Colomer, la admonición del TEAC o la AN sobre la aplicación del concepto de BE en los casos planteados supondría, en realidad, un auténtico fraude de ley en sí mismo y permitiría orillar la jurisprudencia del TS o las propias sentencias de la AN que exigen el expediente especial para esta declaración, así como las garantías procedimentales que contiene. Lo cierto es que, en cualquier caso, el ensanchamiento de los supuestos donde la sociedad perceptora de una renta (dividendos, intereses y cánones) no será considerada como BE que se produce en los comentarios de 2003 del MC OCDE ha podido llevar a confusión a nuestra Administración y tribunales ofreciendo una vía alternativa para postergar, indebidamente, a nuestro juicio, la aplicación de los artículos 15 y 159 de la LGT y las garantías que regulan y no se respetan al aplicar de manera directa el concepto de BE.

4.3. Conclusiones preliminares sobre la posición española en materia de BE (con carácter previo a las «sentencias danesas» y al caso *Colgate*)

En los epígrafes anteriores se ha demostrado que la doctrina de los tribunales españoles con anterioridad al caso *Colgate* (objeto de comentario en el epígrafe 6) tiende a exigir un umbral elevado para considerar a un contribuyente como BE de una renta, de manera que no solo se excluyen del mismo a los agentes, fiduciarios, administradores o sociedades intermedias que realicen actividades similares a estos, sino que, en realidad, se utiliza la cláusula con una función análoga al artículo 15 de la LGT para tomar en consideración la realidad económica que habitualmente forma parte del análisis propio de las normas generales antiabuso. Tales ideas no desentonan ni resultan exóticas con respecto de las principales tendencias en la doctrina de las Administraciones y tribunales de otros países, aunque estén completamente desalineadas con la función que al BE atribuye la OCDE a partir de 2014 o su función originaria. No obstante, las inconsistencias que pueden identificarse en los casos españoles sobre BE no son enteramente achacables a la Administración tributaria o a la AN, sino, más bien, a la evolución, distintas posturas y contradicciones o ambigüedades sobre el BE, pero también en relación con las normas antiabuso o las normas sobre precios de transferencia, que cabe detectar en los documentos y trabajos de la OCDE, especialmente a partir de 2003.

En clave interna, la línea jurisprudencial española pone de manifiesto una tendencia quizás más preocupante y, hasta un cierto punto, con fuertes dosis de contradicción. Como se deriva de los casos *Colomer*, existe una firme insistencia de la doctrina de los tribunales y jurisprudencia del TS en afirmar la necesidad de recurrir al artículo 15 de la LGT y al procedimiento del artículo 159 de la LGT allí donde se identifiquen conductas de fraude de ley o abusivas. No casa bien con esta línea, sin embargo, la apelación a la figura del BE como instrumento que permita justificar regularizaciones en casos de fraude de ley o abuso, evi-

tando de esta manera el procedimiento, y las garantías del mismo, de los artículos 15 y 159 de la LGT. Y la cuestión no es baladí como prueba el caso *Colgate* (vid. epígrafe 6), ya que la pretensión de luchar contra el abuso o fraude de ley por la vía de la aplicación del concepto de BE (o de las normas de precios de transferencia) puede llevar a resultados un tanto sorprendentes, contradictorios, que evitan las consecuencias del artículo 15 de la LGT (re- calificación plena de la operación) pero que, al mismo tiempo, tampoco encajan en la idea tradicionalmente representada por el concepto de BE, que exige identificar en el interme- diario un flujo de entrada de la renta y uno de salida que permita concluir que, en realidad, la misma no es atribuible al intermediario que aparentemente la recibe.

5. Las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 que aplican las sentencias danesas del TJUE (*T Danmark* y *N Luxembourg*) y su contexto previo

5.1. El contexto previo de las resoluciones del TEAC (incluyendo *T Danmark* y *N Luxembourg*)

El contexto de las resoluciones del TEAC que aplican las SSTJUE danesas viene marcado por las dos tendencias jurisprudenciales nacionales identificadas en la sección precedente y por las propias sentencias danesas del TJUE. Sobre las tendencias nacionales, quizás solo quepa añadir que los pronunciamientos del TJUE se han recibido por el TEAC como la superación y definitivo enterramiento del «problema» que suponía que, en ciertos casos presumiblemente abusivos, la AN o el TS exigieran la utilización como base jurídica del artículo 15 de la LGT y el procedimiento especial del artículo 159 de la LGT, así como la confirmación de que la vía de escape de esta (¿molesta?) doctrina podría ser la figura del BE, que, para más inri, se supone implícito incluso donde allí no se mencione expresamen- te. Veamos, no obstante, si tales son las conclusiones que cabe derivar efectivamente de las llamadas sentencias danesas del TJUE.

Las SSTJUE *N Luxembourg* y *T Denmark*, junto con la menos citada, pero no menos relevante STJUE *X GmbH*³⁵, del mismo día, no cabe duda de que son cruciales para cual- quier persona interesada, desde cualquier perspectiva (administrativa, profesional, judicial o académica), en los conceptos de abuso, fraude o BE³⁶, aunque sus efectos, ambigüedad en ciertos puntos y dimensión se prestan a interpretaciones sesgadas que probablemente

³⁵ STJUE de 26 de febrero de 2019, *X GmbH*, C-135/17 (NFJ072759).

³⁶ En relación con el encaje de estas sentencias en la jurisprudencia general en materia de abuso del TJUE y su problemática, vid. De Broe y Gommers (2019, pp. 270 ff.), Kuźniacki (2020), Schön (20 Nov. 2019), Weber (2016, pp. 98 ff.), Zalasinski (2019); o nuestro trabajo, Martín Jiménez (2020b). Para un comentario de las mismas en el ordenamiento español, vid. Sanz Gadea (2019, pp. 97-111).

deban dar lugar a nuevos pronunciamientos del TJUE en el futuro. Desde la perspectiva del BE, la principal aportación de tales SSTJUE está referida a la interpretación de este concepto y su significado en la Directiva 2003/49/CE de intereses y cánones (*N Luxembourg*) y la conclusión de que el mismo se encuentra implícito en la Directiva 90/435 Matriz-Filial (*T Danmark*)³⁷. Los hechos y cuestiones legales en *N Luxembourg* son complejos, pero, en esencia, están referidos a si los pagos de intereses realizados por sociedades danesas a entidades del mismo grupo societario situadas en Luxemburgo o Suecia que retenían una remuneración de mercado antes de reenviar los intereses a los prestamistas no residentes en la UE, que, además, pertenecían al mismo grupo multinacional, podía beneficiarse de la Directiva sobre intereses y cánones. *T Danmark* considera una situación fáctica muy similar pero referida al pago de dividendos por las filiales danesas a sociedades *holding* intermedias ubicadas en Luxemburgo y Chipre, que, a su vez, remitían los pagos a matrices de fuera de la UE. Ambos casos aclaran que, con independencia de su redacción, las cláusulas antiabuso de la Directiva sobre intereses y cánones (art. 5) y de la Directiva matriz-filial (art. 1.2) deben interpretarse en línea con el significado del principio general de prohibición del abuso del Derecho de la UE tal y como ha sido desarrollado por la jurisprudencia del TJUE (tanto en el ámbito de los impuestos directos como indirectos, en particular, el IVA). En concreto, en relación con el concepto de BE, el TJUE en *N Luxembourg* indicó lo siguiente:

88. El concepto de «beneficiario efectivo de los intereses», a los efectos de dicha Directiva, debe interpretarse, por tanto, en el sentido de que designa una *entidad que disfruta realmente* de los intereses que se le abonan. El artículo 1, apartado 4, de la misma Directiva corrobora esta referencia a la *realidad económica*, al precisar que una sociedad de un Estado miembro será tratada como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones únicamente si recibe tales pagos en su propio beneficio y no en calidad de intermediario, esto es, de agente, depositario o mandatario.

89. Como se desprende del apartado 10 de la presente sentencia, si bien algunas versiones lingüísticas del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2003/49, como las versiones búlgara, francesa, letona y rumana, utilizan el término «beneficiario», la mayor parte de las restantes versiones recurren a expresiones como «beneficiario efectivo» (versiones española, checa, estonia, inglesa, italiana, lituana, maltesa, portuguesa y finlandesa) o «propietario»/«titular del derecho de uso» (versiones alemana, danesa, helénica, croata, húngara, polaca, eslovaca, eslovena y sueca), o incluso «titular último del derecho» (versión neerlandesa). La utilización de estas diferentes expresiones pone de manifiesto que el término «beneficiario» no se refiere a un beneficiario formalmente identificado sino a la *entidad que disfruta económicamente* de los intereses percibidos y que dispone, por tanto, de la facultad de determinar libremente el destino de estos (destacados añadidos).

³⁷ Sobre los efectos de la interpretación del concepto de BE en las sentencias danesas del TJUE en relación con la legislación de los Estados miembros y los problemas de razonamiento del TJUE en esta materia, *vid.*, en particular, De Broe (2020, capítulo 16).

De estos párrafos se desprende que, aunque el TJUE se refiera al MC OCDE (sin hacer alusión expresa a qué versión está utilizando) como elemento interpretativo, en realidad está empleando un concepto de BE que tiene un alcance muy superior al que se deriva de los comentarios a los artículos 10-12 del MC OCDE (2014-2017) cuando afirma que de este concepto cabe extraer que están excluidas del mismo «las sociedades instrumentales y debe entenderse no en un sentido técnico estricto, sino de modo que permita prevenir la doble imposición y el fraude y la evasión fiscal» (párrafo 92). Para el TJUE da la impresión de que el concepto de BE no solo incluye los casos de existencia de obligaciones legales de pasar el ingreso a otra persona (como en el MC OCDE 2014-2017), sino también las situaciones fácticas donde se detecta que, de hecho, ha existido un pago a un tercero por el perceptor del ingreso, así como la necesidad, ajena al MC OCDE, de considerar la realidad económica subyacente. Por consiguiente, a pesar de que el TJUE subraya que sigue el concepto de BE del MC OCDE, termina definiendo el mismo de forma, además de vaga, completamente discordante con el significado que adquiere en los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE (2014-2017). Es decir, en línea con la tendencia dominante en el derecho comparado, pero a diferencia del MC OCDE 2014-2017, el TJUE identifica la prohibición general de abuso del Derecho de la UE con la ausencia de la cualidad de BE en la entidad que percibe una corriente de ingresos, intereses en el caso concreto planteado. Para decidir que hay abuso y que, en consecuencia, el perceptor de la renta no es el BE, el TJUE toma en consideración los indicadores de abuso que él mismo ha definido³⁸.

Por su parte, el caso *T Danmark* confirmó esta interpretación cuando el TJUE entendió que el concepto de BE está implícito en la Directiva matriz-filial. Tal norma, a diferencia de la Directiva sobre intereses y cánones, no emplea el concepto de BE, si bien, como es sabido, cuenta con una cláusula general antiabuso (art. 1.2).

El principal problema que se deriva de la interpretación del concepto de BE por el TJUE no es solo que sus contornos no estén bien definidos, sino también que hay un riesgo alto

³⁸ Estos indicadores, tal y como aparecen en *N Luxembourg* o *T Danmark* son los siguientes (*vid.*, por ejemplo, los párrafos 124 y ss. de *N Luxembourg*):

- Se evitan impuestos al interponer la sociedad conductora en comparación con el pago directo al BE.
- El interés o el dividendo, una vez recibido, se vuelve a pagar rápidamente por el intermediario a las personas que no cumplen con los requisitos para aplicar las Directivas. Una valoración cuidadosa de los contratos y las relaciones entre todas las partes involucradas es necesaria con el fin de conocer si la sociedad conductora que recibe los fondos, en realidad, no está autorizada a usarlos.
- La sociedad conductora intermedia obtiene solo un beneficio marginal gravable para permitirle el flujo de fondos hacia el BE final.
- Las sociedades conductoras no tienen otra actividad económica relevante (aparte de la recepción de dividendos e intereses). La ausencia de actividad económica puede inferirse del análisis de factores relativos a la gestión de la compañía, su balance, su estructura de costes y gastos, sus empleados, su sede y medios materiales. Este indicador parece muy similar a la realización de un análisis de si la entidad realiza funciones, controla riesgos y activos relevantes.
- El momento de establecimiento de la estructura abusiva en relación con la legislación que trata de evitar.

de que la interpretación económica del TJUE interfiera con el entendimiento del mismo concepto en los CDI entre los Estados miembros o entre estos y terceros Estados, así como de divergencia en los resultados interpretativos que se alcancen en los distintos Estados (en función de la actitud, más o menos agresiva de sus Administraciones tributarias), afectando a la propia la seguridad jurídica y los derechos de los contribuyentes. Estos efectos los estamos observando ya en España con las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019, que, además, tienen un impacto directo en la línea jurisprudencial relativa al expediente especial de los artículos 15 y 159 de la LGT.

5.2. Las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019

Las dos Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 consideran situaciones de abuso y BE en relación, en un caso, con la Directiva sobre intereses y cánones y el CDI España-Países Bajos, y, en otro, con la Directiva matriz-filial y el CDI España-Luxemburgo, teniendo ambas en común la existencia de accionistas de terceros Estados (Andorra en un caso y Catar en otro). El objeto de este epígrafe no es un comentario de los aspectos de ambas resoluciones vinculados con la aplicación de cláusulas antiabuso, sino, más bien, reseñar qué interpretación se deriva del concepto de BE de ambas y qué fricciones o problemas plantean, aunque no podremos resistirnos a poner de manifiesto alguna insuficiencia de las resoluciones en términos de Derecho de la UE.

Ambas resoluciones comentadas traslucen una satisfacción indisimulada del TEAC por considerar que *N Luxemburg* y *T Denmark* suponen, a juicio del TEAC, la sentencia de muerte de la doctrina de la AN y el TS en el caso *Colomer* y, de alguna manera, como ya había hecho alguna resolución anterior y sentencia de la AN, tratan de lanzar el mensaje, teniendo a la inspección como destinatario, de que el concepto de BE tiene una utilidad notable en los casos de abuso y debe ser aplicado hasta el punto de que permitirá eludir el incordio de la activación de los artículos 15 y 159 de la LGT en estos casos o las tradicionales reglas de distribución de la carga de la prueba en otros. Como veremos, tales argumentos, a nuestro juicio, resultan errados (incluso algún autor vinculado a la Administración parece compartir estas mismas ideas³⁹).

En primer lugar, la Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2019 (RG 185/2017 –NFJ075476–)⁴⁰ rechazó la aplicación de la norma interna que ejecuta la Directiva sobre intereses y cánones (art. 14.1 c) TRLIRNR, que exige de tributación los intereses pagados a residentes de la UE) en un caso de pagos de intereses por parte de una sociedad española a una neerlandesa controlada por otra entidad residente en las Antillas Neerlandesas y, a su vez, al

³⁹ Sanz Gadea (2019, p. 111) pone de manifiesto que las sentencias danesas y su interpretación del concepto de abuso o de BE efectivo son trasladables al artículo 14.1 c) del TRLIRNR «respetando ciertamente los procedimientos establecidos al efecto en la Ley General Tributaria, como así lo puso de relieve la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016)».

⁴⁰ *Vid.*, sobre esta resolución, el comentario de Calderón Carrero (2020a).

accionista último residente en Andorra. Parece ser que tanto los préstamos como los pagos de intereses se realizaban en las mismas fechas de unas entidades a otras o con una conexión temporal muy próxima y que las entidades intermedias no tenían sustancia o actividad alguna. Los intereses eran repagados por la entidad neerlandesa hacia las Antillas Neerlandesas y de esta hacia Andorra. En este caso, el acceso al artículo 11 del CDI España-Países Bajos había sido rechazado por la inspección y no es objeto de cuestionamiento en la reclamación presentada ante el TEAC, que se centra en el artículo 14.1.c) del TRLIRNR (exención para intereses pagados a residentes en la UE). Para el TEAC, a pesar de que el artículo 14.1.c) del TRLIRNR no incluía ninguna referencia al concepto de BE, que sí utiliza la Directiva de intereses y cánones, el mismo debía considerarse implícito en la norma española, lo mismo ocurre con el CDI España-Países Bajos, que no se refiere al concepto de BE. Puesto que las entidades de los Países Bajos y de Antillas eran meros intermediarios para canalizar los fondos hacia Andorra, solo el último accionista andorrano tenía la condición de BE. Por consiguiente, la exención del artículo 14.1 c) del TRLIRNR no podía ser aplicada (como tampoco las reducciones en las retenciones para intereses del art. 11 del CDI España-Países Bajos según había argumentado la inspección).

En su razonamiento, el TEAC se refirió con detalle a las SSTJUE *N Luxemburg* y *T Danmark* para justificar que el concepto de BE deba interpretarse con un contenido idéntico al principio general de prohibición de abuso del Derecho de la UE (en línea con las conclusiones del TJUE) y que los mismos indicios relevantes para apreciar la existencia de abuso lo son también para excluir la condición de BE del perceptor inmediato de una renta, intereses en el caso planteado. Para alcanzar sus conclusiones el TEAC se refiere con detalle a los cambios que suponen, a su juicio, las SSTJUE *N Luxembourg* y *T Danmark* con respecto a la jurisprudencia del TJUE precedente que comentaremos al hilo de la otra resolución del mismo día. Realmente todo el despliegue argumental relativo a la identificación del concepto de abuso y BE era completamente innecesario, ya que el caso parecía ser claro: las entidades interpuestas difícilmente podían ser consideradas como las propietarias de la renta. Este aspecto era reconocido incluso por el propio recurrente, cuya argumentación se centra en determinar si el requisito del BE está implícito en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR. En consecuencia, el razonamiento y despliegue argumental del TEAC no se centra en el caso planteado. Más bien da la impresión de que la resolución trata de identificar el BE con abuso precisamente para de esta forma superar la doctrina de la AN y del TS en el caso *Colomer* y lanzar el mensaje de que es posible, para la inspección, utilizar más activamente el concepto de BE. A la vista de la situación fáctica planteada bastaba con razonar desde una perspectiva de principios generales en el sentido de que un rendimiento se debe atribuir a su propietario legal, que no es la entidad neerlandesa, ni siquiera la residente en Antillas, sino el último accionista andorrano. En este contexto, la superación o no de la jurisprudencia *Eqiom*, aspecto sobre el que se extiende el TEAC ampliamente, no resulta en absoluto relevante, más bien, da la impresión de que se ha realizado un «corta-pega» de la siguiente resolución del TEAC de la misma fecha que seguidamente comentamos. Como indicamos, sin embargo, no hacía falta razonar en estos términos, bastaba con defender que una renta solo puede atribuirse a su auténtico propietario, que no son las entidades interpuestas las cuales, más bien, actúan como agentes, mandatarios o fiduciarios por cuenta del propietario real de la renta residente en Andorra.

En la Resolución de 8 de octubre de 2019 (RG 2188/2017 –NFJ077968–)⁴¹, de la misma fecha que la anterior, el TEAC empleó exactamente el mismo razonamiento y las sentencias danesas del TJUE para excluir no solo la aplicación de la Directiva matriz-filial sino también del artículo 10 del CDI España-Luxemburgo en el caso de una entidad *holding* luxemburguesa controlada por un inversor catari. En el caso específico del CDI España-Luxemburgo, el TEAC explícitamente mencionó que la entidad luxemburguesa, a pesar del hecho de que tenía inversiones diferentes en otros países, no podía ser considerada como el BE de los dividendos recibidos. Resulta meridianamente claro en el caso que el TEAC considera el concepto de BE en el CDI como completamente equivalente en sus efectos a la cláusula antiabuso del artículo 14.1 h) del TRLIRNR, en su redacción originaria anterior a la Ley 26/2014, que desarrolla el artículo 1.2 de la Directiva matriz-filial. Para el TEAC, debía el contribuyente probar el motivo económico válido para la constitución de la *subholding* luxemburguesa a fin de tener acceso a cualquiera de las dos normas, directiva o CDI, sin que los elementos aportados sean suficientes o convincentes, pues el TEAC parece detectar la existencia de un motivo fiscal en la interposición de la sociedad intermedia como también parece atribuir importancia al hecho de que la sociedad cobrara dividendos y, aunque no los reparta a su accionista de fuera de la UE en los ejercicios objeto de análisis, en la medida en que detecta instrumentos financieros que obligan a la entidad a pagar intereses, estima que no se cumple la condición de BE (como también que no se da el motivo económico válido para aplicar la directiva).

Tal modo de razonar revela que el TEAC identifica plenamente el significado del BE con una cláusula antiabuso, ya sea general o específica, en este caso de aplicación de la Directiva matriz-filial, muy en línea con los comentarios al MC OCDE de 2003-2010 que utiliza como referencia. La identificación de abuso obviamente debe llevar a considerar que la entidad interpuesta que recibe una renta no es la propietaria económica de la misma, aunque desde el punto de vista legal pueda aparecer como tal. No obstante, en el caso específico, el problema se plantea porque la exclusión del CDI no debería tomar como base el concepto de BE, más bien parece que hay una utilización instrumental de la jurisprudencia del TJUE para excluir la necesaria activación del procedimiento de conflicto en la aplicación de leyes de los artículos 15 y 159 de la LGT (sobre la activación de este procedimiento al aplicar la cláusula antiabuso de la directiva del artículo 14.1 h) del TRLIRNR nos pronunciaríamos posteriormente), todo ello con un razonamiento deficiente en dos sentidos. En primer lugar, que una *holding* reciba dividendos y pague intereses no es razón suficiente para concluir que no se verifica la condición de BE, ya que es necesario identificar la relación en concreto existente entre el cobro del dividendo y el pago del interés, lo cual no resulta tan sencillo en un caso como el planteado donde, según se comenta, existía una pluralidad de ingresos en la *holding* de diversas fuentes y tampoco hay una conexión temporal directa demostrada entre el ingreso percibido y el pago del gasto o, al menos, no se concreta en el relato de hechos del caso. Tampoco en relación con este concepto los requisitos de

⁴¹ Para una crítica a esta resolución, que compartimos, *vid.* Barba de Alba y Arribas (9 de julio de 2020). En un sentido similar Calderón y Martín (2020a).

sustancia tienen relevancia alguna y, sin embargo, el TEAC los emplea intercambiando los indicios de abuso y las exigencias del concepto con un razonamiento también de dudosa compatibilidad con el Derecho de la UE y que generarán controversias futuras.

Las dos resoluciones del TEAC parecen fundamentar gran parte de sus conclusiones sobre la ampliación del concepto de abuso por el TJUE en las sentencias danesas por la ausencia de cita en estas a casos anteriores decididos por el TJUE en relación con sociedades *holding* (*Eqiom*, *Deister Holding* o *GS*⁴²), interpretando tal silencio como un cambio o variación de jurisprudencia. A nuestro juicio, no obstante, ambas líneas jurisprudenciales, la relativa a las sociedades danesas y las referidas a entidades *holding*, son perfectamente integrables, puesto que *Eqiom*, *Deister Holding* y *GS* se referían a problemas distintos a los considerados en *T Denmark* o *N Luxembourg*. *Eqiom* consideró si una cláusula que establecía una presunción general de abuso o fraude que supone una inversión de la carga de la prueba del mismo en contra del contribuyente era compatible con la directiva y las libertades fundamentales del TFUE. *Deister Holding* y *GS* decidieron acerca de si vulneraban el derecho primario o la Directiva matriz-filial cláusulas antiabuso y de sustancia aplicadas a ciertas entidades *holding* de otros países de la UE con requisitos que no se exigían a las entidades nacionales con idéntica actividad, y, además, hicieron explícito que no podía excluirse, por ser contrario a la directiva (o las libertades del TFUE) que la actividad de la *holding* fuese la gestión de las sociedades participadas o la administración de activos de sus filiales. Por ese único hecho (la actividad ejercida), las sociedades *holding* no podían quedar fuera del alcance de la directiva. *T Denmark*, sin embargo, se ocupa de definir cuándo podría existir abuso en una entidad *holding* interpuesta en un Estado de la UE por no residentes de la UE (en sentido similar se pronuncia *N Luxembourg* para estructuras de financiación), dando los parámetros a tener en cuenta para concluir que la sociedad interpuesta es una *conduit* o puede beneficiarse de la directiva en cuestión. La cláusula antiabuso española del artículo 14.1 h) del TRLIRNR, en su redacción originaria aplicable a los hechos, era prácticamente idéntica a la considerada por el TJUE en *Eqiom* por lo que cabe presumir que plantea los mismos problemas que esta, sin que la definición de abuso derivada de *T Denmark* y *N Luxembourg* repercuta en las cuestiones probatorias. Esto es, cabe seguir defendiendo que presunciones generales de abuso generan problemas antes y después de las sentencias danesas, siendo trasladable plenamente el razonamiento de *Eqiom* a la cláusula antiabuso de directiva del artículo 14.1 h) del TRLIRNR en su redacción originaria.

Precisamente es en relación con la carga de la prueba donde la definición de BE que da el TJUE genera dificultades importantes, que ponen de manifiesto las resoluciones del TEAC ahora comentadas. Si el contribuyente tiene que probar que resulta el BE de los dividendos o intereses recibidos, acreditando que no se verifican los indicios identificados

⁴² SSTJUE de 7 de septiembre de 2017, *Eqiom*, C-6/16 (NFJ067536); de 20 de diciembre de 2017, *Deister Holding AG y Juhler Holding A/S*, C-504/16 y C- 613/16 (NFJ069234), o el Auto de 14 de junio de 2018, *GS*, C-440/17, ECLI:EU:C:2018:437.

por el TJUE, se produciría una inversión de la carga de la prueba que llevaría a que las autoridades tributarias tuvieran una posición esencialmente pasiva, debiendo el contribuyente acreditar un hecho negativo: que no hay abuso. Es un punto en el que la jurisprudencia del TJUE necesita aclaraciones, pero aplicando la jurisprudencia general del TJUE a este respecto debe ser la Administración la que *prima facie* deba acreditar la existencia de indicios de abuso (hecho positivo) y el contribuyente destruir tales indicios, probando los motivos o razones económicas válidas, por lo que la doctrina del TEAC plantea todavía problemas de Derecho de la UE evidentes, sin que las cuestiones estén tan cerradas como el TEAC parece asumir. Por último, y a pesar de los indicios que da el TJUE para considerar que existe abuso o no, subsiste la duda de qué sustancia o actividad es suficiente para una sociedad *holding* a fin de poder acceder a la directiva subsistente, ya que esta actividad no demanda muchos recursos materiales o personales (aunque, a estos efectos, las SSTJUE *Eqiom* y *Deister Holding* o *GS* ya ofrecen alguna indicación relevante). Sin embargo, ninguna de estas cuestiones es relevante a efectos de determinar si la entidad intermedia es o no BE de un dividendo o interés. Por ello, junto a los problemas anteriores, la traslación del razonamiento antiabuso de la cláusula de ejecución de la Directiva Matriz Filial en el ordenamiento español al concepto del BE de los CDI supone un salto infundado que, sin duda planteará problemas, si los CDI son interpretados con este parámetro sugerido por el TEAC.

En definitiva, de las dos resoluciones transcritas cabe derivar las siguientes conclusiones:

1. Siguiendo las indicaciones de la AN en la Sentencia del caso *Colomer* de 31 de octubre de 2017 o la propia opinión del TEAC en algún caso anterior, el TEAC ha activado el concepto de BE como instrumento de lucha contra los casos donde pueda detectarse un fraude de ley o en situaciones análogas a las cubiertas por el artículo 15 de la LGT, de forma que, con este concepto, considera que no es necesario iniciar el procedimiento especial del artículo 159 de la LGT. A nuestro juicio, esta conclusión desactiva la jurisprudencia del TS también en el caso *Colomer* sobre la necesidad de tramitar el expediente especial del conflicto en aplicación de las leyes (Sentencia del TS de 26 de enero de 2015, rec. núm. 2945/2013 –NFJ057058–).
2. El concepto de BE lo utiliza el TEAC con el mismo significado tanto para interpretar la legislación interna en materia de exenciones que ejecuta la Directiva sobre intereses y cánones (art. 14.1 c) TRLIRNR) como para determinar los efectos de la cláusula antiabuso de la Directiva matriz-filial (art. 14.1 h) TRLIRNR) o los artículos sobre intereses de los CDI (art. 11 CDI España-Luxemburgo e, indirectamente, art. 11 CDI España-Países Bajos)⁴³. Tal uso instrumental, a pesar de que el concepto de BE pueda estar alineado con la jurisprudencia del TJUE sobre BE en el marco

⁴³ La interpretación paralela y alineada de las exigencias antiabuso en la normativa interna derivada del Derecho de la UE y los CDI ya fue afirmada, por ejemplo, en la Resolución de la DGT V0054/2017, de 13 de enero, (NFC063692), relativa a una *holding* del Reino Unido, a la interpretación del artículo 14.1 h) del TRLIRNR y su cláusula antiabuso y al acceso al CDI España-Reino Unido.

de las directivas, no encaja con cómo la OCDE interpreta el mismo concepto a partir de 2014 y, en consecuencia, cuando se interprete que una determinada estructura puede estar realizada en fraude de ley y un CDI resulte aplicable sería necesario activar el procedimiento de los artículos 15 y 159 de la LGT, sin que pueda alcanzarse el mismo fin meramente dando una interpretación amplia del concepto de BE. La falta del expediente especial en la exclusión de la aplicación de las directivas también podría plantear problemas de Derecho de la UE.

3. Ambas resoluciones del TEAC, a pesar del despliegue argumental y constante cita de las sentencias danesas del TJUE, son deficientes en su razonamiento en términos de Derecho de la UE. La superación de la doctrina *Eqiom* que reclama el TEAC solo puede interpretarse como un puro instrumento para obviar las exigencias del TJUE en el sentido de que no resultan admisibles normas con presunciones generales de abuso, tampoco las conclusiones del TEAC en materia de distribución de carga de la prueba y de derechos y garantías del contribuyente soportan un juicio de contraste con la jurisprudencia del TJUE, no obstante existir algún punto menos claro en las SSTJUE *N Luxembourg* y *T Danmark*⁴⁴.
4. A la vista del tono de la resolución, que parece un llamamiento o instrucción a la AEAT sobre cómo superar las consecuencias de la doctrina de la AN y del TS sobre la necesidad de aplicar los artículos 15 y 159 de la LGT cuando exista abuso, cabe esperar un uso intensivo del concepto de BE por parte de la AEAT allí donde considere que puede existir abuso, postergando la tramitación de expedientes de conflicto en la aplicación de las leyes, ya sea en relación con los CDI o con las directivas comentadas.

6. El caso *Colgate* en particular y la oportunidad perdida por el TS⁴⁵

6.1. Introducción

La importancia del caso *Colgate* se encuentra en que añade nuevos matices al concepto de BE, todo ello unido a la reciente sentencia del TS en esta materia, que desafortunadamen-

⁴⁴ La claridad de ideas del TEAC, a pesar de las dudas que plantean estas sentencias, hizo que rechazara, de manera expresa en la Resolución al RG 2188/2017 e implícita en el RG 185/2017, el planteamiento de cuestiones prejudiciales en un momento en el que todavía pensaba que podía hacerlo, recuérdese que las Resoluciones del TEAC son de 8 de octubre de 2019, anteriores en consecuencia a la STJUE (Gran Sala) de 21 de enero de 2020, *Banco de Santander, SA*, C 274/14 (NFJ075840), que denegó la posibilidad de que los tribunales económico-administrativos plantearan cuestiones prejudiciales.

⁴⁵ *Vid.*, en relación con este caso y la decisión en primera instancia de la AN, Calderón Carrero (2019, pp. 101-124).

te complica aún más la situación en nuestro ordenamiento, en lugar de haber aprovechado el Alto Tribunal la oportunidad para aclararla. A pesar de que la sentencia de la AN en el caso es anterior a las resoluciones del TEAC sobre las sentencias danesas, hemos preferido examinarla en este epígrafe, ya que la sentencia del TS es muy reciente y, desde el punto de vista sistemático, tiene más sentido comentar la sentencia de la AN y del TS en el mismo epígrafe.

6.2. La sentencia de la AN del caso *Colgate*: continuismo con algunos nuevos matices en el concepto de BE

Como consecuencia de la reestructuración del grupo Colgate, cuya matriz es norteamericana, su filial española pasó de ser un distribuidor pleno a tener el perfil de un distribuidor de riesgo limitado, produciéndose cambios relevantes en la operativa del grupo. Antes de la reestructuración realizada en 2005, la filial española pagaba cánones a su matriz de EE. UU. por el uso de la marca, el *know-how* y el nombre comercial. Tras la reestructuración, la cesionaria de los intangibles era una filial suiza que, a su vez, actuaba como «principal» y a la que la filial española compraba los productos para vender al cliente final en España. Tras 2005, la filial suiza comenzó a pagar un canon a la matriz de EE. UU. por la cesión de los intangibles en relación con los que, con anterioridad, la filial española asumía el pago de cánones. La reestructuración del grupo fue examinada desde dos perspectivas distintas, dando lugar a la Sentencia de la AN de 22 de febrero de 2018 (rec. núm. 568/2014 –NFJ070592–) vinculada al examen de la reestructuración desde la óptica de los precios de transferencia, y a la Sentencia de la AN de 30 de noviembre de 2018 (rec. núm. 643/2015 –NFJ074798–), en la que se examina, por lo que interesa a este trabajo, la problemática del BE.

En la parte y sentencia relativa al IRNR y BE (básicamente, en la inspección de precios de transferencia, a la que se refiere la Sentencia de la AN de 22 de febrero de 2018, se denegó operatividad a la reestructuración realizada en 2005), los actuarios consideraron que, puesto que la filial española del grupo no pagaba, desde 2005, ningún canon a la filial suiza pero, sin embargo, utilizaba la marca, el nombre comercial y el *know-how* del grupo, contribuyendo también con campañas de marketing al valor de los intangibles, el canon debía considerarse implícito en el precio que pagaba por las mercancías que adquiría la filial española a la entidad suiza del grupo⁴⁶. Sin embargo, los actuarios concluyeron que la filial suiza no podía ser el BE de los cánones (ficticios) y, no obstante no incluir el CDI España-Suiza al concepto de BE en su artículo 12 (cánones), tal cláusula debía considerarse implícita en el mismo, por lo que, al no ser la filial suiza el BE, procedía practicar retenciones de conformidad con la legislación interna, sin aplicar los tipos reducidos del CDI con Suiza.

⁴⁶ Estas conclusiones de la AEAT parecen más que dudosas si se tienen en cuenta las Directrices de la OCDE de Precios de Transferencia (2017) o los comentarios al MC OCDE artículo 12 (2017) relativos a distribuidores. No nos ocupamos, sin embargo, de esta cuestión en el presente artículo, *vid.*, al respecto, Martín Jiménez (2019, epígrafe 5.1.3.3).

Para la AN, la entidad suiza no desarrollaba ninguna función relevante ni controlaba riesgo o activo alguno vinculado a los intangibles, a pesar de que tenía una licencia sobre los mismos concedida por su propietaria, la matriz de EE. UU. Por esta razón, la AN confirmó la posición de la inspección en el sentido de que la filial suiza no podía ser considerada el BE del canon (ficticio) determinado por la inspección. La AN, además, concluyó, de forma probablemente injustificada, que no podía aplicarse el CDI España-EE. UU. porque el flujo de la renta es desconocido y podría la renta haber terminado o haber sido canalizada a través de otra jurisdicción, es decir, la AN no estimó que no pudiera aplicarse el CDI España-EE. UU. al pago de *royalties*, sino tan solo que la empresa no había probado que realmente el flujo de rentas se había dirigido hacia EE. UU. desde Suiza directamente.

Si bien es cierto que el auténtico propietario legal de una renta debe ser la persona que tiene el control sobre la misma y asume las funciones y riesgos derivados de la obligación que la genera, en el fondo, en el caso *Colgate* (en ambos, no solo el relativo a no residentes) nos encontramos ante un test de sustancia, no estrictamente legal, que se encuentra vinculado de manera directa a la realidad económica subyacente⁴⁷. En definitiva, la búsqueda de quién controla las funciones, activos y riesgos vinculados a un *royalty* supone un test de sustancia económica que toma en consideración indicios y datos fácticos muy ligados a los parámetros a tomar en consideración en la aplicación de una cláusula general antiabuso. En *Colgate*, la aplicación del test del BE de esta forma presenta un problema adicional: la exclusión del estatus de BE requiere la identificación de un flujo de entrada de la renta en sede de la entidad suiza y de un flujo de salida que sean coincidentes y estén directamente ligados. En el caso de la entidad suiza el flujo de entrada del *royalty* se presume, al estar vinculado al precio de las mercancías que compra la filial española, y no se identifica, al menos no consta expresamente en la sentencia, más flujo de salida que el pago de cánones a la matriz estadounidense. En esta situación, concluir, como hace la AN, que no está acreditado hacia donde fluye la renta que recibe la entidad suiza supone crear una nueva ficción extramuros del concepto de BE y lleva incluso más allá de la aplicación estricta de las reglas antiabuso o de la lógica de delineación/no reconocimiento inmanente en las Directrices de precios de transferencia de la OCDE (2017): resulta contradictorio, al menos *prima facie*, sin conocer el expediente, afirmar que la entidad perceptora no tiene sustancia suficiente para controlar el *royalty* pero, al mismo tiempo, no atribuir el mismo a ninguna otra persona o entidad cuando el flujo hacia EE. UU. está probado.

Da la impresión de que en el caso, por parte de la AN (también previamente la AEAT), se estaban mezclando las consecuencias del BE con las propias de la aplicación de normas generales antiabuso, dejando al contribuyente en una posición muy insatisfactoria. En efecto, la aplicación del test del BE no demanda identificar quién puede ser el auténtico beneficiario de un flujo de renta, pero sí que requiere haber detectado un pago de entrada y uno

⁴⁷ Acerca de la relación entre el test del BE y las reglas de delineación y no reconocimiento en materia de precios de transferencia, *vid.* el epígrafe 3.5 de Martín Jiménez (2020a).

de salida que sean correspondientes en la persona a la que no se considera como BE. La apreciación de la realidad económica, por el contrario, lo que exige es la recharacterización o recalificación de la operación, atribuyendo a su auténtico propietario la renta con criterios e indicios suficientemente fuertes que justifiquen por qué razón se decide levantar el velo o desconocer la interposición de un intermediario o una operación concreta.

El resultado que alcanza la AN aplicando la figura del BE se queda a medio camino entre las dos técnicas: no identifica un flujo de salida de la renta recibida por la filial suiza, como sería necesario para aplicar la cláusula del BE, ni tampoco recalifica la operación, como sería inherente a la aplicación de las cláusulas generales antiabuso o a la delimitación/no reconocimiento propio de las normas de precios de transferencia. El resultado es paradójico: la renta se atribuye, con una ficción, a la filial suiza al no existir certeza sobre si el pago a la misma tiene correspondencia con otro de salida de ella, sin embargo, tampoco se recalifica la operación en cuestión de manera que se aplique al contribuyente la normativa (por ejemplo, el CDI España-EE. UU.) inherente a la situación real subyacente a las operaciones formales.

La sentencia de la AN parece indicar que el problema se produce por la falta de actividad probatoria del contribuyente cuando, en realidad, quizás, más bien sea achacable a que la AN o, con anterioridad, la inspección o el TEAC, hacen una aplicación híbrida de dos marcos conceptuales que demandan pruebas y requisitos distintos (tres, en realidad, si tomamos en cuenta la recalificación utilizando las normas de precios de transferencia), quedando el contribuyente atrapado en ellos, sin que tampoco la Administración extraiga las consecuencias oportunas: si la entidad suiza no realiza funciones, no controla activos y no asume riesgos, la renta debe atribuirse a quién realice tal actividad, decir que no es el BE cuando en realidad no se identifica cómo o si y en qué momento salen las rentas del intermediario suizo es simplemente utilizar esta figura para alcanzar un resultado extraño y con elevadas dosis de ficción. Si se reconoce que el supuesto perceptor del *royalty* (la entidad suiza) no controla ni asume funciones con respecto a los intangibles y si se «desconoce» la reestructuración del grupo Colgate de 2005 y se asume que la entidad de EE. UU. es propietaria de los intangibles y que los mismos son necesarios para el desarrollo del negocio de la entidad española, la recalificación hubiera debido llevar a establecer que el flujo de *royalties* se debe producir de una manera similar a como se desarrollaba antes de la reestructuración (directamente desde España a EE. UU.)⁴⁸.

⁴⁸ Recuérdese que, de conformidad con el párrafo 10.1 de los comentarios al artículo 12 del MC OCDE, los distribuidores por sí mismos no se asume que deban pagar *royalties* por la función relativa a ventas de productos de una determinada marca, tales pagos solo se realizarán cuando efectivamente están adquiriendo el derecho de uso de un intangible generador de cánones (por ejemplo, marca, *know-how*, patente, etc.). El mismo principio se repite en el párrafo 6.102 de las Directrices OCDE de precios de transferencia (2017). El distribuidor solo se considera que realiza el pago de un canon allí donde el mismo es necesario en atención a la actividad que realiza (montaje del producto, manufactura, etc.).

En consecuencia, la sentencia de la AN pone de manifiesto las contradicciones de mezclar tres instituciones y marcos conceptuales pensados para casos y realidades distintas y por qué razón, quizás, el concepto de BE debería reinterpretarse y retornar a su función originaria, que no es la de cláusula general antiabuso. No es de extrañar que el asunto se recurriera en casación ante el TS, aunque, como veremos, ni el planteamiento de la casación ni su resolución asumen estas ideas, con un resultado controvertido que en nada beneficia la seguridad jurídica y continúa planteando problemas de interpretación de CDI y de Derecho de la UE.

6.3. La casación del caso *Colgate*

La sentencia de la AN en el asunto *Colgate* fue recurrida en casación⁴⁹ y la resolución de la misma podía haber supuesto el fin de una interpretación anómala del concepto de BE que alcanzó su punto culminante en la citada sentencia de la AN (mezclando requisitos y consecuencias del concepto de BE y de las cláusulas generales antiabuso). La sentencia del TS percibió los conflictos conceptuales de la sentencia de la AN del caso *Colgate*, sin embargo, no supo, en nuestra modesta opinión, darle una solución satisfactoria, entre otras cuestiones por el propio planteamiento que aceptó el TS para la casación, que merece ser explicado con detalle. Las cuestiones con interés casacional que debía responder el TS, tal y como aparecen en el auto de admisión son las siguientes:

- a) Aclarar los límites objetivos y temporales de la conocida como interpretación dinámica de los CDI suscritos por el Reino de España con fundamento en el Modelo de la OCDE –como es en este caso el CDI hispano-suizo, cuando a pesar de que el concepto de BE no se prevé en el artículo 12 del CDI, se aplica esta figura de acuerdo con los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE (elaborados en una fecha posterior a la formalización inicial del Convenio), a pesar de que en las modificaciones del citado CDI no se introdujo el beneficiario efectivo en el artículo 12 (relativo a los cánones) y sí en otros preceptos (artículos 10 y 12) para otros conceptos como dividendos o intereses.
- b) Si la interpretación dinámica, de ser posible, permite al aplicador de la norma, incluido el tribunal en el seno de un proceso, corregir el sentido propio o tenor literal de las palabras concordadas en el Convenio, que ocupa un lugar preferente en nuestro sistema de fuentes (artículo 96 CE), a fin de evitar un «treaty overriding» o modificación unilateral.
- c) Esclarecer si los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE (aquí elaborados en una fecha posterior a la firma de este) constituyen en sentido propio fuente del Derecho (artículos 117 CE y 1.6 CE del Código Civil), por no tratarse, como hemos declarado –STS de 19 de octubre de 2016, pronunciada en el recurso de casación

⁴⁹ Auto del TS de 6 de junio de 2019 (rec. núm. 1996/2019 –NFJ074796–).

n.º 2558/2015– de normas jurídicas propiamente tales que vinculen a los Tribunales de justicia y que, por ello, puedan fundamentar un motivo de casación en su hipotética infracción y si, en consecuencia, pueden los Tribunales basarse en sus indicaciones u opiniones para dejar de aplicar un Convenio de doble imposición y aplicar directamente la ley nacional, de donde resulta un gravamen cualitativamente mayor.

Y las normas a interpretar, concretó el TS, eran las siguientes: el artículo 12 del CDI España-Suiza, los artículos 96 y 94 de la CE, en relación con los artículos 24 y 117 de la CE. Y los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

Lo cierto es que la admisión a trámite del recurso de casación y las cuestiones casacionales están planteadas desde una perspectiva peculiar (los efectos de la interpretación dinámica de los CDI a la luz de los comentarios posteriores al MC OCDE) que, por las razones que indicaremos, no tienen una conexión directa con cómo, en nuestra modesta opinión, sería más procedente haber enfocado la controversia si se quería poner fin a la problemática que el concepto de BE plantea en el ordenamiento español (y no generar otros conflictos).

La Sentencia del TS 1196/2020, de 23 de septiembre (rec. núm. 1996/2019 –NFJ079213–), ha dado solución a la casación planteada. En primer lugar, de forma idéntica a como realizó en el caso *Stryker* (Sentencia del TS 308/2020, de 3 de marzo, rec. núm. 5448/2018 –NFJ077876–), el TS relativiza la importancia y fuerza de la llamada interpretación dinámica, minimizando el impacto que los comentarios al MC OCDE pueden tener sobre normas anteriores. A pesar de que esta relativización, en línea con el citado caso *Stryker*, es bienvenida para reducir el efecto que la Administración tributaria atribuye con frecuencia a los comentarios al MC OCDE y las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, en este caso, como explicaremos más abajo, el TS alcanza conclusiones no demasiado acertadas, ya que la interpretación dinámica hubiera llevado a una solución mucho más fundada que la que el TS ofrece y más protectora de los derechos del contribuyente. El TS parece considerar que la «interpretación dinámica» no puede ser la excusa para llevar a la redacción originaria del artículo 12 del CDI España-Suiza de 1966 un requisito que la norma no contiene, el concepto de BE, y menos hacerlo en perjuicio del contribuyente con una interpretación por la Administración y la AN escasamente fundada. Para el TS, aplicar el concepto de beneficiario efectivo sobre la base del MC OCDE y sus comentarios en versiones posteriores al CDI España-Suiza de 1966 determinaría introducir un requisito nuevo en el concepto de cánones del artículo 12 de esta norma, todo ello en contra de la voluntad expresa de los negociadores del CDI que tampoco en 2006, cuando se renegó tal CDI, introdujeron el concepto de BE en el citado precepto relativo a los cánones. El TS considera que la renegociación de 2006 del CDI con Suiza y el hecho de que, en ese momento no se incluyera el concepto de BE en el artículo 12 (cánones), es un signo inequívoco de que no se quería exigir tal requisito en relación con esta tipología de renta.

En efecto, compartimos con el TS que la interpretación dinámica no puede llevar a incluir en la normativa convencional (o interna) requisitos inexistentes en ella sin su previa modifi-

cación a través del procedimiento interno oportuno. No obstante, el TS, como se explicará, aplica una teoría correcta limitadora de los efectos de la interpretación dinámica en un caso que resulta improcedente, ya que el recurso a la interpretación dinámica en el supuesto de *Colgate*, además de ser un elemento adicional en las técnicas de interpretación, no necesariamente decisivo, llevaría a conclusiones directamente contrarias a las alcanzadas por la sentencia del TS del caso *Colgate*. Por otro lado, existen razones más que fundadas, como veremos, para haber considerado que el requisito del BE estaba implícito tanto en la versión del artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza de 1966 como en la derivada de las modificaciones realizadas por el Protocolo de 2006, sin que ello supusiera un perjuicio para el contribuyente o seguir el razonamiento arbitrario de la AN.

La razón que lleva al TS a desechar la interpretación dinámica para introducir en el CDI España-Suiza el concepto de BE está directamente vinculada con la protección del contribuyente y la arbitrariedad que el TS detectó en la posición de Inspección, el TEAC y la AN, todo ello hasta el punto de que da la impresión de que el rechazo viene motivado no tanto porque el artículo 12 (cánones) no se refiera al concepto de BE, como concluye el TS, como por la forma de actuar de la AEAT, refrendada por el TEAC y la AN. En efecto, para el TS, fundamento jurídico 3, resulta «sorprendente, insólito, injustificado o anómalo» –y esto es una crítica de la sentencia de la AN que compartimos plenamente– reconocer que la entidad suiza receptora de los cánones (ficticios, recordemos) no es el BE a efectos del CDI España-Suiza pero que tampoco lo es la entidad matriz de EE. UU., por lo que no se aplica tampoco el CDI España-EE. UU., y los cánones se sujetan a la normativa interna del IRNR con un resultado gravoso para el contribuyente y perjudicial con respecto a la situación anterior a la reestructuración del grupo *Colgate*, en la que los cánones se pagaban directamente a EE. UU., beneficiándose la matriz antes de la reestructuración del acceso al CDI con este país. La arbitrariedad que lleva a la exclusión de la aplicación del CDI España-EE. UU. en el caso controvertido, puesto que, en definitiva, los cánones estaba claro que se pagaban finalmente a la entidad matriz de este país, parece ser el motivo que más preocupó al TS en la resolución de la casación y así se deriva con la claridad del fundamento jurídico 4 de la sentencia del TS, aunque también en él se insiste en que la voluntad de España y Suiza era no incluir este requisito en el CDI.

En definitiva, el TS observa que la sentencia de la AN, al igual que anteriormente los acuerdos de liquidación recurridos por IRNR 2006 y 2007 o la resolución del TEAC, presentan elementos arbitrarios, sin embargo, el propio razonamiento del TS tampoco acierta, en nuestra modesta opinión, a la hora de interpretar el concepto de BE y resolver satisfactoriamente el asunto que se le planteaba. Es más, al concluir que el citado concepto no puede entenderse implícito en el artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza está abriendo la puerta a una interpretación formalista del mismo que beneficia las planificaciones fiscales relativas a intangibles, menoscabando la propia jurisprudencia del TS relativa a los artículos 15 y 159 de la LGT. Es decir, el TS parece intuir el problema que la sentencia de la AN en el caso *Colgate* planteaba, pero no lo resuelve satisfactoriamente con un razonamiento sólido que pueda evitar también ulteriores dificultades.

6.4. Crítica de la sentencia del TS del caso *Colgate*: un enfoque alternativo que tenga en cuenta todos los elementos interpretativos del CDI España-Suiza de forma más correcta

En nuestro modesto criterio, la sentencia del TS del caso *Colgate* realizó una interpretación del artículo 12 del CDI España-Suiza heterodoxa y alejada de una técnica más depurada de interpretación de los CDI. Comenzando por el efecto del CVDT, mencionado en las cuestiones casacionales, pero de cuyas reglas en materia de interpretación de tratados (arts. 31 a 33) después el TS parece olvidarse, y si la consideración de que el BE debe aplicarse en el contexto del artículo 12 del CDI España-Suiza pudiera suponer un *treaty override*, cabe realizar las siguientes observaciones:

1. Si bien es cierto que el CDI España-Suiza de 1966 en su artículo 12 (cánones) (al igual que ocurría en los arts. 10, dividendos, y 11, intereses) no mencionaba el concepto de BE, que se introdujo en 1977 para los artículos 10 a 12 del MC OCDE, sí aludía expresamente al término «beneficiario» en los párrafos 4 (exclusión de la aplicación de los tipos reducidos para cánones cuando exista un establecimiento permanente en el otro Estado) y 6 (relaciones especiales entre el pagador y el receptor del canon). Lo mismo ocurre con la redacción del artículo 12 del CDI España-Suiza derivada del Protocolo de 2006, donde exactamente los mismos párrafos, 4 y 6, relativos a las mismas cláusulas, continúan aludiendo al «beneficiario» de los cánones. Con estas referencias, sería lógico interpretar que la aplicación de los tipos reducidos para cánones del artículo 12.2 del CDI España-Suiza de 1966 (también del párrafo 7 tras el Protocolo de 2006) depende de la condición de «beneficiario», no solo residente en el otro Estado, de la persona que recibe los mismos. Y, a nuestro juicio, «beneficiario» solo puede ser quien tiene la condición de BE, ya que no tendría sentido distinguir, por un lado, el concepto de «beneficiario» de una renta y, por otro, el concepto de BE. Es decir, el TS en la sentencia *Colgate* no reparó en que el propio artículo 12 del CDI España-Suiza contiene, tanto en la versión de 1966 como tras la reforma de 2006, elementos relevantes que permiten defender que el concepto de BE es inmanente a la aplicación de los tipos reducidos de ese precepto. O, por expresarlo con otras palabras, no es que el concepto de BE proceda de la interpretación dinámica del CDI, sino que es inherente a la aplicación del precepto relativo a los cánones y así lo quisieron Suiza y España, ya que, de otra forma, los párrafos 4 y 6 del mismo, antes o después de 2006, no se referirían al término «beneficiario». En consecuencia, el TS obvió que los párrafos 1 y 2 del artículo 12 (cánones) deben interpretarse en su contexto, lo cual exige tomar en consideración no solo los dos primeros párrafos del artículo 12 del CDI España-Suiza sino también los párrafos 4 y 6 del mismo precepto.
2. La práctica de los tribunales suizos, como hemos visto (epígrafe 4.1), está consolidada en el sentido de entender que el concepto de BE debe entenderse implícito en los CDI que no lo contienen (en su mayoría, aquellos que siguieron al borra-

dor del MC OCDE de 1963). En la medida en que la práctica de las partes puede considerarse un elemento relevante de interpretación de un CDI (*vid.* el art. 31.3.b CVDT), la práctica suiza es conocida y las autoridades españolas no han planteado ninguna objeción al respecto, no parece que la interpretación por España del artículo 12 del CDI España-Suiza considerando implícito el concepto de BE, ya se refiera a la versión de 1966 o a la propia de 2006, pueda vulnerar las reglas de interpretación del CVDT.

3. El artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza (al igual que sus arts. 10 y 11) representa la ejecución de los acuerdos entre la UE y Suiza por los que se extienden a este país normas similares a la Directiva matriz-filial y a la Directiva sobre intereses y cánones (Decisiones 2004/911/CEE y, con posterioridad, la Decisión 2015/2400), por lo que sería extraño afirmar que, en el ámbito intra-UE, se aplica necesariamente la condición del BE para los pagos de intereses y cánones en los pagos entre sociedades asociadas en el sentido de la Directiva 2003/49, pero la misma interpretación no se extienda a normas equivalentes acordadas por la UE con Suiza y que persiguen exactamente la misma finalidad. La necesidad de interpretar el concepto de BE de conformidad con el Derecho de la UE hace difícil pensar que no se traslade esta condición del BE al acuerdo con Suiza para el caso de los cánones (en realidad, podría decirse que los arts. 11 y 12 del CDI España-Suiza y la modificación de 2006 siguen el literal del art. 15.2 de la Decisión UE 2004/911 aplicable *ratione temporis* en el caso planteado, que no mencionaba el concepto de BE expresamente). En este sentido, la STJUE *T Danmark*, que consideró implícito el BE en la Directiva 90/435/CEE, Matriz-Filial, apoya este razonamiento y que permitiría extender y entender implícito el concepto de BE también en los acuerdos de la UE con Suiza y las normas nacionales de ejecución, en particular el artículo 12.7 del CDI España-Suiza que incluyó el Protocolo de 2006, aunque no hagan mención expresa al mismo. Sería extraño interpretar que en el párrafo 7 del artículo 12 del CDI España-Suiza, incluido por el Protocolo de 2006 (o en su art. 11 relativo a intereses), el concepto de BE se encuentra implícito, y que así se deriva de la jurisprudencia del TJUE, y, sin embargo, no alcanzar la misma conclusión en relación con los párrafos 1 y 2 del propio artículo 12. Repárese que, si siguiéramos el razonamiento del TS en *Colgate*, por ejemplo, el artículo 14.1 c) del TRLIRNR, norma de ejecución de la Directiva 2003/49/CE (o el propio art. 11 del CDI España-Suiza, norma de ejecución de la Decisión 2004/911/CE) que no condiciona la exención para intereses en este impuesto a que el perceptor sea el BE, cabría interpretarlo sin que pueda entenderse implícita en él la exigencia del BE, lo cual sería contrario a las «sentencias danesas» del TJUE.

Por todo lo anterior, a nuestro juicio, existían argumentos de peso que el TS podía haber utilizado para alcanzar la conclusión de que el concepto de BE se encuentra implícito en el artículo 12 del CDI España-Suiza y no supone un *treaty override*, sin ni siquiera considerar la evolución del MC OCDE. ¿Significa tal conclusión que no tendría ningún efecto el MC

OCDE? Lo cierto es que el problema de interpretación dinámica que, para el TS, infundadamente, como vemos, se erige en la esencia de la cuestión casacional principal admite matices importantes también desde la perspectiva del MC OCDE.

En realidad, si se defendiera una interpretación dinámica en el caso *Colgate* habría que acudir a los comentarios al artículo 12 del MC OCDE de 2014 o de 2017, no a versiones anteriores (como parece que hizo el TS), y, de conformidad con ellos, está bastante claro que el concepto de BE adopta una interpretación mucho más reducida que la que defienden la AEAT, las resoluciones del TEAC o de la AN que hemos comentado en el presente trabajo y especialmente la sentencia de la AN en el caso *Colgate*. De acuerdo con este parámetro, está claro que la decisión de la AN en *Colgate* es incorrecta en cuanto toma en consideración el significado del concepto de BE de los comentarios al artículo 12 del MC OCDE de 2003, pero no el propio de los comentarios al artículo 12 posteriores (2014-2017), que restringen su significado de una forma relevante, ya que no lo identifican con una cláusula general antiabuso. Podría argumentarse que la AN toma en consideración y aplica los comentarios «vigentes» en el momento que acontecieron los hechos y el procedimiento de inspección enjuiciados, pero lo cierto es que la vocación retroactiva de la interpretación dinámica que la OCDE defiende debiera llevar a tomar en consideración también los comentarios posteriores a tales hechos. Lo contradictorio del caso *Colgate*, en consecuencia, es que una interpretación auténticamente dinámica del término BE, con los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE 2014-2017 hubiera llevado también al TS a concluir que la posición de la AN era incorrecta.

Ciertamente, a la vista de las oscilaciones de la OCDE (singularmente en 1977, 2003, 2014) en la definición del concepto de BE a lo largo de los años, el TS hace bien en *Colgate* en orillar los comentarios al MC OCDE a la hora de interpretar el significado del término BE, aunque no por ello sus razonamientos sobre si el citado concepto está implícito o no en el artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza (antes o después de 2006) son correctos, más bien todo lo contrario.

Como se ha explicado, el concepto de BE, en sus orígenes, cuando se incorporó al MC OCDE en 1977 tenía una finalidad simple: tratar de evitar comportamientos fraudulentos que determinen la aplicación de un CDI a las personas que no son propietarias en sentido legal, no económico, de una renta. Con este significado, el BE se configura como una exigencia lógica, aplicable en cualquier ordenamiento, y ciertamente en el suizo, español o de la UE, que no necesita reconocimiento explícito. Si se interpreta el concepto de BE de esta forma, la conclusión debería ser que, a pesar de que el artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza no mencione el concepto, se debería entender implícito en el mismo (como se ha expuesto más arriba, existen argumentos muy relevantes para defender esta posición).

No obstante, no es la anterior interpretación «restringida» del concepto de BE la que ha hecho fortuna y sido aceptada en la mayoría de los ordenamientos. De hecho, en España, el concepto de BE, en línea con los comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE de 2003, ha sido interpretado con un umbral mucho más elevado, como una cláusula totalmente análoga al artículo 15 de la LGT, interpretación que casa también con la realizada por el TJUE. Si esto es así, a pesar de que quien firma este trabajo no comparte esta interpretación, lo que se

ventilaba en el caso *Colgate* eran cuestiones con mucho mayor calado que las que aparecen formuladas en el Auto del TS de admisión de la casación y son contestadas en la sentencia del TS del caso *Colgate*. Si el TS hubiera admitido que el concepto de BE está implícito en el artículo 12 (cánones) del CDI España-Suiza, se estaría alineando con la Resolución del TEAC de 8 de octubre de 2019 relativa a la interpretación del artículo 14.1 c) del TRLIRNR y dando alas a la AEAT para utilizar el concepto de BE como sustitutivo del artículo 15 de la LGT. No lo ha hecho expresamente la sentencia del TS del caso *Colgate*, pero la propia posición del TS parece que convalida implícitamente esta interpretación amplia del concepto de BE. Realmente, como se ha indicado, lo que parece llamar la atención del TS y considera infundado no es que el concepto de BE se interprete como una cláusula general antiabuso, sino que se aplique sin proceder a la recalificación plena de la operación en cuestión, ya que el TS considera arbitrario que se excluya la aplicación del CDI España-Suiza, no se aplique el CDI España-EE.UU. a los cánones y, de manera artificiosa, se exija la deuda tributaria al contribuyente con la legislación interna del IRNR, a unos tipos muy superiores a los previstos en el CDI España-EE.UU. En síntesis, lo criticable para el TS es que no se recalifique plenamente la operación, no que se utilice el BE como equivalente al artículo 15 de la LGT.

Con estas conclusiones, la *doctrina Colgate* parece que podría estar enterrando la propia de la AN y del TS (por ejemplo, en el caso *Colomer*) relativa a la necesidad de utilizar el expediente especial de los artículos 15 y 159 de la LGT cuando existan supuestos de abuso, dando pie a que en los CDI donde exista el concepto de BE se podría emplear el mismo como sustitutivo de estos últimos y compartiendo la doctrina del TS derivada de *Colgate* similares problemas, en consecuencia, que las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 que aplican los casos daneses del TJUE (*vid. epígrafe 5.2*). Al menos aparentemente, el TS no parece haber reparado en la existencia de esta contradicción en su jurisprudencia como consecuencia de su sentencia en el caso *Colgate*, que resulta de difícil coexistencia con la doctrina derivada de la jurisprudencia *Colomer*.

En conclusión, al margen de que se esté de acuerdo en una interpretación más o menos amplia o restringida del concepto de BE, lo que estaba en juego en el caso *Colgate* no era tanto un problema de interpretación estática o dinámica, sino de interpretación del CDI en atención a (1) las propias normas del CDI y técnicas de interpretación de los tratados internacionales y (2) la propia doctrina de la AN y jurisprudencia del TS (caso *Colomer*) sobre la aplicación de los artículos 15 y 159 de la LGT; siendo los materiales OCDE puramente accesorios y relativamente poco relevantes en este caso, frente a otros elementos interpretativos no considerados por el TS para interpretar el CDI España-Suiza en su versión de 1966 o tras las modificaciones de 2006.

Quizás podría pensarse que da igual que el abuso se ataque por la vía de una interpretación del concepto de BE con un umbral elevado o por la vía del artículo 15 de la LGT, lo importante es atajar los comportamientos de este tipo. No debe perderse de vista, sin embargo, que las normas antiabuso son un instrumento de último recurso, que debe aplicarse con amplias dosis de prudencia y garantizando a todas las partes, Administración y contribuyente, la

posibilidad de expresar sus argumentos eliminando en lo posible juicios subjetivos⁵⁰. Tal es la finalidad del procedimiento especial de los artículos 15 y 159 de la LGT y, en consecuencia, debe respetarse, ya que lo que está en juego es la seguridad jurídica y los derechos de los contribuyentes, sin que el concepto de BE interpretado como norma general antiabuso contribuya al respeto de tales valores o derechos. Por esta razón, y a diferencia de lo que el TEAC o la AN han expresado, el BE no es un sustitutivo de los artículos 15 y 159 de la LGT que allana el camino procedimental de la Administración, tal interpretación, además de errada sobre el significado del concepto de BE, tiene efectos importantes sobre el equilibrio de la relación Administración-contribuyente en cuestiones de fiscalidad internacional e incluso puede suponer problemas de Derecho de la UE (por ejemplo, si en situaciones de fraude o abuso interno se activan las garantías de los arts. 15 y 159 LGT y no se hacen en situaciones internacionales donde exista la cláusula del BE, podría reclamarse que existen discriminaciones infundadas contrarias a las libertades fundamentales del TFUE). Sin embargo, el TS no ha aprovechado la oportunidad que le brindaba el caso *Colgate* para corregir plenamente la práctica inapropiada que se deriva de la interpretación del concepto de BE como un instrumento para eludir la aplicación de los artículos 15 y 159 de la LGT, con un planteamiento no muy depurado que sirvió para el caso concreto planteado en el asunto específico, donde el TS detectó lo infundado de la posición de la AEAT, TEAC y AN y trató de corregirla, pero no resulta de utilidad ni como solución que elimine los conflictos con este término que Resoluciones como las del TEAC de 8 de octubre de 2019 espolean o como freno a la utilización del concepto de BE como instrumento para eludir la aplicación de la cláusula general antiabuso del artículo 15 de la LGT y el procedimiento garantista del artículo 159 de la LGT.

En su jurisprudencia reciente, el TS (Sentencia del TS 308/2020, de 3 de marzo, rec. núm. 5448/2018 –NFJ077876–, caso *Stryker*) ha relativizado la fuerza de la interpretación dinámica de los comentarios al MC OCDE⁵¹, que, erróneamente, como hemos advertido hace ya bas-

⁵⁰ El principio base de una norma general antiabuso debe ser la lucha contra los más egregios, intolerables o groseros comportamientos de planificación fiscal, dejando un margen para la planificación responsable. Y puesto que no es un arma para intimidar a los contribuyentes, sino un instrumento para alcanzar el interés público, la aplicación de esta cláusula general debe venir acompañada de un procedimiento de control de la discrecionalidad administrativa que no existiría si simplemente se alcanza la misma finalidad con técnicas interpretativas (más allá del control jurisdiccional). *Vid.*, sobre el marco de principios que deben inspirar una cláusula general antiabuso y su operatividad, el capítulo 5 del Informe de G. Aaronson (2011), presentado al Gobierno del Reino Unido con vistas a la introducción de una cláusula general antiabuso en este país, o Arnold (2017, p. 750 y ss.), calificando la cláusula general antiabuso como un instrumento de última instancia, para ser aplicada de forma relativamente infrecuente, objetivo que solo se consigue con disposiciones administrativas específicas, a través de procedimientos especiales que puedan salvaguardar la excepcionalidad de su uso. Similares principios aparecen expresados en el Informe del International Monetary Fund sobre esta materia (Waerzeggers y Hillier, 2016).

⁵¹ *Vid.*, sobre esta sentencia, Calderón Carrero (2020b). Coincidimos con el profesor Calderón cuando indica que el caso *Stryker* no supone la exclusión en todo caso de la interpretación dinámica de los CDI a la luz de los comentarios posteriores al MC OCDE. Tal interpretación dinámica debe excluirse, como bien indica el profesor de La Coruña, solo allí donde pretenda utilizarse como elemento exclusivo de apoyo de

tantes años, parecen reputarse por la Administración tributaria e incluso por los contribuyentes como auténticas normas jurídicas sin serlo en realidad⁵². Y ciertamente no es una posición que consideremos errónea, ya que la propia historia de la evolución errática del concepto del BE en el contexto OCDE da la razón al TS en el sentido de que hay que relativizar la fuerza de los comentarios al MC OCDE como elemento relevante a efectos interpretativos. La lástima es que el caso *Colgate* se haya convertido en una reiteración de la doctrina derivada de la sentencia del TS *Stryker* cuando nos encontrábamos ante un supuesto donde el TS tenía que ir más allá: los propios comentarios al MC OCDE 2014-2017 le ofrecían una vía para desechar la interpretación (infundada, en eso coincidimos con el TS) que realizaban la AEAT, el TEAC y la AN, pero también fuera de los comentarios al MC OCDE existían argumentos, con mayor fuerza y contundencia, que el TS simplemente ignoró y, además, le hubieran permitido cerrar de una vez por todas el problema del BE en el ordenamiento español. Al obviar estos argumentos, la sentencia del TS en el caso *Colgate* no es todo lo sólida que cabría esperar en un pronunciamiento del máximo intérprete de la legislación española, pero, sobre todo, no cierra una cuestión que, a buen seguro, volverá a plantearse ante los tribunales (especialmente tras la fuerza de las sentencias danesas del TJUE y la incorrecta aplicación de las mismas en España por parte de las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019), con tal forma de proceder se favorece la inseguridad jurídica (por contradicciones con la jurisprudencia *Colomer*) y contribuye la propia sentencia del TS *Colgate* a una percepción de los pronunciamientos de este órgano jurisdiccional en materia de fiscalidad internacional como heterodoxa.

7. Conclusión: sobre la necesidad de una interpretación del concepto de BE basada en valoraciones jurídicas y no solo en la evolución del MC OCDE

El concepto de BE ha sido uno de los más controvertidos en la fiscalidad internacional desde sus orígenes, sin que el ordenamiento español haya permanecido ajeno a él. En gran parte, la controversia sobre el concepto del BE ha sido espoleada por errores propios de la OCDE al introducir este concepto en los artículos 10 a 12 del MC OCDE en 1977 y al equiparar el mismo con normas antiabuso cuando ya no era necesario en 2003, o incluso por llegar tarde en 2014 para limitar el significado del concepto de BE cuando ya se había generalizado en la escena internacional una interpretación del mismo como instrumento análogo a las cláusulas generales antiabuso. Ciertamente la evolución del concepto de BE ha

un acuerdo de liquidación y la misma no venga apoyada por otros elementos interpretativos con mayor fuerza o la propia normativa, incluyendo el tenor de los CDI, aplicable.

⁵² En contra de la interpretación dinámica que, en ocasiones, lleva, incluso al propio TS, a desconocer la propia redacción de los CDI, de la normativa interna u otros elementos interpretativos ya nos hemos pronunciado en varias ocasiones. *Vid.*, por ejemplo, Martín Jiménez (2003 o 2004, pp. 20 y ss.), o Calderón y Martín (2020b).

tenido, como hemos visto, un impacto notable en el ordenamiento español y las SSTJUE *N Luxembourg* y *T Denmark*, seguidas de las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 y la controvertida sentencia del TS *Colgate*, hacen presagiar que lejos de estar llegando a su fin, los conflictos en torno al significado del BE no han hecho más que empezar en un contexto (pos-COVID) donde las Administraciones tributarias endurecerán probablemente sus posiciones frente a estructuras de planificación fiscal (agresiva o no).

En este sentido, la reciente sentencia del TS del caso *Colgate*, en línea con la sentencia del TS del caso *Stryker*, pone de manifiesto, de forma acertada, que los comentarios al MC OCDE deben tener menos fuerza de la que han reclamado la Administración tributaria y algunos tribunales (TEAC y AN). Y la evolución del concepto de BE en el contexto OCDE prueba que resulta necesaria la relativización de la fuerza de los (por otra parte, meritorios) trabajos de esta organización internacional. Sin embargo, como se ha demostrado, el TS lo hace en un caso donde probablemente la interpretación dinámica hubiera merecido ser aplicada para subrayar los errores que cometía la sentencia de AN recurrida en casación y donde otros elementos interpretativos llevaban también a considerar que el concepto de BE debiera entenderse como implícito en el artículo 12 del Convenio España-Suiza (antes o después de la reforma de 2006). Tal interpretación alternativa hubiera debido llevar también al TS a reconocer que, en coherencia con su línea de jurisprudencia relativa a los artículos 15 y 159 de la LGT (caso *Colomer*), no puede utilizarse el BE como sustitutivo de estos preceptos, como instrumento en manos de la Administración que permita obviar los derechos y garantías de los contribuyentes que tales normas contienen. Con ello, el TS cierra en falso la problemática del BE, y cabe esperar que los conflictos en torno a este término, especialmente tras las Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019, se repitan en el futuro.

En definitiva, y al margen del caso *Colgate* urge plantearse en el ordenamiento español la necesidad de relativizar la fuerza del concepto de BE y limitar su utilización (¿«en fraude de ley»?) como sustitutivo del artículo 15 de la LGT, lo cual no solo supondría una mejora en términos de seguridad jurídica, sino que limitaría futuros conflictos y más que probables problemas con el Derecho de la UE y con otros Estados en el contexto de los CDI.

Y más allá del caso específico del BE, que es solo un ejemplo, la evolución del BE y la jurisprudencia en torno al mismo subrayan que urge también relativizar la fuerza y eficacia del *soft-law* de la OCDE (o, más bien, cómo se utiliza el mismo) y tratar de hacer en nuestro ordenamiento un mejor, más intenso y meditado esfuerzo de valoración, integración y concreción al «aterrizar» los meritorios trabajos de la OCDE en el sistema tributario español, lo que, en muchas ocasiones, demandará, por parte del Ejecutivo y del Legislativo, más reformas de normas internas de las que actualmente se acometen, un desarrollo más frecuente de las mismas o de criterios interpretativos, a través de instrucciones o incluso procedimientos amistosos, o incluso de renegociación de CDI (a su vez, el corolario y consecuencia de esta conclusión sería el necesario refuerzo de la propia DGT y de los medios y personal con los que cuenta). Y por parte del Poder judicial exigiría un mayor afán en la comprensión de cómo evolucionan los trabajos de la OCDE y las técnicas de interpretación

de los tratados internacionales, lo cual ciertamente reforzaría la posición de los derechos de los contribuyentes, pero también de la propia Administración tributaria (por ejemplo, *Colgate* es una oportunidad perdida para reducir la conflictividad tributaria, dando pautas claras de interpretación en un asunto crucial para la aplicación de los CDI y las directivas de la UE en materia de impuestos directos). Un esfuerzo de esta naturaleza garantizaría una mejora de la posición y percepción de la seguridad jurídica en España de la que todos, Administración y contribuyentes, nos beneficiaríamos en el difícil entorno pos-COVID.

Referencias bibliográficas

- Aaronson, G. (2011). *GAAR Study: A study to consider whether a general anti-avoidance rule should be introduced into the UK tax system*. Recuperado de <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar_final_report_111111.pdf>.
- Arnold, B. (2017). The Role of a General Anti-avoidance Rule in Protecting the Tax Base of Developing Countries. En *UN Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*. (2.^a ed.). New York: UN.
- Avery Jones, J. (2006). The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and Their Adoption by States. *60 Bulletin of International Taxation* 6.
- Avery Jones, J. (2013). The Beneficial Ownership Concept Was Never Necessary in the Model. En M. Lang y P. Pistone (eds.). *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Amsterdam: IBFD
- Baker, P. (2000). *Double Taxation Conventions*. London: Sweet & Maxwell.
- Barba de Alba, A. y Arribas, D. (9 de julio de 2020). Spanish Tax Authorities Rejoice over the Danish Cases. *Kluwer Tax Blog*. Recuperado de <http://kluwertaxblog.com/2020/07/09/spanish-tax-authorities-rejoice-over-the-danish-cases/?doing_wp_cron=1596109593.8471970558166503906250>.
- Bernstein, J. (2007). Beneficial Ownership: An International Perspective. *47 Tax Notes International* 17.
- Calderón Carrero, J. M. (2019). Comentario a la SAN de 30 de noviembre de 2018 en el caso Colgate Palmolive: ajustes colaterales derivados de una regularización de precios de transferencia que determinan el afloramiento de un «royalty» y su tributación con arreglo al CDI del «beneficiario efectivo de segundo nivel». *Quincena Fiscal*, 10.
- Calderón Carrero, J. M. (2020a). La doctrina del TEAC sobre la interpretación de la exención del artículo 14.1 c) TRLIRNR a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre los «casos daneses». *Quincena Fiscal*, 1 (Westlaw Aranzadi BIB 2019\10833).
- Calderón Carrero, J. M. (2020b). La interpretación de los convenios de doble imposición en los tiempos de la COVID-19. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 449-450.
- Calderón, J. M. y Martín, A. (2020a). La Directiva Matriz-Filial. En N. Carmona Fernández (coord.), *Todo Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*. Valencia: Ciss.
- Calderón, J. M. y Martín, A. (2020b). *Los CDI en el ordenamiento español: naturaleza, efec-*

- tos, interpretación e impacto del Proyecto OCDE/G20 BEPS. Valencia: CISS, 2020.
- Danon, R. (2004). *Switzerland's Direct and International Taxation of Private Express Trusts*. Zurich: Schulthess.
- Danon, R. (2007a). Le concept de bénéficiaire effectif dans le cadre du MC OCDE. *IFF Forum für Steuerrecht*, 1.
- Danon, R. (2007b). Le concept de bénéficiaire effectif et les structures de relais direct. 77 *Archives de Droit Fiscal Suisse*
- De Broe, L. (2008). *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam: IBFD, Doctoral Series 14.
- De Broe, L. (2020). Should Courts in EU Member States Take Account of the ECJ's Judgment in the Danish Beneficial Ownership Cases When Interpreting the Beneficial Ownership Requirement in Tax Treaties? En G. Maisto (ed.), *Current Tax Treaty Issues*. Amsterdam: IBFD.
- De Broe, L. y Gommers, S. (2019). Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases. *EC Tax Review 2019/6*.
- Du Toit, Ch. (1999). *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD.
- Kuźniacki, B. (2020). The GAAR (Article 6 ATAD). En Werner Haslehner Georg Kofler, K. Pantazou y Alexander Rust, *A Guide to the Anti-Avoidance Tax Directive*. Elgar Tax Law and Practise Series.
- Lang, M. y Pistone, P. (eds.). (2013). *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Amsterdam: IBFD.
- Martín Jiménez, A. (2003). Los Comentarios al MC OCDE: su incidencia en el sistema de fuentes del Derecho Tributario y sobre los derechos de los contribuyentes. *Carta Tributaria*, 20 (reimpreso en *Fiscalidad del No Residente: aspectos conflictivos*. CISS, septiembre 2007).
- Martín Jiménez, A. (2004). The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper Use of Tax Treaties: A Case for the Declining Effect of the OECD Commentaries? *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 58, n.º 1.
- Martín Jiménez, A. (2010). Beneficial Ownership: Current Trends. *World Tax Journal*. Vol. 2, n.º 1.
- Martín Jiménez, A. (2019). Article 12: Royalties (OECD and UN Models) and Article 12A: Technical Services (UN Model (2017)). En R. Vann (ed.), *Global Tax Treaty Commentaries*. Amsterdam: IBFD (versión online).
- Martín Jiménez, A. (2020a). Beneficial Ownership. En R. Vann (ed.), *Global Tax Treaty Commentaries*. IBFD: Amsterdam.
- Martín Jiménez, A. (2020b). The Prohibition of Abuse in EU and the Codification of the EU GAAR. En B. Arnold (ed.), *The General Anti-Avoidance Rule: Past, Present, and Future*. Toronto: Canadian Tax Foundation (también publicado en M. Butani (ed.) (2020), *GAAR: The final tax frontier?*, Haryana: CCH Wolters Kluwer (India)).
- OCDE. (1986a). *Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*. Paris: OECD.
- OCDE. (1986b). *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*. Paris: OECD.
- OCDE. (1989). *Tax Treaty Override*. Paris: OECD.
- OCDE. (1999). *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*. Paris: OECD.
- OCDE. (2011). *Clarification of the Meaning of «Beneficial Owner» in the OECD Model Tax Convention discussion draft 29 April 2011 to 15 July 2011*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/47643872.pdf>>.
- OCDE. (2012). *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Mean-*

- ing of «Beneficial Owner» in Articles 10, 11, and 12 (19 October 2012 to 15 December 2012). Recuperado de <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>>.
- OCDE-G20. (2015). *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*. Paris: OECD.
- Oliver, J., Libin, J., Van Weeghel, S. y Du Toit, C. (2001). Beneficial Ownership and the OECD Model. *British Tax Review*, 1 (también publicado en 2000 como Beneficial Ownership. En *54 Bulletin for International Fiscal Documentation 7*).
- Pijl, H. (2000). The Definition of «Beneficial Owner» under Dutch Law. *54 Bulletin for International Fiscal Documentation 6*.
- Pijl, H. (2003). Beneficial Ownership and Second Tier Beneficial Owners in Tax Treaties of the Netherlands. *31 Intertax 10*.
- Sanz Gadea, E. (2019). Beneficiario efectivo: Análisis de la STJUE de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 435.
- Schön, W. (20 Nov. 2019). The Concept of Abuse of Law in European Taxation: A Methodological and Constitutional Perspective. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, 2019-18*. Recuperado <<https://ssrn.com/abstract=3490489>>.
- Smit, D. (2013). The Concept of Beneficial Ownership and Possible Alternative Remedies in Netherlands Case Law. En M. Lang y P. Pistone (eds.). (2013). *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Amsterdam: IBFD.
- Van Weeghel, S. (1998). *The Improper Use of Tax Treaties*. Deventer: Kluwer.
- Vann, R. Beneficial Ownership: What Does History (and Maybe Policy) Tell Us. *Sydney Law School Research Paper n.º 12/66*.
- Vega Borrego, F. (2003). *Las medidas contra el «treaty Shopping»*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Vega Borrego, F. (2005). El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para Evitar la Doble Imposición. *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, 8.
- Vogel, K. (1997). *On Double Taxation Conventions*. London: Kluwer.
- Waerzeggers, C. y Hillier, C. (2016). *Introducing a GAAR*. Tax Law IMF Technical Note vol. 1/2016. Recuperado de <<file:///Users/adolfomartin/Downloads/tttn1601.pdf>>.
- Walser, J. (2000). The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties. En IFA, *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond (Proceedings of a Seminar held in London in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association*. London: Kluwer Law International.
- Weber, D. (2016). The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect. *Intertax* vol. 44, n.º 2.
- Wheeler, J. (2005). The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes. *59 Bulletin for International Fiscal Documentation 11*.
- Wheeler, J. (2007). General Report. *Conflicts in the Attribution of Income to a Person*. Cahiers de droit fiscal international, Vol. 92b. Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers.
- Working Party OECD no. 21 (United States - Denmark). (21 de diciembre de 1967). *Third Report on Tax Avoidance through the Improper Use or Abuse of Tax Conventions*.
- Zalasinski, A. (2019). The ECJ's Decisions in the Danish «Beneficial Ownership» cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union. *IBFD International Tax Studies 4-2019*.

El derecho a tasación pericial contradictoria cuando la Administración valora la base imponible del ICIO atendiendo a los precios medios de los colegios profesionales

Análisis de la [STS de 3 de junio de 2020, rec. núm. 3067/2017](#)

Rosa Fraile Fernández

*Profesora contratada doctora
de Derecho Financiero y Tributario.
URJC*

Extracto

El Tribunal Supremo resuelve en la sentencia aquí analizada sobre el derecho a interponer tasación pericial contradictoria en el marco del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras. Se aclara que la comprobación de la base imponible del citado impuesto puede ser realizada por la Administración a través de cualquiera de los medios previstos en la Ley General Tributaria (LGT). Es una precisión necesaria, pues en anteriores interpretaciones del artículo 103 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales parecía que era otra la conclusión alcanzada por el tribunal. En esta línea, nada obsta, como indica el tribunal, a que se realice una comprobación de valores en el marco de tales procedimientos de comprobación. Los precios medios de las unidades de obra previstos en las bases de datos de los colegios profesionales, cuando se aplican en detrimento de los precios comunicados por el sujeto pasivo, implican la valoración de los elementos determinantes del tributo. Así pues, si el ente local aplica los precios de los colegios profesionales para valorar el coste real y efectivo de la obra, está realizando una comprobación de valores, siendo el dictamen del perito del ayuntamiento suficiente a efectos del artículo 57 de la LGT. De ello deviene que el sujeto pasivo se encuentre capacitado para solicitar la tasación pericial contradictoria y obtener la suspensión del ingreso en tanto se resuelva.

1. Supuesto de hecho

Se recurre en casación la Sentencia número 50/2017, de 27 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cantabria, dictada en el recurso de apelación número 201/2016, dirigido frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Santander, de 17 de junio de 2017, sobre el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO). La parte recurrente es una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria, siendo, por tanto, la parte recurrida el Ayuntamiento de Santander, sujeto activo del ICIO.

La historia del caso se remonta a 2013, finalizadas las obras, la empresa promotora fija el valor de la construcción a efectos del ICIO. En mayo de 2014 el ayuntamiento inicia actividades de comprobación e inspección, solicitando a la empresa la documentación justificativa de la valoración realizada. En tiempo, la empresa entrega las certificaciones de obra. En noviembre de 2014, se indica lo siguiente:

[...] el ayuntamiento realiza una propuesta de liquidación definitiva, en la que se conforma con las unidades informadas por la empresa, pero señala que discrepa de los precios consignados por ser más bajos que los utilizados normalmente tanto en las bases de precios, como en las tarifas habituales de los expedientes de obra.

El cálculo, realizado por perito del ayuntamiento, se basó en multiplicar las unidades de obra comunicadas por la empresa por los precios medios previstos por el Colegio de Oficial de Arquitectos de Cantabria (Colegio). La empresa fundamentó sus alegaciones rechazando el empleo de las bases de datos del Colegio, señalando que no se calculó la base imponible de forma directa, manifestando que se obvió la documentación que se había presentado y destacando la falta de motivación de la propuesta. Ninguna de sus alegaciones prosperó, notificándose la correspondiente resolución. Tras ello, la empresa se opuso a la valoración solicitando tasación pericial contradictoria (TPC); petición que fue rechazada por la Administración.

El ayuntamiento consideró que no se había producido una comprobación de valores, «ya que no se pretende obtener el valor de rentas, productos o bienes, sino que lo que se pretende es obtener la base imponible del impuesto, que no es otro (sic) que el coste real y efectivo de las obras». Consideración opuesta a la del consistorio fue mantenida por el Juzgado de lo Contencioso de Santander; esta posición fue rebatida por el TSJ de Cantabria,

quedando a salvo un voto particular. Finalmente, por Auto de admisión de 31 de octubre de 2017 (rec. núm 3067/2017 –NFJ078092–) el Tribunal Supremo (TS) acordó conocer del asunto por presentar interés casacional las dos siguientes cuestiones:

- Si la comprobación por la Administración tributaria de la base imponible autoliquidada por el sujeto pasivo del ICIO una vez finalizada la construcción constituye o no una comprobación de valores del artículo 57.1 de la Ley General Tributaria (LGT) que permita al obligado promover TPC conforme a los artículos 57.2 y 135 de la LGT.
- Si el informe realizado por un funcionario municipal con la titulación de arquitecto consistente en multiplicar el número de unidades de material y trabajo que el sujeto pasivo declaró como necesarias para la construcción, por los precios publicados por el Colegio de arquitectos, en vez de por los precios que les dio el sujeto pasivo, constituye o no un dictamen de peritos del artículo 57.1 e) de la LGT.

2. Doctrina del tribunal

Comienza el criterio interpretativo de la sentencia aquí comentada recordando lo señalado en su Sentencia de 11 de abril de 2013 (rec. núm. 2991/2012 –NFJ051248–). En ella se indica que, en el impuesto sobre actos jurídicos documentados, para declaraciones de obra nueva, la Administración puede efectuar comprobación de valores, si bien, no para valorar el bien puesto en el mercado, sino el coste de la obra.

Tras referirse a los artículos 102 y 103 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL), el tribunal señala que:

La base imponible del impuesto está constituida, por tanto, por el «coste real y efectivo» de la construcción, instalación u obra y este coste real es susceptible de «comprobación administrativa». [...] la Administración «puede comprobar» y que esa actividad no puede hacerse de otra forma que por alguno de los métodos establecidos en la Ley General Tributaria.

Recuerda su Sentencia 1767/2018, de 13 de diciembre (rec. núm. 3185/2017 –NFJ072215–), en que manifestaba que la comprobación es un trámite inexcusable. El método de comprobación puede ser cualquiera de los definidos en la LGT, quedando vedada la comprobación de valores solo al procedimiento de verificación de datos. Señala que en aquella sentencia parecía distinguirse entre facultades de verificar la realidad y facultades de valoración en sentido estricto, pero puntualiza la relación de aquellas palabras con el caso concreto que se estaba valorando.

En el asunto ahora objeto de casación no se discute la adicción de partidas que, estando en el presupuesto inicial, no fueron incluidas por el ayuntamiento en el cálculo de la base

imponible de la liquidación provisional, sino que lo que se hace es considerar que el coste debe ajustarse a los precios medios establecidos por un colegio profesional.

Afirma que la tesis de que esta actividad no es más que una operación de copiado y suma y no un informe pericial no puede prosperar:

[...] por la razón esencial –como señala con acierto el voto particular– de que dar un valor distinto a los precios de aquellas unidades de materiales y trabajo exige una labor de comprobación que no es puramente automática o de «copiado y suma».

Recuerda que el TSJ de Cantabria había afirmado que:

[...] el informe del arquitecto técnico municipal es extenso y detallado, justifica los parámetros utilizados con la suficiente precisión como para dar oportunidad al obligado tributario de contradecirlos, máxime cuando este dispone de las facturas de todos los suministradores de la constructora perteneciente a su grupo de empresas.

De todo ello desprende, en palabras del tribunal:

[...] que el arquitecto municipal realizó un verdadero «dictamen», a cuyo efecto empleó los parámetros valorativos que tuvo por conveniente [...] para obtener unas conclusiones que –nuevamente según la propia Administración– pueden ser contradichas por el contribuyente.

Pues bien, una de las formas legalmente previstas para «contradecir» ese informe es el procedimiento de tasación pericial contradictoria, pues esta no es más que un expediente puesto a disposición de los contribuyentes para «confirmar o corregir en cada caso las valoraciones resultantes de la aplicación de los medios del apartado 1 del artículo 57 de la Ley General Tributaria».

Resuelve el tribunal casando la sentencia del TSJ de Cantabria y ordenando la retroacción de actuaciones, para que el ayuntamiento inicie la TPC y suspenda la liquidación del ICIO que había sido girada a la empresa recurrente, conforme prevé el artículo 135 de la LGT.

3. Comentario crítico

Como es conocido, la regulación del ICIO presenta una extraña configuración de liquidaciones provisionales y definitivas que ha supuesto no pocos conflictos sobre la modificación de la una y la otra. El artículo 103 del TRLHL establece que al inicio de la obra o cuando se conceda la preceptiva licencia «se practicará una liquidación provisional a cuenta, determinándose la base imponible» atendiendo al presupuesto visado por el Colegio correspon-

diente o a los módulos que, en su caso, estuvieran previstos en la ordenanza fiscal. Una vez finalizada la obra y a la vista de la construcción final, se señala:

[...] teniendo en cuenta su coste real y efectivo, el ayuntamiento, mediante la oportuna comprobación administrativa, modificará, en su caso, la base imponible a que se refiere el apartado anterior practicando la correspondiente liquidación definitiva, y exigiendo del sujeto pasivo o reintegrándole, en su caso, la cantidad que corresponda.

El punto 4 del mismo precepto señala que los ayuntamientos pueden exigir este impuesto en régimen de autoliquidación.

3.1. De los aspectos del caso no tratados en la sentencia

La interpretación del TS, presente en la Sentencia de 12 de marzo de 2015 (rec. núm. 696/2014 –NFJ057858–), señalando que la liquidación definitiva a que hace referencia el artículo 103.1 del TRLHL es, precisamente, una liquidación definitiva y, por lo tanto, no revisable por parte de la Administración salvo que concurra alguna causa para que se inicien los procedimientos especiales de revisión, hace poner en duda la posibilidad de que la segunda liquidación, la que la ley califica como definitiva, pueda ser realizada en régimen de autoliquidación por el sujeto pasivo. El Ayuntamiento de Santander, en este aspecto, ha ideado una gestión del tributo basada en la previsión de tres posibles liquidaciones, en una interpretación que podríamos considerar laxa de lo dispuesto en el precepto antes transcrito. El artículo 6 de la Ordenanza del ICIO prevé la autoliquidación inicial a cuenta, en el mismo sentido que se dibuja en el TRLHL. Posteriormente, el artículo 6.5 establece que «Una vez finalizadas las obras, los sujetos pasivos presentarán una autoliquidación complementaria del Impuesto (positiva o negativa según proceda)», que habrán de acompañar de las certificaciones de obras. No se trata pues de una «autoliquidación» que sustituya a la liquidación definitiva que prevé el TRLHL sino de un trámite intermedio que no se infiere de la gestión del impuesto prevista en el TRLHL. Por último, en el artículo 6.6 de la ordenanza aparece la potestad del ayuntamiento de comprobar en el sentido de lo expuesto conforme al TRLHL.

Hemos de manifestar que este mecanismo de doble autoliquidación nos parece el más adecuado para asegurar que la liquidación del impuesto se realiza con base en el coste real de la construcción y no en atención a los costes presupuestados. De este modo, se facilita la actualización de la base imponible del impuesto, ajustándola a la realidad, sin necesidad de que obra a obra el ayuntamiento inicie un procedimiento de comprobación para ello. No obstante, parece que esta manera de regular el tributo se aleja de lo previsto en la norma estatal, que solo configura la presencia de dos liquidaciones.

Centrándonos en el conflicto que aquí se analiza, se observa que, debido al específico método de la doble autoliquidación prevista en el Ayuntamiento de Santander, el sujeto pasivo ha autoliquidado conforme al resultado final de la obra y no solo en atención al

proyecto. Asimismo, se observa que, por virtud de lo dispuesto en la ordenanza, la autoliquidación se ha de acompañar de las certificaciones de obra, de modo que el ente local cuenta con la información visada del coste real de la obra, a salvo siempre, quedarán los supuestos de falsedad documental.

Es en la situación descrita en la que la Administración decide realizar actuaciones de comprobación, téngase presente que el consistorio no solo posee el presupuesto de ejecución material, sino que tiene en su poder la documental de la finalización de la obra, las certificaciones de obra en la que constan los costes definitivos que ha experimentado la empresa promotora en la construcción.

La historia del caso, expuesta al inicio, deja entrever que bajo la cuestión que finalmente llega a casación, se esconden interesantes interrogantes previos que bien merecerían ser resueltos por el Alto Tribunal si en un futuro llegan a plantearse debidamente. Junto con la mencionada exigencia de doble autoliquidación, que proponemos se incluya en el TRLHL, pero que creemos que hoy no encuentra cabida en él; se presentan en el caso aspectos relacionados con la medición de la base imponible del ICIO. Esta puede ser calculada de forma provisional atendiendo a índices y módulos previstos, en su caso, en la ordenanza. Su cálculo definitivo, sin embargo, no remite a estimación objetiva en supuesto alguno, sino que deberá realizarse «teniendo en cuenta su coste real y efectivo». Surge aquí la duda de si el empleo de bases de datos de colegios profesionales puede entenderse, como hemos defendido en otras ocasiones, como el empleo de índices y módulos de manera encubierta. Esto es, si se trata de un cálculo objetivo de la base imponible. Sobre esta cuestión, la empresa, en su escrito de alegaciones contra la propuesta de liquidación, exponía que el ente local no había empleado un método de estimación directa de la base imponible. Coincidimos plenamente con la crítica del sujeto pasivo en este punto. No obstante, el caso es especialmente intrincado en este aspecto, pues promotora y constructora son empresas del grupo, con lo que podría discutirse si los precios efectivamente pagados por la promotora constituyen el coste real y efectivo de la construcción o si la constructora operó en pérdidas. Téngase presente que en la base imponible del ICIO no se incluye el beneficio empresarial ni otros aspectos similares ajenos al coste en su más estricto sentido. Tampoco se indica en precepto alguno que haya de atenderse al valor de la construcción, se habla expresamente del coste. Consideramos que el coste es un aspecto que, probado documentalmente, no presenta discusión, con carácter general. En operaciones vinculadas, entendemos que la vigilancia habrá de ponerse, en su caso, en que el coste sea cierto, esto es, que no se transmitan las unidades de obra de constructora a promotora por debajo del coste real. Cuestión distinta será, a nuestro juicio, los efectos que estas transacciones *intra grupo* puedan tener en materia del impuesto sobre sociedades y la medición a precio de mercado de las operaciones según los precios de transferencia adecuados al principio de plena competencia. Dado que el beneficio empresarial no se incluye en la base imponible del ICIO, en este tributo no habría de discutirse el reparto de beneficios entre partes del grupo, sería, por tanto, a efectos del impuesto sobre sociedades cuando habría que atender al reparto de beneficios entre ambas partes, vigilando en el ICIO, exclusivamente, que se hayan respetado los costes.

3.2. Del método de comprobación administrativa

Es el propio TS el que parecía haber sembrado la duda sobre las posibilidades de comprobación administrativa tal y como se aprecia en su Sentencia número 1767/2018, de 13 de diciembre, (rec. núm. 3185/2017 –NFJ072215–). En ella señalaba que:

[...] la liquidación definitiva verifica la correspondencia, cualitativa y cuantitativa, de las partidas presupuestadas sobre el proyecto con lo que resulte de la ejecución final, lo que necesariamente requiere una actividad de comprobación *in situ*, aquí no realizada, por tratarse del único medio de acometer ese juicio comparativo entre el diseño o proyección de la construcción, instalación u obra y su ejecución en la práctica, determinante de la obra o construcción finalmente realizada.

Ese requisito de comprobación *in situ*, así como la diferenciación expuesta en el epígrafe previo entre el significado de «facultades de verificar la realidad y facultades de valoración» nos llevaron a plantear si el tribunal estaba señalando como única comprobación posible la inspección personal de la obra.

Se ha cuidado el Alto Tribunal en la sentencia ahora analizada de no expresar un cambio de criterio, sino de matizar la aplicabilidad del criterio previo, de manera muy acertada a nuestro juicio. Efectivamente, si lo que se desea es comprobar que la obra presupuestada se corresponde con la obra efectivamente realizada, el método más adecuado es la personación para realizar la comprobación *in situ*.

No se opone el tribunal, como tampoco lo hace el TRLHL, a que la comprobación se realice por cualquiera de los medios previstos en la LGT. Así, consideramos que una comprobación documental, atendiendo fundamentalmente a las facturas y certificaciones de obra, puede ser el método más adecuado para alcanzar el conocimiento necesario sobre la base imponible y su medición. A nuestro juicio, serán precisos otros métodos en los supuestos en que exista sospecha de la veracidad de los documentos presentados, o de que no se ha puesto a disposición del ente local toda la documentación debida.

Aclara con esto el TS que, conforme a lo dispuesto en el TRLHL, la comprobación podrá realizarse por cualquiera de los procedimientos tributarios previstos en la LGT con finalidades de comprobación; no se impide la inspección *in situ* de la obra, pero tampoco se exige como medida de comprobación necesaria.

De entre los métodos de comprobación previstos en la LGT, tanto la comprobación limitada como la inspección, permiten el inicio de un expediente de comprobación de valores, por lo que nada obsta a que, salvo que se inicie verificación de datos, el ayuntamiento proceda a la valoración conforme al artículo 57 de la LGT, si lo estima oportuno.

3.3. Del empleo de la TPC

Cuando las diferencias entre sujeto pasivo y Administración se hallen en la inclusión de determinadas partidas, en la aplicación de ciertas bonificaciones u otras cuestiones de carácter eminentemente jurídico, serán los métodos propios para atacar la resolución administrativa los que podrá oponer el administrado para hacer valer sus planteamientos. Esto es, recurso de reposición o recurso ante el Tribunal Económico-Administrativo Municipal.

Si bien, cuando lo que se pretende enervar es una valoración concreta, no precisa el obligado tributario recurrir la resolución que contiene la liquidación controvertida, sino que, como señala el artículo 57.2 de la LGT, «la tasación pericial contradictoria podrá utilizarse para confirmar o corregir en cada caso las valoraciones resultantes de la aplicación de los medios del apartado 1 de este artículo», medios entre los que se encuentra el dictamen de peritos.

En el supuesto en que trae causa la sentencia comentada, lo que la Administración no acepta es el valor otorgado por la empresa a las partidas que componen la base imponible. Entendemos pues, que lo que el ayuntamiento ha realizado no es otra cosa que comprobar el valor de estas partidas.

No podemos comprender la fundamentación que aporta el ayuntamiento para oponerse a la TPC:

No nos encontramos ante un procedimiento de comprobación de valores de los regulados en el artículo 57 de la Ley General Tributaria, ya que no se pretende obtener el valor de rentas, productos o bienes, sino que lo que se pretende es obtener la base imponible del impuesto, que no es otro (sic) que el coste real y efectivo de las obras.

No cabe duda, a nuestro juicio, de que otorgar a cada una de las partidas de una obra un valor diferente del presentado por el obligado tributario supone una valoración de productos, bienes o de alguno de los «demás elementos determinantes de la obligación tributaria». No podemos considerar que la comprobación de valores solo sirva para comprobar el valor de mercado, pues nada indica el mencionado artículo 57 de la LGT de que el valor arrojado tras la comprobación deba ser el de mercado.

Tampoco entendemos como el TSJ de Cantabria puede disponer que:

[...] para determinar la base imponible del ICIO no se puede hacer ninguna valoración de bienes, ni de su estado, sino solo determinar dos aspectos: las unidades de materiales y trabajo utilizadas en la construcción y el precio de esos materiales y trabajos.

Pues bien, ¿no son esos materiales y trabajos bienes valorables en atención a su estado, calidades, etcétera? De hecho, eso es lo que, como ya señalaba el voto particular, ha realizado el ayuntamiento: valorar, con un criterio más o menos acertado, las unidades de obra que la empresa valoró con coste diverso.

No permitir la oposición a la comprobación realizada por el ayuntamiento en casos como este sería como establecer *de facto* que la base imponible del ICIO la constituye el precio medio de mercado de la construcción u obra conforme a las bases de datos del colegio profesional correspondiente a la región de que se trate.

Este pronunciamiento jurisprudencial esperamos que sirva para poner cierto límite sobre la práctica de aplicar los precios medios de los colegios profesionales para rectificar las valoraciones realizadas por los obligados tributarios en el marco de este tributo. Efectivamente, se reconoce el derecho del ayuntamiento de comprobar el valor de la base imponible del ICIO en aplicación de los medios previstos en el artículo 57 de la LGT, pero también se manifiesta que ante estas actuaciones nos situamos frente a una comprobación de valores que puede ser enervada por medio de la TPC.

Parece que el consistorio añadía que no cabe TPC cuando el interesado no ha realizado su propia pericial. En este sentido, el TS indica que es precisamente la valoración realizada por la promotora, que coincide con las certificaciones de obra de la constructora, la que ha de ser considerada su propia pericial. En este punto, es preciso mencionar que las certificaciones de obra han de estar firmadas por la dirección facultativa de la obra, lo que incluye la firma del ingeniero de la edificación, arquitecto técnico o aparejador y la del arquitecto, por lo que concurren en los firmantes las condiciones y cualificaciones necesarias para elaborar valoración pericial. Por su parte, es el propio dictamen del perito del ayuntamiento el que constituye el peritaje de la Administración, siendo valoración suficiente conforme al artículo 135.2 de la LGT.

Concluimos defendiendo que la comprobación de la obra debe realizarse por el método directo, contrastando los datos reales de la construcción. El TRLHL sitúa la medición de la base imponible en el «coste real y efectivo de la construcción» y no en el valor medio de tal construcción; ni siquiera emplea la palabra valor, sino coste. Entendemos que este coste, existiendo libertad de precios, debe ser el que conste en las facturas y certificaciones de obra. A nuestro juicio, el empleo de los precios medios previstos por los Colegios correspondientes solo debería aceptarse ante la falta de documentación para proceder a la estimación directa, o bien, ante supuestos como este en que parece dudarse de la veracidad de los costes transmitidos entre empresas del grupo. En cualquier caso, se sigan empleando los baremos de los colegios profesionales de manera arbitraria o solo ante la justificación de la necesidad de recabar otros datos para valorar el coste real, se reconoce, tras esta sentencia, el derecho a oposición a través de la TPC para aquel que desee solicitarla.

La necesidad de demostración de la deducibilidad de los gastos, y la de motivación de las decisiones de la inspección

Análisis de la [SAN de 21 de noviembre de 2019, rec. núm. 388/2016](#)

Pedro Ángel Colao Marín

*Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho Financiero y Tributario.
Área de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Politécnica de Cartagena*

Extracto

En este trabajo se analiza una sentencia de la Audiencia Nacional que pone de manifiesto dos fenómenos recurrentes, a cargo cada uno, generalmente, del obligado y de la Administración. Por un lado, la incapacidad de demostración de la realidad de los hechos alegados frente a la Hacienda, que no se puede sustituir por razonamientos, y, por otro, la falta de motivación o fundamentación de las decisiones de esta, que no se puede sustituir por menciones mecánicas a hechos o a normas.

1. Supuesto de hecho

La sentencia decide en el procedimiento iniciado por el obligado tributario contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 2 de marzo de 2016.

La cuestión objeto de litigio se circunscribe a los acuerdos de liquidación del impuesto sobre sociedades (IS) llevados a cabo por la Inspección de los tributos y correspondientes a los ejercicios 2007 y 2008. También, a la resolución sancionadora derivada de la inspección. La sentencia decide tres cuestiones diferentes: la falta de motivación de los acuerdos de ampliación de plazo de los procedimientos inspectores, la insuficiencia de la prueba que la entidad lleva a cabo acerca de la realidad de ciertos gastos y el cumplimiento del resto de requisitos para ser adecuadamente imputados a la base imponible, y la referida a la sanción impuesta.

La entidad inspeccionada había declarado partidas de gastos deducibles cuya realidad y correlación con los ingresos no pudo demostrar. Las carencias detectadas por la Inspección fueron de diversa especie, hasta el punto de que la sentencia ilustra acerca de gran parte del elenco de defectos que pueden encontrarse en la alegación de gastos deducibles. El TEAC contrastó los datos de hecho sobre dichos gastos con los requerimientos legales, y concluyó en que muchos de ellos no eran deducibles. En ocasiones los gastos se hallaban muy lejos de los normales según el objeto social y la actividad de la entidad, y se acercaban a la satisfacción de necesidades personales, incluso domésticas. En ocasiones, tenían un carácter claramente lúdico o suntuario. En otras, carecían de respaldo probatorio, o se referían a sujetos difícilmente relacionables con la actividad de la entidad. En otras, las relaciones entre pagador y receptor (entidades o personas físicas) eran evidentes. Lo más interesante de la sentencia, como se puede empezar a apreciar, no es tanto la novedad de los razonamientos jurídicos que incorpora como que, en un solo procedimiento, ilustra acerca de gran parte de la casuística de la indebida alegación de gastos.

La sentencia, como el procedimiento inspector, aborda el análisis de los gastos en función de su naturaleza o su carácter. La falta de pruebas vino acompañada de la elaboración y aportación, por la parte, de cuadros y explicaciones, que no arrojaron certeza alguna sobre la realidad de las operaciones alegadas.

En relación con la indebida acreditación de los gastos, la sentencia analiza también la sanción, y llega a la conclusión de que, por lo menos, existió una falta de diligencia grave y ocultación. Gran parte de la fundamentación de la sentencia con respecto a la sanción parte

de todo el esfuerzo de motivación anterior según los gastos, sobre el que se basa para concluir en que no cabe pensar en situaciones fortuitas, ni de duda acerca del mandato legal.

Pero la sentencia tiene otro aspecto, también relativamente poco novedoso, pero ideal para ser contrastado con el anterior, y que le otorga un valor añadido. En el curso del procedimiento inspector la Administración dictó una resolución de ampliación del plazo. En ella se limitó a constatar la existencia de puros datos de hecho en un cuadro «realizado por el actuario en el que consta la fecha de inicio y de cese de la dilación; la causa en la que se hace constar la expresión *no aportación de documentación* y los días imputados». Datos de hecho innegables en sí, pero sin que exista ningún tipo de razonamiento acerca de la trascendencia que estos tuvieron en relación con el transcurso del procedimiento.

Tal y como se puede apreciar, la Audiencia Nacional (AN) se enfrenta a dos situaciones de hecho contrapuestas y que se complementan o *reflejan*: una, en la que abundan los razonamientos y las supuestas explicaciones, pero no constan los hechos, y, otra, en la que dichos hechos constan, pero no existe motivación acerca de la aplicación a ellos del derecho.

Al procedimiento, el obligado tributario aportó una sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, referida al mismo sujeto y procedimiento, pero con respecto al impuesto sobre el valor añadido (IVA) (Sentencia 459/2018, de 3 de octubre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, rec. núm. 67/2017).

2. Doctrina del tribunal

La primera cuestión que analiza la sentencia es la de la supuesta prescripción del derecho a comprobar el ejercicio 2007, por la no finalización del procedimiento de inspección en plazo.

La entidad aportó, como se ha dicho, una Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de octubre de 2018, referida al mismo procedimiento inspector, pero al IVA. Dicha sentencia aplica la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 7 de febrero de 2014 (rec. núm. 4368/2010), sobre la falta de eficacia de un acuerdo de ampliación del plazo del procedimiento inspector adoptado una vez vencido el plazo legal, que determina que, al no haberse dictado acuerdo de ampliación, operó la prescripción. Ahora bien, la AN manifiesta que la motivación que ha de decidir la causa en la sentencia presente es distinta (además de que el cómputo del plazo de prescripción también lo es): cuando no existe acuerdo de ampliación lo que hay que constatar es si la inspección superó o no el plazo establecido. En el caso presente, sin embargo, razona la AN, hay que determinar si las dilaciones debidas al sujeto se imputaron de forma correcta, y si el plazo legal del procedimiento de inspección no se habría superado y la prescripción se habría interrumpido. La AN supedita la conclusión a la motivación de los actos administrativos. Señala que, a pesar de los esfuerzos realizados por el TEAC para motivar las dilaciones, dicho razonamiento no procede en esa sede, sino en el acto que pone fin al procedimiento de inspección, donde no existe:

El Acuerdo de liquidación recoge [...] un cuadro realizado por el actuario en el que consta la fecha de inicio y de cese de la dilación; la causa en la que se hace constar la expresión *no aportación de documentación* y los días imputados. Pues bien, en [...] del Acuerdo, la Inspección se limita a reproducir el cuadro antes descrito y transcribir. No realiza mayor argumentación, por lo que debemos plantearnos el art. 104.1 de la Ley 58/2003 si esta motivación es o no suficiente.

A continuación, trae a colación una Sentencia del TS de 4 de abril de 2017 (rec. núm. 2659/2016), que llegó a la conclusión de que la Inspección debe motivar el acuerdo de ampliación, haciendo mención, para cada periodo de dilación concreto, a la documentación no aportada y las razones de la incidencia de tal falta de aportación en el procedimiento, cosa que en el procedimiento objeto de la sentencia no sucede. La AN, además de a la normativa tributaria, se refiere al artículo 54 de la Ley 30/1992, referencia que en situaciones actuales se podría sustituir por la del artículo 35.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Declarado prescrito el derecho a comprobar y liquidar el IS correspondiente al año 2007, la sentencia se centra en los gastos correspondientes a 2008. Menciona el objeto social de la empresa, mobiliario de lujo personalizado y decoración, y hace un breve repaso de los requisitos que el gasto ha de cumplir para ser deducible a los efectos del IS (necesidad o afectación, correlación con los ingresos, justificación, contabilización). Y deja sentado que la carga de la prueba del gasto corresponde al obligado, y que la falta de diligencia con respecto a esta no puede favorecerle.

Distingue diversos apartados de gastos:

- Gastos de viaje. La casuística es variada: no identificación del viajero, personas no empleadas de la entidad, viajes en fines de semana sin justificación, supuestos en los que la acreditación solo se sustenta en una nota interna. Hace una referencia al detalle en los conceptos de las facturas y partes de trabajo, en el sentido de que no es suficiente hacer una alegación genérica.

Se refiere la sentencia a un hecho que tiene una cierta trascendencia: cuando la Inspección solicitó la acreditación de los gastos, la entidad aportó una serie de cuadros y listados. La sentencia concluye en que estos no pueden considerarse prueba a su favor. Esta situación se produce también con respecto a otras partidas de gastos. Según alguno de estos, la sentencia manifiesta que:

[...] la parte pretende que consideremos como prueba suficiente un cuadro de elaboración propia e incluye partidas de caza, música, etc. que abunda en crear indicios en contra de la consideración de que realmente haya existido un gasto de explotación.

- Gastos de representación y atención a clientes. También aquí la sentencia se enfrenta a gastos de diverso carácter, alejados de la práctica empresarial normal y

con numerosas carencias en cuanto a su justificación, que rechaza. O a facturas con descripciones genéricas. Tampoco acepta como justificación válida de ciertos gastos la aportación de un contrato de patrocinio sin prueba complementaria alguna de su cumplimiento. La aportación de contratos privados sin más pruebas complementarias se da también con respecto a otros gastos alegados.

- Gastos de comida y restaurantes alejados de las necesidades ordinarias de una empresa.
- Compras de mobiliario realizadas por dos personas concretas, con vínculos entre la entidad y otras, o sujetos determinados. Una, pensionista y sin alta en ninguna actividad; la otra, trabajadora por cuenta ajena.
- Facturas de P. Inversiones, entidad que en 2007 y 2008 no tuvo trabajadores. Sus ventas no trascendieron el círculo de la entidad inspeccionada y algunas otras con vínculos de relación muy claros: existían vínculos familiares entre contratantes, autorizados y administradores del entramado de empresas que eran obvios.
- Facturas recibidas por doña AP y por alguna otra empresa. La relación se basaba en un contrato verbal. Doña AP tributaba en estimación objetiva en el impuesto sobre la renta de las personas físicas y en el régimen simplificado en IVA. Con una casuística similar a la anterior.

3. Comentario crítico

Como se ha dicho, la sentencia decide en función de dos carencias que se manifiestan en los presupuestos de hecho como frente a un espejo: por un lado, la de la fundamentación adecuada de que hechos demostrados merecen tener trascendencia jurídica; por otro, la de la demostración de la realidad de los hechos alegados, que se pretende basar en puros razonamientos o explicaciones.

Ambas cuestiones se solventan, desde el punto de vista legal, mediante la mención a unos pocos artículos, a una regulación en absoluto prolija. Y, sin embargo, desde el punto de vista de la aplicación del derecho son tributarias de una evolución jurisprudencial compleja y basada en un sinnúmero de pronunciamientos.

3.1. La necesidad de motivación de las decisiones

Poco a poco, el derecho ha ido avanzando en la exigencia a la Administración de ciertos estándares de funcionamiento. Por lo que respecta a esta sentencia se pueden poner de manifiesto dos: el que se refiere a la necesidad de actuar con diligencia en el tiempo, terminando los procedimientos en un plazo razonable, y el que se refiere a la necesidad de actuación diligente en cuanto a la fundamentación de las decisiones, a lo que se podría denominar

«diligencia cualitativa». Se intenta proscribir de la actuación administrativa, así, la mera apariencia de actividad correcta y diligente basada en la sucesión de operaciones mecánicas.

La LPACAP determina en su artículo 35.1 que ciertos actos deben ser motivados, con sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho, y se refiere, entre otros, a algunos referidos a los plazos, o a los que se dicten en virtud de potestades discrecionales. En el ámbito estrictamente tributario la motivación es requerida, también, por los artículos 102.2 c), 103 o el 215 de la Ley General Tributaria (LGT). Por otra parte, y por lo que respecta al plazo de los procedimientos de inspección, es de aplicación el artículo 150 de la LGT, plazo en cuyo cómputo no se incluirán los periodos de interrupción justificada ni las dilaciones no imputables a la Administración (la sentencia aplica el texto y el plazo vigente hasta el día 11 de octubre de 2015, dado que con fecha 12 la redacción del artículo cambió, aunque a los efectos del análisis de la sentencia, salvada la diferencia entre 12 meses y 18, los razonamientos son igualmente aplicables).

Por centrar la cuestión en la esencia, y no en los detalles, el procedimiento de inspección debe terminar en un plazo; la ampliación de este plazo debe ser motivada y acordada de forma definitiva antes del término establecido, de fecha a fecha, desde el inicio del procedimiento. Si esto no se produce, el procedimiento inspector no caduca, pero, entre otras cosas, las actuaciones llevadas a cabo en él no producen el efecto de interrumpir la prescripción.

La AN determina en la sentencia que no procede la ampliación del plazo del procedimiento, porque no existe motivación en forma.

Motivar es explicar la decisión. La motivación no requiere de un análisis exhaustivo que agote todas las hipótesis y consecuencias, pero sí requiere que no quede un por qué decisivo por explicar. Así pues, la motivación debe sentar con claridad los hechos que considera relevantes para posteriormente encajarlos en un presupuesto jurídico y razonar acerca de la conexión entre ambos a efectos de la decisión. La motivación es un nexo entre hechos y derecho, por lo que no puede agotarse con la mera enumeración de los hechos ni con el enunciado de normas. Es un ejercicio de razonamiento que además debe ser concreto, histórico o apegado al caso, no general: nexo entre unos hechos concretos y una consecuencia jurídica específica. La Sentencia del TS de 9 de octubre de 2014 (rec. núm. 473/2013) se refiere a la necesidad de individualizar fáctica y jurídicamente el razonamiento, de forma que se individualice jurídica e históricamente la pretensión y su contestación. En este sentido, como pone de manifiesto Sánchez Pedroche (1995, p. 6), la motivación afecta a la transparencia del proceder de la Administración, la interdicción de la arbitrariedad y la tutela judicial efectiva. Y, en sentido análogo, se expresa Thury Cornejo (1999, V. esp. p. 18). En relación con esta triple función de la motivación se manifiestan, también, la Sentencia del TSJ de Madrid 825/2003, de 6 de junio (rec. núm. 549/2000), y la Sentencia de la AN de 7 de noviembre de 2002 (rec. núm. 164/2000). Y esto es aún más así cuando la decisión administrativa permite alguna dosis de discrecionalidad, ya que, entre otras funciones, la motivación es el medio por el que la Administración justifica o explica, de las opciones que tenía al alcance, la idoneidad de la asumida.

Sobre esta cuestión incide, también, la Sentencia del TSJ de Canarias (Las Palmas) 159/2000, de 17 de enero (rec. núm. 2375/1996) (sobre la función de interdicción de la arbitrariedad, también, Sánchez Pedroche, 1995, V. esp. p. 12). Y desde el punto de vista de las implicaciones directas con respecto al derecho de defensa de los interesados, que es el que se refleja de forma más clara en la sentencia comentada, queda claramente de manifiesto que la motivación no es un requisito formal o una mera cortesía, sino un requisito material de la validez del acto administrativo emitido, un requisito del núcleo material de la decisión, como se pone de manifiesto en la mencionada sentencia del TSJ de Canarias. La tutela judicial efectiva (art. 106.1 Constitución española) se basa en gran parte en la determinación concreta de actos y razones, en el principio de contradicción no acerca de ideas difusas, sino de hechos y normas concretas, y si la motivación falta el sujeto se ve ante un universo de hipótesis que combatir. Como dice la sentencia citada: «constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda». El TS se ha vuelto a manifestar de forma clara en la Sentencia 1280/2019, de 30 de septiembre (rec. núm. 6276/2017): el sujeto solicitó ampliación del plazo de alegaciones, no se le contestó, presentó las alegaciones en el plazo de ampliación y se le aceptaron, pero se le computaron los días de ampliación como dilación imputable a él. El TS sale al paso de este cómputo sobre la base de la ausencia de contestación en plazo y forma.

En relación con lo que aquí se comenta, es también interesante la Sentencia de la AN de 9 de octubre de 2008 (rec. núm. 91/2006), que asimila la conducta de actividad aparente pero vacía a la falta de actividad real. Una motivación sin contenido no existe como tal. No existe motivación cuando se hace una mera referencia a que se dio plazo de alegaciones y se aportó prueba, sin más, o cuando simplemente se enumeran hechos o descripciones. En relación con la insuficiencia de la pura y simple enumeración de presupuestos de hecho, por clara y meticulosa que sea, se puede consultar también la Sentencia del TS de 12 de diciembre de 2011 (rec. núm. 5967/2009). Tampoco existe motivación, claro está, cuando la supuesta motivación consiste en la enumeración o reproducción de textos legales, sin más (mucho menos cuando la motivación abarca, mediante una fórmula estereotipada, válida para multitud de casos, una multiplicidad de artículos de diverso grado de aplicación al caso, o incluso algunos de ellos no aplicables). No cabe resolver limitándose a reproducir el texto legal aplicable (Sentencia del TSJ de Cataluña 812/2001, de 30 de julio [rec. núm. 812/2001]). Se dice en la sentencia analizada que el TEAC hizo un esfuerzo argumental para sostener que las diligencias contenían datos suficientes para motivar la ampliación de las actuaciones, pero la sentencia lo rechaza, fundamentalmente por dos cuestiones muy bien traídas: la primera, que las diligencias hacen constar, en esencia, hechos y a lo sumo algún razonamiento previo. La segunda, que la motivación procede al final, cuando se tiene el conocimiento total del expediente. Está claro que las diligencias pueden apoyar una motivación, pero no sustituirla. En este sentido, es interesante la Sentencia del TSJ de la Región de Murcia 757/2006, de 22 de septiembre (rec. núm. 650/2003). (También, sobre este extremo, Navarro Egea, 1998. V. pp. 12 a 16). Está claro, también, que las expresiones rituales no sustituyen un razonamiento jurídico (Sentencia de la AN de 20 de septiembre de 2007, rec. núm. 394/2004, entre otras muchas).

3.2. Gasto y prueba

También por lo que respecta a la deducibilidad del gasto y a la prueba, el conjunto de razonamientos que han conformado el régimen jurídico se basa en una medida muy importante en aportaciones jurisprudenciales y doctrinales. La Ley del impuesto sobre sociedades parte, en estimación directa, de la realidad contable, y después de enunciar lo que ha de considerarse como base imponible (art. 10), se limita a sentar reglas de imputación temporal y de inscripción contable (art. 11) y a determinar ciertas limitaciones y exclusiones (arts. 12 a 16). Por lo que respecta a la prueba, y aparte de que su interpretación y aplicación pueden implicar complicaciones, la estructura legal es también relativamente sencilla: el artículo 105 de la LGT determina la carga de la prueba y el artículo 106 se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil y al Código Civil; establece la prueba prioritaria mediante factura en las operaciones llevadas a cabo por empresarios o profesionales y matiza que la factura no es un medio privilegiado de prueba. El artículo 214 de la LGT se remite a lo anterior por lo que respecta a los procedimientos de revisión.

Dos cuestiones principales pueden ser planteadas en relación con la sentencia: si el gasto no cumple ciertas condiciones, no es deducible, y si no se prueba es como si no existiera. Todos los requisitos materiales que ha de reunir el gasto para ser imputable a la base se suelen agrupar bajo la expresión «realidad del gasto», y de no acreditarse esta el cumplimiento de requisitos formales es inoperante, porque no se puede entender que haya nacido el derecho a deducir (Sentencia del TSJ de Madrid 257/2016, de 7 de marzo, rec. núm. 1453/2013). El gasto, además, ha de estar en relación de correlación con las actividades del sujeto (Sentencia del TS 416/2016, de 24 de febrero [rec. núm. 4044/2014], que decidió una cuestión muy al caso que se analiza: la asunción de gastos en interés exclusivo de socios, un préstamo en interés de estos, o la Sentencia del TSJ de Madrid 694/2017, de 12 de julio [rec. núm. 1319/2015], que no admitió como deducibles gastos correspondientes a la defensa jurídica, por cuestiones personales, de la titular de la empresa). Así pues, el gasto tiene que estar relacionado con la actividad de la entidad, estar justificado y debidamente contabilizado. Y la prueba debe acreditar todos los extremos materiales del gasto, lo que incluye, al menos, la realidad y la correlación (Sentencia del TSJ de Madrid 709/2017, de 13 de julio, rec. núm. 1296/2015, referida al IVA, pero también en relación con la prueba de la correlación). Además, no hay que olvidar que para el sujeto que alega la Administración es un tercero, ajeno a las relaciones que haya mantenido, lo que implica que la prueba tiene que acreditar frente a ella (Sentencia del TSJ de Madrid 1202/2016, de 23 de noviembre, rec. núm. 296/2015), lo que hace que los acuerdos verbales, los contratos privados o el cumplimiento de requisitos contables o formales solo tengan validez si, puestos en duda razonable, vienen acompañados de otras pruebas (Sentencia del TS de 5 de febrero de 2007, rec. núm. 2739/2002), documentación adicional que respalde la pura apariencia formal o la pura alegación (Sentencia del TS de 8 de noviembre de 2012, rec. núm. 679/2009).

La sociedad inspeccionada presentaba unos datos formales aceptables en gran medida (una tesorería aceptablemente documentada, una contabilidad que, salvo algún asien-

to, parece que informaba de la situación, facturas y, lo que es relevante desde el punto de vista de la demostración de la realidad, un gran despliegue explicativo, incluso por escrito); ahora bien, las carencias surgieron a partir de ese momento, como se ha puesto de manifiesto al analizar la doctrina de la sentencia.

Las facturas que la sentencia no admite existían, pero con evidentes defectos, y de la misma forma que un gasto demostrado sin factura es alegable, una factura sin gasto demostrado no lo es (sobre la relación factura/realidad, entre otras, la Sentencia del TSJ de Castilla y León –Burgos– 63/2000, de 7 de febrero, rec. núm. 965/1998; la Sentencia del TSJ de Andalucía –Granada– 3347/2014, de 9 de diciembre, rec. núm. 1041/2009; la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 115/2015, de 3 de febrero, rec. núm. 1638/2011, o la del TSJ de Castilla y León –Burgos– 284/2013, de 14 de junio, rec. núm. 376/2012. La Sentencia del TSJ de Castilla y León –Valladolid– 1404/2019, de 29 de noviembre, rec. núm. 1126/2018, es muy interesante: incide en la necesidad de demostración de la realidad, pero además aplica la doctrina de los actos propios, dado el comportamiento de aceptación de la Inspección con respecto a otros años, y veta la posibilidad de retrotraer el expediente cuando en manos del Tribunal Económico-Administrativo existen los datos suficientes, una vez aceptado el gasto, para determinar la liquidación).

La casuística que las facturas presentan es muy variada, pero puede merecer una mención una cuestión que cada día viene teniendo mayor importancia, y que merece un cierto cuidado por parte de los sujetos: el concepto o descripción de la operación. La sentencia arroja mucha luz sobre la cuestión. La factura tiene que dar información precisa, tanto para ayudar a determinar la efectiva correlación como para otro tipo de convencimientos.

La acreditación del gasto debe ser individual, y además debe referirse a operaciones concretas; no es alegable un conjunto de gastos que sin más se atribuyen a un conjunto más o menos difuso de ingresos, y para esto la descripción del concepto en las facturas es muy importante (Sentencias del TSJ de Galicia 584/2015, de 21 de diciembre, rec. núm. 15086/2015, y 96/2016, de 9 de marzo, rec. núm. 15314/2015; o la Sentencia del TSJ de Madrid 1224/2016, de 28 de noviembre, rec. núm. 294/2015). Además, el concepto debe facilitar información sobre los trabajos concretos, con el detalle de la localización, las unidades de medida, los bienes o servicios y su calidad o las fechas, porque solo así se puede arrojar una idea sobre la adecuación de la prestación y de su importe (entre otras muchas, las Sentencias del TSJ de Castilla y León –Burgos– 508/2011, de 1 de diciembre, rec. núm. 321/2010; del TSJ de Andalucía –Granada– 711/2015, de 20 de abril, rec. núm. 1102/2009, y 1110/2015, de 8 de junio, rec. núm. 1581/2009; la del TSJ de Andalucía –Granada– 2168/2015, de 23 de noviembre rec. núm. 2041/2009, o la del TSJ de Castilla y León –Valladolid– 632/2017, de 22 de mayo, rec. núm. 571/2016). Y la factura, para terminar, no es sino un documento más que tiene que venir acompañado de otras pruebas coherentes que lo avalen (Sentencia del TS de 11 de marzo de 2013, rec. núm. 3858/2010, o Sentencia del TSJ de la Región de Murcia 679/2016, de 22 de julio, rec. núm. 248/2013). Pruebas, no argumentaciones más o menos creíbles.

Vista la sentencia, y a pesar de que la decisión se basa en una pluralidad de indicios, no parece que aplique siempre el método de conclusión que consiste en valorar los indicios; la llamada prueba de indicios se produce cuando existen datos que contradicen una apariencia. Y eso sucede en este caso en ocasiones, pero en otras lo que hay es, pura y simplemente, inexistencia de una actividad probatoria válida, o como la propia sentencia dice, la apariencia efectiva de inexistencia de razones para imputar los gastos (indicios en contra). En muchos casos, por lo tanto, no se llega al nivel de tener que utilizar razonamientos indiciarios, porque existe falta de prueba sobre los extremos alegados.

3.3. Una última consideración

Si la constatación de hechos sin una fundamentación jurídica no da lugar a la constitución de una facultad administrativa, la explicación exhaustiva mediante cuadros no da lugar a la constitución de un derecho. Es cierto que la coherencia, la racionalidad y las explicaciones correspondientes tienen un gran valor para reforzar y explicar una prueba, pero no pueden sustituirla cuando no existe.

Referencias bibliográficas

- Navarro Egea, M. (1998). Algunas consideraciones respecto a la motivación de las actas de la Inspección. *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Año n.º 14, n.º 2.
- Sánchez Pedroche, J. A. (1995). El deber de motivación en los procedimientos administrativos en materia tributaria. *Quincena fiscal*, 4.
- Thury Cornejo, V. (1999). Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación: apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 3.

Bibliografía

- Pérez Nieto, R. (2011). La carga de la prueba en los procedimientos y procesos tributarios. *Tribuna fiscal, Revista tributaria y financiera*, 252.
- Rodríguez-Bereijo León, M. (2007). *La prueba en Derecho tributario*. Thomson-Aranzadi.

El despido improcedente de empleados próximos a la jubilación: calificación y sanción

Análisis de la [SAN de 19 de febrero de 2020, rec. núm. 485/2017](#)

Carmen Banacloche Palao

*Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario.
URJC*

Extracto

El objeto de este comentario es analizar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2020, en la que el mencionado tribunal aborda tres asuntos importantes: si quedan incluidas dentro de la exención por rendimientos del trabajo realizados en el extranjero del artículo 7 p) de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas (LIRPF) las contraprestaciones recibidas por consejeros por servicios realizados fuera de territorio español; si es aplicable la exención prevista para indemnizaciones por despido improcedente (art. 7 e) LIRPF) a trabajadores próximos a la edad de jubilación cuando existen indicios razonables de que en realidad se trata de rescisión de mutuo acuerdo de la relación laboral; y, por último, si es procedente la sanción ante la falta de ingreso de las deudas tributarias derivadas de la anterior situación.

Siendo tres materias controvertidas y de gran enjundia, por evidentes razones de limitación del espacio de esta sección, vamos a centrar nuestro análisis en las dos últimas.

1. Supuesto de hecho

La Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 19 de febrero de 2020 (rec. núm. 485/2017 –NFJ077476–) estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el contribuyente contra la Resolución de 5 de octubre de 2017, dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC). El fallo estima la pretensión relativa a la exención de los rendimientos del trabajo percibidos por miembros del Consejo de Administración, por trabajos realizados en el extranjero, si bien sobre este extremo la magistrada doña Carmen Álvarez Theurer manifiesta su voto discrepante con la sentencia y considera que no es admisible la exención en el supuesto de hecho enjuiciado.

En cuanto a la indemnización por despido de los trabajadores sexagenarios, la AN confirma la liquidación administrativa pues no reconoce la aplicación de la exención prevista en el artículo 7 e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) y, por último, con referencia a la sanción, la sentencia anula el acuerdo sancionador dictado por la Administración tributaria.

El caso trata de una entidad mercantil que es objeto de regularización tributaria por los conceptos de Retenciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) Rendimientos del Trabajo/Profesional, de los periodos abril 2008 a diciembre 2010, por parte de la Dependencia Central de Grandes Contribuyentes. Como ya hemos apuntado, la discrepancia entre la Administración tributaria y el contribuyente tenía por objeto dos puntos distintos:

- En primer lugar, la sociedad consideró exentos a efectos del IRPF los rendimientos del trabajo satisfechos a dos de sus consejeros por servicios prestados en el extranjero, a tenor de lo establecido en el artículo 7 p) de la LIRPF. Frente a esta interpretación, la Administración tributaria entiende que no concurren los requisitos de dependencia y ajenidad que caracterizan las relaciones laborales por cuenta ajena y que, por tanto, la exención es improcedente. La sentencia objeto de análisis, sin embargo, considera que la exención es aplicable y que la Inspección, al

no permitirla, estaría imponiendo una limitación de los rendimientos del trabajo que pueden beneficiarse de la exención que la norma no prevé, interpretando que la única circunstancia de ser los perceptores de los rendimientos miembros del Consejo de Administración de la entidad no es suficiente para negar la aplicación de la exención, si se cumplen los demás requisitos establecidos en la norma.

- El segundo punto de fricción hace referencia a la exención de las indemnizaciones por lo que la empresa y los trabajadores consideraron despido improcedente, según se hizo constar en las actas del CMAC (Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación¹). Sin embargo, la Administración tributaria expone una serie de indicios que ponen de manifiesto que, si bien las partes lo califican en el ámbito laboral como despidos improcedentes, en realidad se trata de ceses por convenio o pacto entre empresario y trabajador, supuesto para el que no está prevista la exención legal (art. 7 e) LIRPF).

Los indicios apreciados por la Inspección son los siguientes:

- Los seis trabajadores despedidos tenían una edad muy próxima a la jubilación: concretamente, estaban comprendidos entre los 60 y los 63 años.
- Los trabajadores aceptaban indemnizaciones muy inferiores a las que les corresponderían de acuerdo con la normativa laboral.
- Los gastos derivados del despido eran para la empresa significativamente menores que si los empleados hubieran seguido trabajando hasta los 65 años.
- No se aportaron las cartas de despido, salvo en un caso.
- El obligado tributario (la empresa) reconoce que no puede acreditar los motivos del despido, pero no opta en ningún caso por la readmisión de los trabajadores, sino por el pago de la indemnización.
- Existen cartas internas previas a los actos de conciliación en los que consta la cantidad exacta a pagar a los trabajadores despedidos.

2. Doctrina del tribunal

La argumentación de la AN se basa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) en un supuesto similar (Sentencia del TS de 22 de marzo de 2012, rec. núm. 2975/2008 –NFJ047121–) y en numerosos pronunciamientos anteriores de la misma AN, que conforman una sólida doctrina al respecto (Sentencias de la AN de 17 de febrero de 2005, 17 de abril de 2008, 2 de julio

¹ Este órgano también es conocido como SMAC (Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación).

de 2008, 30 de septiembre de 2009, 22 de diciembre de 2009, 1 de abril de 2015, 11 de octubre de 2016, 4 de octubre de 2017, 7 de marzo de 2018, 6 de febrero de 2019 y 3 de julio de 2019).

El razonamiento jurídico parte de la base de que los hechos imponderables deben calificarse de acuerdo con su verdadera naturaleza jurídica, con independencia de cómo lo hayan hecho las partes. Así lo ha corroborado el TS en Sentencia de 22 de marzo de 2012 (rec. núm. 2975/2008 –NFJ047121–). Para aplicar la exención que prevé el artículo 7 e) de la LIRPF ha de tratarse de un verdadero despido (improcedente o por causas objetivas), y el único indicio para considerarlo así en este caso es la calificación que del mismo hacen las partes en el acta de conciliación.

Sin embargo, resulta evidente que el despido calificado como improcedente por las partes debiera conllevar el pago de unas indemnizaciones a cada uno de los seis trabajadores que, en este caso, no se corresponden con la forma de cálculo prevista en la ley, concretamente, en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (ET), que entonces era de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades (art. 56.1 a) del derogado Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que regulaba el antiguo ET). De acuerdo con esta fórmula, cuantos más años de trabajo lleve el empleado en la empresa, mayor es su indemnización por despido improcedente. Pues, muy al contrario, en el caso enjuiciado, los trabajadores, cuantos más años llevaban en la empresa (y, por tanto, más próximos estaban a la edad de jubilación), menos recibían en la indemnización abonada.

Esta circunstancia, unida a los demás indicios apreciados por la Administración tributaria (los trabajadores, pese a la evidente dificultad para encontrar un nuevo trabajo debido a su avanzada edad, mostraban su satisfacción con indemnizaciones inferiores a las que tendrían derecho según el ET en supuestos de despido improcedente, y no interpusieron demanda ante la jurisdicción laboral para reclamar la totalidad de la indemnización; no hay cartas de despido; no se opta por la readmisión; con carácter previo al acto de conciliación ya se conocía la cantidad exacta a pagar a los trabajadores y, por último, los gastos para la empresa derivados de la retribución bruta a los trabajadores y su cotización a la Seguridad Social eran menores con el despido que si hubieran seguido trabajando hasta su jubilación), permiten llegar a la conclusión de que la indemnización tenía por objeto, no ya retribuir la pérdida forzosa del puesto de trabajo, sino primar la extinción de la relación laboral en virtud de un pacto con la empresa, por lo que se trata, en realidad, de una extinción de la relación laboral de mutuo acuerdo, y, en consecuencia, no se dan los presupuestos necesarios para aplicar la exención que contempla en artículo 7 e) de la LIRPF.

En cuanto a la sanción, la AN considera que debe anularse al no quedar suficientemente motivada la culpabilidad. En este sentido, recoge también la doctrina del TS (por todas, Sentencia de 9 de mayo de 2011, rec. núm. 2312/2009 –NFJ078752–) referente a que el principio de presunción de inocencia (art. 24.2 Constitución española) no permite razonar la existencia de culpabilidad por exclusión, es decir, por el mero hecho de que no concurra

ninguna de las causas de exclusión de responsabilidad que regula la Ley General Tributaria (LGT) (antiguo art. 77.4 de la Ley de 1963, y actual art. 179.2 de la Ley 58/2003).

Por otra parte, tampoco puede fundarse la existencia de infracción en la mera referencia al resultado de la regularización practicada por la Administración tributaria, o en constatación de la falta de ingreso de la deuda tributaria, sin motivar específicamente la culpabilidad.

En el caso de autos, el acuerdo sancionador simplemente remite al resultado de la liquidación y alude a la falta de claridad de la norma como única justificación de la culpabilidad del sujeto pasivo, lo que la AN considera motivación insuficiente de concurrencia de dicha culpabilidad, como tampoco lo es la referencia al hecho de que dicho órgano jurisdiccional hubiera confirmado regularizaciones análogas a la enjuiciada.

3. Comentario crítico

El artículo 115 de la LGT, denominado «Potestades y funciones de comprobación e investigación» dispone en su número 2 que:

2. En el desarrollo de las funciones de comprobación e investigación a que se refiere este artículo, la Administración Tributaria podrá calificar los hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios realizados por el obligado tributario con independencia de la previa calificación que este último hubiera dado a los mismos y del ejercicio o periodo en el que la realizó, resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en los artículos 13, 15 y 16 de esta Ley.

La calificación realizada por la Administración Tributaria en los procedimientos de comprobación e investigación en aplicación de lo dispuesto en este apartado extenderá sus efectos respecto de la obligación tributaria objeto de aquellos y, en su caso, respecto de aquellas otras respecto de las que no se hubiese producido la prescripción regulada en el artículo 66.a) de esta Ley.

Por su parte, el artículo 13 del mismo cuerpo legal, bajo la rúbrica «Calificación», establece 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.

Además sus artículos 15 y 16 regulan, respectivamente, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la simulación, como mecanismo de corrección a la falta de correlación entre la realidad y la calificación tributaria de los hechos.

El caso que enjuicia la AN no es poco habitual. Desde la crisis de 2008 y dada la rigidez de nuestro mercado laboral², las empresas que se encuentran en dificultades económicas o que necesitan reestructurar su plantilla buscan llegar a acuerdos con sus trabajadores que resulten satisfactorios para ambas partes.

Hay casos en los que se plantea la baja de los trabajadores más antiguos en la empresa, próximos a la edad de jubilación, ya que los costes para la empresa de mantenerlos en plantilla (retribuciones más cotización a la Seguridad Social) resultan mayores que una indemnización pactada inferior a la legalmente establecida en el ET para los despidos improcedentes (art. 56 ET). Para los trabajadores también puede resultar interesante acceder a esa indemnización, aunque fuera menor que aquella a la que tuvieran derecho, en primer lugar, porque suelen pactarse indemnizaciones de mayor cuantía que las procedentes en caso de que la empresa se viera obligada a recurrir a despidos por causas objetivas (expedientes de regulación de empleo, art. 51 ET) y, en segundo lugar, ya que, teóricamente, son cantidades exentas de tributación en el IRPF (art. 7 e) LIRPF). Además, el despido improcedente da derecho al cobro de la prestación por desempleo durante dos años (en el supuesto máximo), lo que acercaría definitivamente a los trabajadores a la edad de jubilación, en la que ya pasarían a cobrar la correspondiente pensión.

Esta situación, como decimos bastante habitual desde hace unos años, solo encuentra una clara perjudicada: la Hacienda Pública española.

El TEAC y también los tribunales de justicia se muestran partidarios de la interpretación que sobre dichas situaciones efectúa la Administración tributaria, la cual, haciendo uso de la potestad calificador que reproducíamos al inicio de este apartado, entiende que, con independencia de que las partes consideren los despidos como improcedentes, en realidad son supuestos de extinción de la relación laboral de mutuo acuerdo y, en consecuencia, no resulta aplicable la exención del artículo 7 e) de la LIRPF:

e) Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio por el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en la letra c) del

² En el *Índice de libertad económica* que anualmente publica la Fundación Heritage (un tradicional *think tank* de Estados Unidos), en 2020 España aparece en la posición 58 de los 180 países que conforman el *ranking*, por detrás de Irlanda, Reino Unido, Dinamarca, Estonia, Países Bajos, Suecia, Alemania, Rumanía, Polonia, Portugal o Albania, por citar solo algunos países de nuestro entorno europeo.

artículo 52 del citado Estatuto, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.

El importe de la indemnización exenta a que se refiere esta letra tendrá como límite la cantidad de 180.000 euros.

Con carácter previo a analizar desde una perspectiva crítica la sentencia de la AN, es preciso conocer, siquiera someramente, el contexto socio-jurídico en el que se encuadra la situación que da origen al pronunciamiento judicial que comentamos en estas páginas.

En este sentido, hemos de apuntar que el acceso a la jubilación anticipada es posible hasta cuatro años antes de la edad de jubilación ordinaria (o sea, desde los 61 años), siempre que se cumplan una serie de condiciones:

En primer lugar, que se constate que no ha existido voluntariedad por parte del trabajador en el cese de su actividad. Se entiende que no existe dicha voluntariedad en distintos supuestos:

- En caso de despido objetivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ya sea despido individual o colectivo³. En estos supuestos, es preciso, además, demostrar el cobro de la indemnización legalmente establecida, salvo que exista resolución judicial (por ejemplo, un ERE con concurso de acreedores, ex antiguo art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y ex nuevo art. 169 del RDLeg. 1/2020, de 5 de mayo, del texto refundido de la Ley Concursal).
- En caso de extinción de la relación laboral por fuerza mayor (art. 51.7 ET).
- En supuestos de fallecimiento del empresario, o por su jubilación o declaración de incapacidad, o por extinción de la personalidad jurídica de la empresa.
- Por último, cuando tratándose de una trabajadora, sea víctima de violencia de género que le obligue a abandonar su puesto de trabajo⁴.

³ De acuerdo con el criterio de gestión de la Seguridad Social 15/2020, de 3 de junio, se equipara al supuesto de despido que permite el acceso a la jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador, el de cese en el trabajo producido por expediente de regulación de empleo (ERE) extintivo por causas objetivas, que es declarado nulo por sentencia judicial, y en el que la extinción de las relaciones laborales se produce finalmente a instancias de los propios trabajadores (al no llevarse a cabo la readmisión por haber modificado la empresa de modo unilateral los términos de la reincorporación, a los que se había comprometido).

⁴ El despido disciplinario, en cambio, no da acceso a la jubilación anticipada por cese involuntario, como tampoco lo da el despido voluntario con indemnización por causa de modificaciones sustanciales del contrato, aunque estas fueran originadas por causas económicas, técnicas, organizativas y de produc-

En segundo lugar, se requiere como mínimo 33 años de cotización a la Seguridad Social a fin de tener derecho a la jubilación anticipada involuntaria. Los dos últimos años de cotización han de estar incluidos entre los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación.

Cuando el motivo de la jubilación anticipada involuntaria fuera el despido por causas objetivas, la Administración competente exige la presentación de la carta de despido donde ha de constar la causa concreta del mismo, así como la acreditación de la transferencia bancaria que demuestre que se ha recibido la indemnización correspondiente⁵.

En cualquier caso, la jubilación anticipada (ya sea por causas no imputables al trabajador, como hemos explicado, o se trate de retiros voluntarios), no debe confundirse con supuestos de prejubilación. Tanto desde la perspectiva laboral como desde la óptica tributaria, los efectos de una y otra situación son muy diferentes.

Empezando por la jubilación anticipada, esta supone acceder a una situación laboral pasiva antes de la edad legalmente establecida para ello (65 años en la actualidad y 67 años a partir de 2025). La pensión por jubilación (aunque esta sea anticipada) es en todo caso un rendimiento del trabajo (art. 17.2 a) LIRPF), que forma parte de la base imponible general. Cuando durante el mismo ejercicio fiscal el contribuyente pasa de estar en situación activa (trabajando por cuenta ajena, bien para una empresa o bien para el sector público) a una situación pasiva de pensionista, se considera que ha tenido dos pagadores a efectos de lo dispuesto en el artículo 96 de la LIRPF⁶.

En cambio, la Seguridad Social no considera la prejubilación como una modalidad de retiro, sino que es fruto de un acuerdo particular entre el trabajador y la empresa, en virtud del cual aquel recibirá una cantidad de esta hasta que se produzca el momento en que sea posible la jubilación legal.

En la mayor parte de los casos, en las prejubilaciones el extrabajador obtiene los siguientes ingresos: la empresa le sigue abonando un porcentaje de su sueldo, además, percibe una indemnización por cese laboral y, por último, la prestación por desempleo. Todos estos

ción. El despido improcedente, aunque es una baja involuntaria, de acuerdo con la ley vigente no permite tampoco la jubilación anticipada (sí lo permitía la ley anterior, vigente hasta 2019 y para ceses anteriores a abril de 2013).

⁵ En este sentido, el Instituto Nacional de la Seguridad Social no ha admitido los compromisos de la empresa para un abono futuro de la indemnización, ni su pago aplazado o fraccionado, aunque estuviera aceptado por el trabajador o por acuerdo colectivo, en supuestos de ERE. También se han rechazado las letras de cambio, pagarés o cheques, aunque se han admitido certificados bancarios de abono de títulos ejecutivos mercantiles (cfr. <<https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/como-se-debe-acreditar-el-despido-en-la-jubilacion-anticipada-involuntaria-BBVA>>, Blázquez Agudo).

⁶ O más de dos pagadores, en el caso de que el contribuyente cobre pensiones pertenecientes a distintos regímenes de protección social (por ejemplo, Seguridad Social y Mutualidad profesional).

conceptos tributan en el IRPF del trabajador como rendimientos del trabajo (salvo que la indemnización sea considerada renta exenta por cumplir los requisitos del art. 7 e) LIRPF).

Analizando individualmente cada uno de los anteriores conceptos, hemos de decir que la renta mensual que percibe el trabajador prejubilado tributa como rendimiento del trabajo en su IRPF. Como decimos, lo más habitual es que se perciba de forma periódica y recurrente (por ejemplo, una renta mensual fija hasta alcanzar un primer periodo de jubilación –supongamos hasta los 60 años–, y otra posterior, de diferente importe, hasta los 65 años). En estos casos, no es aplicable ninguna reducción (ni la prevista para rendimientos generados a lo largo de más de dos años, ni la establecida para rendimientos irregulares, art. 18.2 LIRPF)⁷, y son rentas sometidas a retención.

En el supuesto, más atípico, de que la jubilación se percibiera en forma de un pago único, sí daría derecho a la reducción del 30 %, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento del IRPF sobre rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, si bien es preciso que los rendimientos se imputen en un único periodo impositivo.

Sobre este particular, la Dirección General de Tributos (DGT) en Consulta V3428/2019, de 13 de diciembre (NFC074630), planteada por un trabajador que expone la posibilidad de extinguir su relación laboral mediante una baja incentivada prevista en el convenio colectivo, responde que se trataría de una rescisión de la relación laboral por mutuo acuerdo, por lo que el trabajador solo tendría derecho a la reducción del 30 % prevista en el artículo 18.2 de la LIRPF en el caso de que los importes percibidos se imputaran en un único periodo impositivo. Además, recuerda la consulta, que la cuantía del rendimiento íntegro sobre la que se puede aplicar la citada reducción no puede superar el importe de 300.000 euros anuales.

Por otro lado, con el fin de evitar una disminución significativa de la pensión futura del trabajador prejubilado, la empresa sigue cotizando por él a la Seguridad Social a través de un convenio especial⁸. La DGT se ha pronunciado recientemente en Consulta V0594/2020, de 16 de marzo (NFC075454), sobre este particular, estableciendo que dichas cotizaciones

⁷ Como ha puesto de manifiesto la doctrina, Hacienda no interpreta que se trate de rendimientos obtenidos de forma fraccionada, ya que no se trata de una indemnización global pactada que se paga en distintos plazos, sino de rendimientos generados de forma periódica y recurrente (renta mensual), lo que excluye su consideración como rendimiento irregular. Tampoco se entiende que se trate de rendimientos con un periodo de generación superior a dos años, «porque lo que provoca el devengo de los rendimientos no es la prestación de servicios (el trabajo, por ejemplo), sino el cese de la actividad laboral» (<<https://www.bolsamania.com/declaracion-impuestos-renta/como-tributa-la-jubilacion-anticipada>>).

⁸ El convenio especial está regulado en el artículo 51 del ET, en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (BOE de 18 de octubre) y, finalmente, en la disposición adicional decimotercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE de 31 de octubre).

tienen la consideración, en todo caso, de gasto deducible (art. 19.2 a) LIRPF). Ahora bien, si las pagara la empresa, siendo obligación del trabajador hacerlo⁹, la Consulta V0445/2020, de 26 de febrero (NFC075187), de la DGT, dispone que, pese a ser gasto deducible, tributarán como retribución en especie del trabajo percibida por el trabajador (salvo si la empresa entregara al trabajador el importe en metálico para que este haga frente a las cuotas de la Seguridad Social, en cuyo caso se considerarán rentas dinerarias, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 42.1 LIRPF). Además, añade la consulta que estas cantidades se computarán en su totalidad, sin que resulte aplicable ni la exención prevista para las indemnizaciones por despido en el artículo 7 e) de la LIRPF ni la reducción sobre los rendimientos íntegros del trabajo, del artículo 18.2 de la LIRPF.

Finalmente, analizando el último de los conceptos que cobra un trabajador prejubilado, llegamos a la indemnización por cese de la relación laboral, *quid* de la cuestión suscitada en la Sentencia de la AN objeto de análisis. Si la indemnización obedeciera realmente a un despido involuntario, bien improcedente o bien por causas objetivas, la LIRPF declara, como hemos visto, la exención de dichas rentas hasta un importe de 180.000 euros. Sin embargo, el mismo precepto aclara que no se considera indemnización por despido o cese de la relación laboral «la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato».

Y lo que estamos viendo en supuestos como el enjuiciado es un verdadero acuerdo entre las partes implicadas, empleador y empleado, para salir ambos favorecidos. Cuando la Inspección califica estos supuestos como resoluciones de mutuo acuerdo de la relación laboral, no lo hace de forma arbitraria e inmotivada, sino basándose en la prueba de indicios; unos indicios tan sólidos que son corroborados por los tribunales de justicia.

Es cierto que algunos sectores doctrinales han alzado la voz alertando de la falta de seguridad jurídica que pudiera conllevar un ejercicio indiscriminado por parte de la Administración tributaria de la potestad de «recalificación» que le confiere el artículo 115.2 de la LGT, pero precisamente son los tribunales los encargados de calibrar el correcto empleo de este recurso y, en el presente caso, ratifican el proceder administrativo.

Hay otros ejemplos de encubrimientos o simulaciones en el ámbito de la extinción de las relaciones laborales. Podemos comentar a este respecto, el «Premio a la Dedicación» que contemplaba el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de más de 20 años de antigüedad de cierta caja rural. Esta pasó a formar parte de un grupo financiero y firmó un acuerdo de despido colectivo en el que se pactaba una serie de prejubilaciones. Entre las condiciones acordadas figuraba el pago anual, durante la situación de prejubilación, de una cantidad en concepto de indemnización que, sumada a la prestación por desempleo, alcan-

⁹ De acuerdo con la normativa citada, las cotizaciones serán a cargo de la empresa hasta que el trabajador cumpla 63 años, salvo en expedientes de despido colectivo por causas económicas, en los que dicha obligación dura hasta que el trabajador cumple 61 años.

zara el 80 % de la retribución fija bruta, así como el abono del citado «Premio a la Dedicación», consistente en que:

[...] a los trabajadores/as con más de 20 años de antigüedad a su fecha de prejubilación, se les harán las aportaciones necesarias una vez integrados los compromisos por pensiones en un mismo Plan de Empleo, para alcanzar el 100 por cien del Premio a la Dedicación en el momento de acceder a dicha contingencia a los 64 años (Punto Octavo del Acuerdo de Despido Colectivo de 21 de enero de 2013).

La Consulta de la DGT V1659/2017, de 27 de junio (NFC065537), analiza el denominado «Premio a la Dedicación» y llega a la conclusión de que la cantidad a percibir en dicho concepto no está exenta en el IRPF, pues no se trata de una indemnización sino de un compromiso por pensiones, que tributa como rendimiento del trabajo según dispone el artículo 17.2.a).5.^a de la LIRPF. A dicho concepto no le resulta aplicable la reducción del 30 %, que queda excluida expresamente, a tenor del artículo 18.2 de la LIRPF, respecto a los rendimientos regulados en el artículo 17.2 a) de la LIRPF (por su parte, el art. 18.3 LIRPF solo permite la reducción respecto de los rendimientos del trabajo regulados en el art. 17.2.a).1.^a y 2.^a, cuando se perciben en forma de capital y siempre que hayan transcurrido más de dos años desde la primera aportación).

La regularización tributaria en estos casos es indiscutible a la luz del artículo 115.2 de la LGT. La discusión pudiera estribar en si se trata de supuestos de simulación, con lo que dicha calificación implica respecto a la existencia de mala fe en el contribuyente, o si se trata más bien de una discrepancia interpretativa entre el contribuyente y la Administración tributaria, en la medida en que ambas posturas estén basadas en argumentos jurídicos sostenibles.

En el caso de la Sentencia de la AN de 19 de febrero de 2020, cada uno de los indicios esgrimidos por la Administración tributaria es rebatido por el contribuyente:

- En relación con la edad de los trabajadores despedidos, se arguye que se trata solo de 6 trabajadores próximos a la edad de jubilación frente a los 92 trabajadores despedidos en total.
- Respecto de la cuantía de las indemnizaciones (inferiores a las legalmente establecidas para despidos improcedentes), se argumenta que desde un punto de vista racional es comprensible que fueran aceptadas por los trabajadores despedidos, ya que supone unos ingresos «extra» frente a la alternativa de seguir trabajando en la empresa hasta la edad de su jubilación legal, en cuyo caso no tendrían acceso a indemnización alguna.
- Igual razonamiento puede defenderse en lo referente a los costes para la empresa (indemnización por despido vs. costes laborales de los trabajadores en activo): es lógico que el empleador prefiera la opción que suponga menor esfuerzo economi-

co en un momento de crisis por reestructuración. Esta circunstancia demostraría, además, que los despidos son improcedentes.

- En cuanto a la cuantía de la indemnización, prefijada de forma exacta antes del acto de conciliación, se aduce que se trata de un escrito interno de la empresa, no suscrito por el trabajador y, por tanto, que no implica acuerdo alguno; se trataría de una simple propuesta de indemnización, que finalmente fue aceptada por los trabajadores despedidos en el acto de conciliación en el SMAC.

Es obvio que se trata de un problema interpretativo. Los tribunales están considerando que tiene más peso el argumentario jurídico de la Administración tributaria: si nada como un pato, anda como un pato y vuela como un pato, lo más probable es que sea un pato. Sin embargo, es tan sutil la línea que separa ambas calificaciones (resolución de la relación laboral de mutuo acuerdo, con tributación de las indemnizaciones/despido improcedente, con exención de las indemnizaciones) que la AN ha considerado oportuno excluir la sanción impuesta por la Administración tributaria.

La AN se hace eco de la doctrina del TS, enunciada entre otras en Sentencia de 9 de mayo de 2011 (rec. núm. 2312/2009 –NFJ078752–), de acuerdo con la cual, determinadas afirmaciones en torno a la comisión de una infracción son insuficientes para sostener la imposición de la sanción, ni siquiera aunque la norma tributaria resulte clara «ya que esa nitidez en la regulación no es suficiente para la represión».

Por tanto, no puede fijarse la culpabilidad del contribuyente por exclusión, esto es, porque no resulten aplicables ninguna de las causas excluyentes de responsabilidad –entre ellas, la de discrepancia interpretativa razonable, cuya aplicación quedaría eliminada por la claridad de la norma–, que regula el actual artículo 179.2 de la LGT (antiguo art. 77.4 LGT de 1963). Y ello porque, como ha remarcado el TS, «dicho precepto no agota todas las hipótesis posibles de ausencia de culpabilidad».

Tampoco puede fundarse la existencia de una infracción en la simple referencia al resultado de la regularización practicada o en la constatación de la falta de ingreso de la deuda porque «el mero dejar de ingresar no constituía en la LGT de 1963 –ni constituye ahora– infracción tributaria y porque no es posible sancionar por la mera referencia al resultado, sin motivar específicamente de dónde se colige la existencia de culpabilidad».

En resumen, la falta de motivación suficiente de la culpabilidad del contribuyente es causa de anulación de la sanción, ya que se trata de un elemento subjetivo del tipo (art. 183 LGT) y no demostrarlo e imponer una sanción significaría aplicar un régimen de responsabilidad objetiva prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, el cual tiene como uno de sus pilares básicos la presunción de buena fe del contribuyente en sus actuaciones, garantizada por el Tribunal Constitucional (Sentencia 76/1990, de 26 de abril –NFJ000802–, entre otras).

Ni siquiera en casos calificados de simulación se ha estimado siempre la existencia de una conducta infractora que deba ser sancionada. En el Auto del TS de 21 de febrero de

2020 (rec. núm. 5596/2019 –NFJ076671–) se hace hincapié en la falta de delimitación clara y precisa entre supuestos de conflicto en la aplicación de la norma (no sancionables, ex art. 15 LGT) y casos de simulación (sancionables, art. 16.3 LGT). La clave está en que quede suficientemente probada la culpabilidad del sujeto¹⁰.

Referencias bibliográficas

Blázquez Agudo, Eva María. <<https://www.jubilaciondefuturo.es/es/blog/como-se-debe-acreditar-el-despido-en-la-jubilacion-anticipada-involuntaria-BBVA>>.

Herrera Molina, Pedro Manuel y Tandazo Rodríguez, Ada. (2020). La exención de los trabajos realizados en el extranjero por

miembros de consejos de administración y la posibilidad de no imponer sanciones en supuestos de simulación. (A propósito del ATS de 21 de febrero de 2020, rec. núm. 5596/2019). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 447, pp. 5-36.

Bibliografía

AA. VV. (2020). *Introducción al Sistema Tributario Español*. (8.ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.

¹⁰ Sobre la imposición de sanciones en casos de simulación, puede consultarse Herrera Molina y Tandazo Rodríguez (2020). En este estudio se analiza, entre otros, un supuesto concreto en el que el Tribunal Supremo anuló la sanción pese a que la Inspección había considerado la existencia de simulación, precisamente porque el Alto Tribunal entendió que el cauce adecuado en el caso particular hubiera sido el de conflicto en la aplicación de la norma, ya que no había quedado demostrada la existencia de engaño inherente a la simulación (Sentencia del TS de 16 de diciembre de 2014, rec. núm. 3611/2013 –NFJ057176–).



Las provisiones legales de la banca europea: transparencia, discrecionalidad y buen gobierno

Felix J. López-Iturriaga

*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Valladolid*

Jorge Gallud Cano

*Doctorando en Economía de la Empresa.
Universidad de Valladolid*

Óscar López de Foronda Pérez

*Profesor titular de Economía y Contabilidad.
Universidad de Burgos*

Este trabajo ha obtenido un accésit del **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

El objetivo del presente trabajo es analizar la política de dotación de provisiones legales de la banca europea durante el periodo 2008-2017. Dichas provisiones constituyen una herramienta para mejorar la transparencia de la empresa, pero pueden obedecer también a motivaciones discrecionales. Utilizando una muestra de 92 bancos sistémicos de 18 países supervisados por el Mecanismo Único de Supervisión del Banco Central Europeo, nuestra investigación propone tres resultados principales. En primer lugar, encontramos una relación negativa entre la discrecionalidad directiva y las provisiones legales, lo que sugiere una renuencia por parte de los directivos al reconocimiento del riesgo. Un segundo resultado es el efecto moderador de la independencia del consejo de administración, que se erige en instrumento que favorece la dotación de las correspondientes provisiones legales cuando la discrecionalidad directiva así lo aconseja. En tercer lugar, nuestros resultados avalan la eficacia de un entorno institucional adecuado (en términos de calidad legal y protección de los inversores), que constituye una condición necesaria para que el consejo de administración desarrolle su tarea.

Palabras clave: provisiones legales; bancos; transparencia; gobierno corporativo.

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

Cómo citar: López-Iturriaga, F. J., Gallud Cano, J. y López de Foronda Pérez, Ó. (2020). Las provisiones legales de la banca europea: transparencia, discrecionalidad y buen gobierno. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 157-192.





European banks' legal provisions: disclosure, discretionary behaviour and good corporate governance

Felix J. López-Iturriaga

Jorge Gallud Cano

Óscar López de Foronda Pérez

Abstract

The aim of this paper is to analyse European banks' legal provisions during the period 2008-2017. We consider these provisions as a disclosure tool that can improve the transparency of the company, but may also be driven by self-interest motivations. We use a sample of 92 systemic banks from 18 countries supervised by the Single Supervisory Mechanism of the European Central Bank. Three main results emerge from our research. First, we find a negative relationship between managerial discretionary behaviour and legal provisions, suggesting that managers are reluctant to recognise risk. A second result is the moderating effect of the independence of the board of directors, which becomes an effective instrument for recognising risk through legal provisions. Third, our results support the effectiveness of an appropriate institutional environment (in terms of legal quality and investors protection), which is a necessary condition for the board of directors to carry out its task.

Keywords: legal provisions; banks; disclosure; corporate governance.

Citation: López-Iturriaga, F. J., Gallud Cano, J. y López de Foronda Pérez, Ó. (2020). Las provisiones legales de la banca europea: transparencia, discrecionalidad y buen gobierno. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 157-192.





Sumario

- 1. Introducción
- 2. Marco teórico
- 3. Desarrollo empírico
 - 3.1. Datos
 - 3.2. Variables y método
- 4. Resultados
 - 4.1. Análisis descriptivo
 - 4.2. Análisis explicativo
- 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas
- Anexo. Definición de variables

1. Introducción

Pasados poco más de diez años de la reciente crisis financiera el debate en torno a sus causas e implicaciones sigue aún abierto. Las entidades bancarias se han visto en el centro de algunas críticas y su reputación ha quedado seriamente cuestionada, en parte por el sinfín de demandas al que han tenido que hacer frente. Así lo ha reconocido explícitamente el gobernador del Banco de España, Pablo Fernández de Cos, en distintas intervenciones al afirmar que «las entidades financieras son conscientes de la mala reputación sobre el negocio»¹ y que «la reputación se ha visto muy erosionada durante la crisis, debido a las malas prácticas del sector»².

Sin afán por realizar un análisis exhaustivo de los motivos que condujeron a la crisis financiera, podemos afirmar que los años que la precedieron se caracterizan por la escasa regulación y los bajos tipos de interés, que favorecieron la liquidez global. Esta abundancia monetaria puede haberse traducido en un exceso crediticio o en una errónea gestión del riesgo (Acharya y Naqvi, 2012; Chen *et al.*, 2019). No debe extrañar, por tanto, que los clientes de las entidades bancarias hayan exigido responsabilidad a los directivos por algunas de esas prácticas y que todo ello haya desembocado en litigios judiciales con notable resonancia en los medios de comunicación.

Las provisiones legales permiten cubrir y anticipar los costes de dichos litigios. Una característica de estas provisiones es que las normas aplicables admiten unos amplios márgenes para su dotación, con un bajo nivel de estandarización. Precisamente por este motivo pueden convertirse en una fuente de información relevante sobre el riesgo asumido por las entidades financieras. Algunos casos recientes pueden ser interesantes al respecto.

En 2014 el Banco Espírito Santo tuvo que ser rescatado por el gobierno portugués. Para ello se creó un banco saneado, Novo Banco, abocando al Banco Espírito Santo a la desaparición. En diciembre de 2015, algunos bonos de Novo Banco fueron transferidos al *banco malo*, con la correspondiente pérdida de valor. Las provisiones legales de Novo Banco se triplicaron en este periodo, pasando de 42,7 millones de euros en 2014 a 132,9 millones en

¹ Intervención en la Convención Anual Financiera 2019 organizada por la Asociación de Mercados Financieros el 18 de noviembre de 2019.

² Intervención en la Jornada organizada por IESE y Ernst & Young el 11 de diciembre de 2019.

2015. Como respuesta a ese modo de proceder, en 2016 diversos tenedores internacionales de bonos, como BlackRock o Pimco, tomaron medidas legales contra el Banco de Portugal.

En España, en junio de 2017 la caída del Banco Popular generó una multitud de demandas. Merece la pena resaltar la concentración de poderes en Ángel Ron, que ocupaba simultáneamente los cargos de presidente ejecutivo y presidente del consejo de administración, y la arriesgada estrategia del banco en el mercado hipotecario. Como consecuencia, el Banco Santander, que –como es bien sabido– compró el Banco Popular, tuvo que incrementar la dotación de provisiones legales ante el esperado incremento de demandas. El Banco Popular reconoció, en un hecho relevante comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) el 3 de abril de 2017, la insuficiencia de sus provisiones en los últimos años. Si el banco hubiera dotado esas provisiones de acuerdo con los criterios establecidos, habría incurrido en pérdidas desde 2010 hasta 2015. De hecho, en 2012 así sucedió. De la misma manera que las pérdidas en la cuenta de resultados son una señal evidente para el inversor inexperto, las provisiones legales altas deberían serlo para el inversor experto.

Un último ejemplo es el de Lloyds Bank. Con una simple búsqueda en Google, encontramos algunos riesgos potenciales para el banco: deslices personales del director ejecutivo en 2016 y un ataque informático en 2017. Quizás como consecuencia de ello, en ese periodo las provisiones legales del banco se duplicaron, pasando de 1,339 millones de euros en 2016 a 2,778 millones en 2017.

La pregunta de investigación subyacente a esos casos hace referencia a los criterios que han guiado a la banca europea al dotar las provisiones legales. En principio, cabe pensar que dichas provisiones han obedecido a un intento por transmitir al mercado y a los inversores información relevante sobre los eventuales riesgos a que podría enfrentarse el banco. Sin embargo, dada la concepción de las empresas como un conjunto de contratos entre partícipes con objetivos no totalmente coincidentes, cabe la posibilidad de que dichas provisiones hayan obedecido también a motivos más discrecionales. Por lo tanto, como primer objetivo de esta investigación, nos planteamos el análisis de la relación existente entre la discrecionalidad directiva y la creación de las provisiones legales. Asimismo, la motivación de los directivos para transmitir información sobre el riesgo de las entidades que gestionan depende no solamente de dicho riesgo sino que también puede verse influida por mecanismos de control y gobierno corporativo, tanto internos como externos. En consecuencia, como segundo objetivo analizamos el papel moderador del consejo de administración y del entorno institucional en que opera cada banco en la mencionada relación entre discrecionalidad directiva y provisiones legales.

Abordamos esas preguntas con una muestra de 92 bancos de 18 países europeos durante el periodo comprendido entre 2008 y 2017. El análisis de esa muestra nos proporciona tres tipos de resultados. En primer lugar, encontramos una relación negativa entre la discrecionalidad directiva y la dotación de provisiones legales. Esto supone que una mayor capacidad de actuación discrecional por parte de los directivos de las entidades lleva a

atenuar el reconocimiento de los riesgos mediante la dotación de menos provisiones legales. En segundo lugar, observamos que un mejor gobierno corporativo (medido a través de la independencia del consejo de administración) revierte esa relación y facilita el reconocimiento del riesgo a través de las provisiones legales. Por último, un entorno institucional que ofrezca más garantías opera de un modo similar, complementando la influencia del consejo y facilitando el reconocimiento de los riesgos en que incurren los bancos.

A la luz de esos resultados se puede afirmar que nuestra investigación realiza dos tipos de contribuciones, de utilidad tanto para inversores como para reguladores y profesionales del sector financiero o de la contabilidad. Por un lado, se ofrece un estudio pionero con un análisis cuantitativo de las provisiones legales de los bancos. No se trata de una contribución menor, pues el formato con que aparecen estas provisiones es muy diverso y, aunque deben estar recogidas en los estados financieros, su recopilación y armonización es una tarea laboriosa que, hasta la fecha, no se ha realizado en el ámbito internacional. La compilación y homogeneización en una única base de datos de información tan dispersa y variada permite analizar la evolución temporal de las provisiones legales y contrastar posibles diferencias internacionales o entre distintos grupos de países. Una segunda contribución es el hecho de que documentamos cómo estas provisiones, inicialmente previstas para mejorar la información disponible sobre las entidades financieras, son susceptibles de utilización interesada. En esa situación, nuestro trabajo evidencia la eficacia del gobierno corporativo y del entorno institucional como mecanismos de control internos y externos, respectivamente, que mejoran el contenido informativo de las provisiones legales y, por ende, refuerzan la fiabilidad de los estados financieros.

El resto del artículo está estructurado de la siguiente manera. En el epígrafe 2 se revisan las aportaciones de la literatura anterior, recogemos sus argumentos teóricos y planteamos las hipótesis que se derivan de dicha revisión. En el epígrafe 3 se detalla el método de análisis empírico. El epígrafe 4 recoge los resultados, estructurados en un análisis descriptivo y otro de corte explicativo. Por último, el epígrafe 5 incluye las conclusiones, las implicaciones más importantes y las limitaciones del trabajo, así como un apunte de algunas líneas para la futura investigación.

2. Marco teórico

Las normas internacionales de información financiera (1998) definen las provisiones como «un pasivo sobre el que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento» y establecen que:

[...] debe reconocerse una provisión cuando se den las siguientes condiciones: (a) la entidad tiene una obligación presente (ya sea legal o implícita) como resultado de un suceso pasado; (b) es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos que incorporen beneficios económicos para cancelar tal obligación; y (c) puede hacerse una estimación fiable del importe de la obligación.

La norma internacional de contabilidad n.º 37, en su apartado de Valoración, atribuye la responsabilidad de su estimación a la gerencia, reconociendo la relevancia que se debe atribuir a los riesgos. En consecuencia, las provisiones legales, que conllevan una particular falta de claridad, pueden ser consideradas como un reconocimiento de las potenciales obligaciones que tendrá que afrontar un banco.

A la hora de dotar las provisiones legales se podrían distinguir dos principios de actuación: desde una perspectiva corporativa, las provisiones legales responderían a las obligaciones que pueden afectar a los partícipes del banco (empleados, accionistas, impositores, etc.); desde una perspectiva gerencial, estas provisiones estarían relacionadas con la valoración del riesgo realizada por los directivos. Por tanto, la dotación de provisiones legales se puede ver afectada no solo por la estimación de las consecuencias de posibles litigios, sino también por la sobreconfianza de los directivos, sus intereses personales y los incentivos que tengan para reconocer el riesgo adquirido. De esta manera, en el marco teórico planteamos dos niveles de decisión: la política corporativa de transparencia y los mecanismos –internos y externos al banco– que permiten alinear los intereses personales de la gerencia con los de accionistas e inversores en general.

La facilidad crediticia y los bajos tipos de interés de los años previos a la crisis de 2008 derivaron en un entorno con abundante liquidez al alcance de las empresas, que se pudo traducir en sobreinversión, entendida esta como un exceso de inversión respecto a los niveles óptimos determinados por la combinación de rentabilidad y riesgo (Schnabl y Hoffmann, 2008; Ying *et al.*, 2013). Aunque el problema de sobreinversión ha sido un mal común, los bancos y las entidades financieras han incurrido especialmente en esta situación (Kirkpatrick, 2009; Acharya y Naqvi, 2012; Akbar *et al.*, 2017; Chen *et al.*, 2019). La sobreinversión pudo generar un exceso de riesgo por la ausencia de referencias a la rentabilidad de dichas inversiones, que debería haber tenido su reflejo en los estados financieros. Dado que las provisiones legales significan un reconocimiento de posibles obligaciones derivadas de decisiones arriesgadas previas, las provisiones deberían –en función de su probabilidad e impacto– reflejar la situación resultante de un exceso de riesgo.

Por su propia naturaleza, es previsible que su dotación sea más abundante en situaciones de elevada discrecionalidad que favorecen decisiones arriesgadas. Sin embargo, el reconocimiento de riesgo a través de las provisiones legales puede verse condicionado por los intereses personales de los directivos. De hecho, la literatura muestra que los rasgos personales de los directivos y sus incentivos moderan el riesgo asumido por los bancos (Guo *et al.*, 2015; Palvia *et al.*, 2015). La dirección puede ser reacia a admitir un exceso de riesgo, de modo que esa relación entre discrecionalidad y provisiones legales, previsiblemente positiva, puede resultar difuminada por los intereses personales de los directivos.

De forma resumida, hay argumentos para afirmar que la dotación de las provisiones legales estaría dominada por dos fuerzas. Por un lado, la política de transparencia del banco, encaminada a facilitar información relevante al mercado, llevaría a una relación positiva entre

discrecionalidad y provisiones legales. Por otro, la sobreconfianza de los directivos o sus intereses personales por evitar el afloramiento del exceso de riesgo o de inversión motivarían una relación negativa. Por consiguiente, establecemos nuestra primera hipótesis de forma dual ante la posibilidad de ambas explicaciones:

H1a. *Existe una relación positiva entre la discrecionalidad directiva y las provisiones legales de los bancos.*

H1b. *Existe una relación negativa entre la discrecionalidad directiva y las provisiones legales de los bancos.*

Ante la eventualidad de divergencia de intereses entre los distintos partícipes de la empresa, la respuesta del mundo académico y de los reguladores ha incidido en el gobierno corporativo, entendido como un conjunto de relaciones entre la dirección de la empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otros partícipes a través de las cuales se fijan los objetivos de la sociedad, se determina la forma de alcanzarlos y se supervisa su consecución³. Los mecanismos de gobierno corporativo tratan de limar los conflictos de intereses entre los partícipes de la empresa reduciendo el comportamiento discrecional de sus directivos.

Como indica la anterior definición, el gobierno corporativo incluye una serie de mecanismos, tanto internos a la empresa como externos a ella. Entre los primeros, el consejo de administración desempeña un papel de primer orden. No en vano, ya en 1998 el denominado Código Olivencia, primer código de buenas prácticas corporativas publicado en nuestro país, indicaba que «las medidas de buen gobierno de las sociedades han de centrarse, como núcleo fundamental, en los Consejos de Administración, en su funcionamiento y en las conductas de sus miembros». Aunque al consejo se le encomiendan tres misiones principales como son las de supervisión de la dirección, la gestión de recursos críticos y la guía estratégica de la empresa (Adams *et al.*, 2010), la literatura ha identificado la función de supervisión como cometido más destacado, siendo especialmente importante en el caso de las decisiones contables que analizamos en este trabajo (Huse *et al.*, 2011).

A este respecto, son varias las características del consejo que pueden influir en su funcionamiento como el tamaño, su independencia, la estructura de comisiones, la figura de su presidente, etc. La investigación sobre todas ellas es abundante y no siempre ha llegado a resultados concluyentes (Adams, 2017; Uhde *et al.*, 2017). En el sector financiero, los consejos de administración tienen características particulares, entre las que destaca una mayor independencia. Este rasgo es considerado uno de las más eficaces para una adecuada supervisión (Lei y Deng, 2014; Akbar *et al.*, 2017) y su reforzamiento ha sido una inquietud presente en los códigos de buen gobierno más recientes (CNMV, 2006, 2013, 2015). De hecho, como muestran varios estudios, las organizaciones con más consejeros

³ Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, p. 9.

independientes y en las que hay una separación de las figuras de presidente del consejo y director ejecutivo parecen ser más transparentes (Cheng y Courtenay, 2006; Huafang y Jianguo, 2007; Sihombing y Pangaribuan, 2017). Resulta interesante la relación negativa obtenida por Akbar *et al.* (2017) entre la independencia del consejo y el riesgo corporativo de los bancos ingleses. En la misma línea, Erkens *et al.* (2012) destacan la importancia del gobierno corporativo de los bancos en su rendimiento durante la crisis.

A efectos de nuestro tema, las competencias del consejo de administración sobre la política de dotación de provisiones legales se encuentran a caballo entre la función de auditoría y la función de control y gestión de riesgos. El Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas publicado en 2015 parece reconocer el estrecho vínculo entre ambas tareas al establecer que esta última ha de realizarse «bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración»⁴. Por lo que se refiere a la comisión de auditoría, ese mismo texto corrobora la independencia y el conocimiento y experiencia en gestión de riesgos como requisitos que han de cumplir sus miembros⁵.

Por lo tanto, parece probado que la independencia del consejo de administración, si ya de por sí es una característica que determina su funcionamiento, cobra mayor importancia como elemento para controlar la discrecionalidad de los directivos y favorecer la transparencia corporativa a través de las provisiones legales. Los consejeros independientes pueden favorecer esta transparencia constituyendo un refuerzo para alinear los intereses de directivos y otros partícipes. En consecuencia, formulamos la segunda hipótesis de la siguiente manera:

H2. *La independencia del consejo de administración modera positivamente la relación entre discrecionalidad directiva y las provisiones legales de los bancos.*

En un nivel más lejano, las decisiones acerca del riesgo corporativo se ven afectadas por factores institucionales, legales y culturales relativos al entorno en que se desarrolla la actividad del banco (Li *et al.*, 2013). Acharya *et al.* (2011), Levine (1998) y Peni y Vähämaa (2012) han puesto de manifiesto la vinculación entre la protección legal a los inversores de un país y el riesgo corporativo.

Puesto que las provisiones legales son un instrumento de transparencia, proponemos que la eficacia de los mecanismos internos de control (el consejo de administración) está complementada por el entorno institucional. Esta afirmación tiene matices particulares en los bancos, ya que su sensibilidad al entorno es mayor que otras instituciones al estar sometidos a una regulación más exigente (Laeven, 2013). Por ello, se espera que un mejor entorno institucional haga más eficaz la influencia del consejo de administración en la relación entre discrecionalidad y provisiones legales. Así, la tercera hipótesis se formula de la siguiente manera:

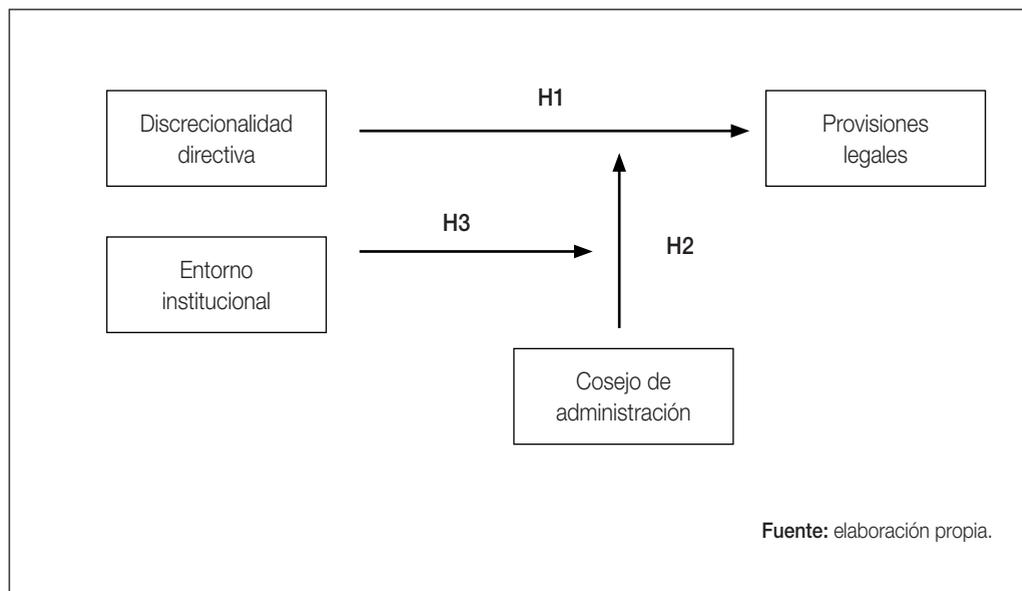
⁴ Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (2015), principio 21.

⁵ Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (2015), principio 20.

H3. *El entorno institucional modera la influencia de la independencia del consejo en la relación entre la discrecionalidad y las provisiones legales de los bancos.*

Las anteriores hipótesis se relacionan entre sí como se refleja en la figura adjunta.

Figura 1. Esquema de hipótesis



3. Desarrollo empírico

3.1. Datos

Para lograr una visión más completa de las provisiones legales hemos trascendido el análisis de un país en particular y estudiamos la totalidad de los bancos sistémicos de la Unión Europea (UE). El Banco Central Europeo ha identificado 118 entidades que, de acuerdo con criterios de tamaño, importancia económica (para el país en cuestión y para el conjunto de la UE), grado de internacionalización de sus actividades y recepción de ayuda financiera pública, quedan sometidos al escrutinio directo del Mecanismo Único de Supervisión. Tras descartar aquellos bancos que no ofrecían información sobre sus provisiones legales, o cuyos datos eran ambiguos, hemos formado una muestra de 92 bancos pertenecientes a 18 países entre los años 2008 y 2017, como se muestra en la tabla 1. Como es patente, se trata de una muestra altamente representativa del panorama financiero europeo. La combinación de series temporales con datos de sección cruzada conforma una muestra final de 920 observaciones.

Los datos de los balances, la estructura del consejo de administración y los precios de mercado se han obtenido de la base de datos Thomson Reuters Eikon. Los datos de provisiones legales son el resultado de un cuidadoso trabajo de recopilación manual a partir de las notas de los estados financieros de cada banco y año. La información relativa al entorno institucional proviene de las bases de datos del Banco Mundial (Kaufmann *et al.*, 2011).

Tabla 1. Distribución de la muestra por países

País	Observaciones	% muestra
Alemania	40	4.35
Austria	40	4.35
Bélgica	10	1.09
Dinamarca	50	5.43
España	80	8.70
Finlandia	10	1.09
Francia	30	3.26
Grecia	50	5.43
Hungría	10	1.09
Irlanda	20	2.17
Italia	170	18.48
Países Bajos	20	2.17
Polonia	100	10.87
Portugal	10	1.09
Reino Unido	110	11.96
República Checa	20	2.17
Suecia	60	6.52
Suiza	90	9.78
Total	920	100

FCF es el *free cash flow*, calculado como el efectivo de las operaciones del año fiscal menos los gastos de capital y los dividendos pagados, dividido por el total de activos. Esta variable mide la discrecionalidad y ha sido empleada en estudios previos (Richardson, 2006; Chen *et al.*, 2016; Ding *et al.*, 2019). Como puntualizó Jensen (1986), los directivos tienen incentivos para sobreinvertir en busca de una mejor reputación, mayor poder y prestigio. La sobreinversión habitualmente se oculta a los mercados externos y se financia con fondos internos. En consecuencia, cuanto mayor sea la tesorería de una empresa, mayores serán las posibilidades de sobreinversión, con los consecuentes costes de agencia.

Para medir la eficacia del consejo de administración, se emplea el porcentaje de consejeros independientes sobre el total del consejo (IND). Estas variables, IND y FCF, se multiplican entre sí para verificar el efecto moderador de la independencia sobre la relación entre FCF y LP. También empleamos la coincidencia de funciones entre el director ejecutivo y el presidente del consejo de administración (CEOCH), otra variable común en la literatura (Cheng y Courtenay, 2006; Huafang y Jianguo, 2007; Singh y Delios, 2017). Se trata de una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando el director ejecutivo preside simultáneamente el consejo o el presidente ha sido director ejecutivo de la empresa.

También incorporamos en nuestro modelo, en forma de variables de control, el efecto de diversos factores cuya omisión podría sesgar los resultados. Las variables de control son las siguientes: ROA mide el rendimiento operativo de la entidad y se calcula como el cociente entre el beneficio bruto (EBITDA) y el activo total. MB es el ratio *market to book* definido como el valor de mercado de la empresa entre su valor contable (Adam y Goyal, 2008). LEV es el apalancamiento (deuda entre activo total). ZSCORE es una medida del riesgo que recoge la probabilidad de quiebra como distancia a la insolvencia; compara la capitalización y la rentabilidad con la volatilidad de la rentabilidad (Boyd *et al.*, 1993; Boyd *et al.*, 2006). TIER1 es el ratio de capital Tier 1, medido como porcentaje del total de activos ponderados por riesgo. Representa los niveles de capital de alta calidad que los bancos y otras entidades financieras tienen obligación de mantener para protegerse de la quiebra.

Junto a las anteriores, introducimos una serie de variables de cada país. En primer lugar, PROTECT recoge la protección a los inversores. Es una medida obtenida del Banco Mundial, basada en Djankov *et al.* (2008), que mide el grado de protección a los inversores minoritarios frente a la expropiación. En segundo lugar, RULELAW refleja la confianza en el Estado de Derecho (la legislación, la calidad de los contratos, los derechos de propiedad, la policía, los legisladores y la probabilidad de violencia y crímenes). En tercer lugar, REGQUA recoge la percepción sobre la capacidad del gobierno del país para formular e implementar políticas acertadas y una normativa que promueva el desarrollo del sector privado. En cuarto lugar, CORRUPTCONTROL indica la percepción del grado en que el poder público se ejerce para intereses privados, así como el control que ejercen las élites sobre el Estado. Estas últimas tres variables se han obtenido a partir de los Indicadores Mundiales de Gobierno (WGI) publicados por el Banco Mundial. Por último, CORRUPTSC refleja la percepción que tienen

empresas y analistas nacionales sobre el grado de corrupción del país, oscilando entre 10 –muy limpio– y 0 –muy corrupto–; se obtiene de *Transparency International*.

Dada la similitud entre las variables regionales, para resumir la información relativa a la calidad legal del entorno y evitar reiteraciones, aplicamos inicialmente un análisis factorial que devuelve dos variables nuevas: F_PROT y F_ENV. La primera se puede identificar con la protección a los inversores, y la segunda representa la calidad legal de cada país, combinando el control de la corrupción, la percepción sobre el Estado de Derecho y la calidad de la regulación. Los resultados del análisis factorial se recogen en la tabla 2. El primer factor explica el 20.17 % de la varianza y el segundo el 74.19 %. La medida de adecuación de Kaiser-Meyer-Olkin (KMO) es 0.829, por encima de 0.5, y el test de esfericidad de Bartlett es significativo al 99.9 %, confirmando la fiabilidad de los resultados (Hair *et al.*, 1998).

Tabla 2. Análisis factorial

	F_PROT	F_ENV
PROTECT	0.9997	-0.0019
RULELAW	0.0640	0.9715
REGQUA	-0.0685	0.9612
CORRUPTCONTROL	0.0042	0.9869
CORRUPTSC	-0.0152	0.9315
Varianza explicada	20.17 %	74.19 %
Valores propios	1.008	3.709
KMO		0.829
Bartlett test (Chi-cuadrado)		5969.86
p-Valor		0.000
Observaciones		920

El modelo de referencia es el siguiente:

$$LP_{i,t} = \beta_0 + \beta_1 \times FCF_{i,t} + \beta_2 \times IND_{i,t} + \beta_3 \times IND \times FCF_{i,t} + \beta_4 \times ROA_{i,t} + \beta_5 \times MB_{i,t} + \beta_6 \times SIZE_{i,t} + \beta_7 \times LEV_{i,t} + \beta_8 \times ZSCORE_{i,t} + \sum_{t=1}^{10} \gamma_t + \epsilon_{i,t}$$

Dicho modelo se aplica a la muestra completa para contrastar las hipótesis H1 y H2 (la relación entre *free cash flow* y provisiones legales, y la función moderadora de la independencia del consejo de administración). Considerando que el papel del consejo puede depender del entorno en el que desarrolle su actividad el banco, dividiremos la muestra en dos grupos, dependiendo de la protección a los inversores o de la calidad legal del país, y contrastaremos el modelo en los distintos grupos. En todos ellos incorporamos los efectos temporales a través de variables dicotómicas para cada año.

4. Resultados

4.1. Análisis descriptivo

La tabla 3 muestra los valores medios, la desviación estándar y los cuartiles (Q25, Q50 y Q75) de las variables principales de la muestra. La media de las provisiones legales se encuentra en torno al 0.117 % del total de activos. Cabe destacar el porcentaje de consejeros independientes (49.76 %), coherente con la afirmación de que las entidades financieras suelen contar con consejos más independientes que las no financieras. Los datos descriptivos son similares a los que se encuentran en estudios previos (Lepetit *et al.*, 2008; Farag y Mallin, 2017).

Tabla 3. Estadísticos descriptivos

	Obs.	Media	Des. Est.	Q25	Q50	Q75
LP	811	1.176	4.780	0.106	0.439	0.919
FCF	851	0.003	0.054	-0.012	0.002	0.022
IND	615	49.761	26.973	28.570	54.550	70.000
ROA	862	0.014	0.036	0.007	0.012	0.019
MB	788	1.243	1.162	0.619	0.976	1.572
SIZE	864	24.845	1.942	23.573	24.664	26.253
LEV	864	0.917	0.078	0.910	0.933	0.950
ZSCORE	549	1.672	2.589	0.514	0.923	1.697



	Obs.	Media	Des. Est.	Q25	Q50	Q75
▶						
TIER1	783	0.139	0.054	0.110	0.130	0.160
F_PROT	920	0.000	1	-0.649	-0.320	0.711
F_ENV	920	0.000	1	-1.022	0.264	0.941
CEOCH	644	0.147	0.35	0	0	0

Nota: Media, desviación estándar y cuartiles (Q25, Q50 y Q75) de las variables. LP es la provisión legal dividida por el total de activos y escalada por 1000. FCF es el *free cash flow* dividido por el total de activos. IND es el porcentaje de consejeros independientes. ROA es la rentabilidad de los activos. MB es el ratio entre la capitalización y el valor contable. SIZE es el logaritmo decimal del total de activos. LEV es el apalancamiento (deuda sobre activos). ZSCORE es la medida de riesgo (definición en el anexo). TIER1 representa el ratio de capital Tier 1 como porcentaje del total de activos ponderados por riesgo. F_PROT es el factor resultante del análisis factorial que recoge información relativa a la protección a los inversores. F_ENV es el factor resultante del análisis factorial que recoge información relativa al estado de derecho, la corrupción y la calidad de la regulación. CEOCH equivale a 1 cuando el director ejecutivo también preside el consejo o el presidente ha sido director ejecutivo de la empresa; 0 en otro caso.

En la matriz de correlaciones de la tabla 4 se observa que los coeficientes de correlación son bajos, por lo que la multicolinealidad no parece ser un problema que afecte a los resultados. Parece oportuno resaltar la relación negativa y significativa entre LP y SIZE, que sugiere que los bancos grandes dotan menos provisiones. Su causa pueden ser las economías de escala y de alcance, ya que las grandes instituciones financieras suelen tener departamentos específicos con abundante experiencia que minimizan los costes legales correspondientes. También resulta reveladora la relación positiva y significativa entre ROA y FCF, coherente con la suposición de que los bancos más rentables generan mayores flujos de caja. Sin embargo, una mayor rentabilidad también puede ser la consecuencia de inversiones más arriesgadas o de mayores comisiones. Si se tratara del resultado de inversiones de elevado riesgo, los bancos con mayores flujos de caja tendrían una valoración más baja en el mercado, lo que sería coherente con la relación negativa y significativa entre MB y FCF.



Tabla 4. Matriz de correlaciones

	LP	FCF	IND	ROA	MB	SIZE	LEV	ZSCORE	TER1	F_PROT	F_ENV
FCF	-0.3340										
IND	0.1084	0.0230									
ROA	0.0366	0.0680	-0.0199								
MB	0.3391	-0.1007	-0.0373	0.3196							
SIZE	-0.2451	0.0459	0.2984	-0.0582	-0.3783						
LEV	-0.3088	0.0387	0.1640	-0.0178	-0.2408	0.4476					
ZSCORE	-0.0271	-0.0435	0.0021	0.1078	0.0903	-0.1312	-0.2466				
	0.5342	0.3095	0.9636	0.0111	0.0382	0.0020	0.0000				

	LP	FCF	IND	ROA	MB	SIZE	LEV	ZSCORE	TER1	F_PROT	F_ENV
▲											
TER1	0.0694	-0.1053	-0.0332	0.0341	0.1993	-0.2978	-0.6011	0.1041			
	0.0584	0.0031	0.4306	0.3404	0.0000	0.0000	0.0000	0.0194			
F_PROT	-0.0590	0.0539	0.0041	-0.0213	-0.1409	-0.0052	0.0819	-0.0780	-0.0040		
	0.0917	0.1149	0.9185	0.5317	0.0001	0.8778	0.0156	0.0664	0.9114		
F_ENV	0.0441	0.0092	0.2367	0.0439	0.0496	0.1024	0.1091	-0.0894	0.1568	-0.0000	
	0.2080	0.7883	0.0000	0.1967	0.1627	0.0025	0.0013	0.0353	0.0000	1.0000	
CEOCH	-0.0421	-0.0183	-0.0174	-0.0790	-0.1576	0.0805	0.1435	-0.0710	-0.2119	0.1134	-0.1148
	0.3066	0.6497	0.6876	0.0484	0.0001	0.0440	0.0003	0.1164	0.0000	0.0040	0.0035

Nota: Coeficientes de correlación entre variables. LP es la provisión legal dividida por el total de activos y escalada por 1000. FCF es el *free cash flow* dividido por el total de activos. IND es el porcentaje de consejeros independientes. ROA es la rentabilidad de los activos. MB es el ratio entre la capitalización y el valor contable. SIZE es el logaritmo decimal del total de activos. LEV es el apalancamiento (deuda sobre activos). ZSCORE es la medida de riesgo (definición en el anexo). TIER1 representa el ratio de capital Tier 1 como porcentaje del total de activos ponderados por riesgo. F_PROT es el factor resultante del análisis factorial que recoge información relativa a la protección a los inversores. F_ENV es el factor resultante del análisis factorial que recoge información relativa al estado de derecho, la corrupción y la calidad de la regulación. CEOCH equivale a 1 cuando el director ejecutivo también preside el consejo o el presidente ha sido director ejecutivo de la empresa; 0 en otro caso.

4.2. Análisis explicativo

En la primera columna de la tabla 5 se ofrecen los resultados del modelo básico de estimación con datos de panel. Aunque no aparece en las tablas para no recargar excesivamente su contenido, se ha calculado el test de Hausman a fin de determinar si la estimación más adecuada es la de efectos fijos (como así es) o de efectos aleatorios (Arellano, 2003). El FCF está negativa y significativamente correlacionado con las provisiones legales, lo que apoya la hipótesis H1b. Dado que un mayor riesgo (medido a través de la liquidez disponible susceptible de conducir a comportamientos de sobreinversión) debería traducirse en mayores provisiones, este resultado pone de manifiesto la renuencia de los directivos para reconocer tales riesgos y sugiere que, a la hora de reflejar a través de las provisiones legales el riesgo asumido, las preferencias directivas pueden predominar frente a la transparencia del banco.

En la segunda columna incorporamos el efecto de la independencia del consejo de administración. Mientras que IND no tiene una influencia significativa, se obtiene un coeficiente positivo y significativo para la variable cruzada IND*FCF, apoyando la hipótesis H2. Por lo tanto, aunque el signo negativo de la discrecionalidad directiva (FCF) muestra que esta reduce el reconocimiento de los riesgos, el signo positivo de la variable IND*FCF indica que la intervención de un consejo más independiente revierte ese efecto. De este resultado se puede concluir la eficacia de los consejeros independientes como mecanismo de control interno, favoreciendo la transparencia y la revelación de información sobre la discrecionalidad –y el correspondiente riesgo– a través de las provisiones legales.

En la columna 3 de esa tabla se incluye la variable de control ZSCORE –un indicador de distancia a la quiebra–. Los resultados obtenidos son coherentes, ya que indican que se dotan mayores provisiones legales cuando el banco está más cerca de la quiebra. El coeficiente negativo de SIZE se puede entender como el efecto de la diversificación y la reputación, ya que los bancos grandes son más proclives a contar con una cartera diversificada (Demsetz y Strahan, 1997; Anderson y Fraser, 2000) y suelen tener mejor reputación (Carnevale y Mazzuca, 2014), de forma que el riesgo que han de cubrir es menor. En la columna 4 se combinan todas las variables para comprobar el efecto conjunto.

Tabla 5. Resultados de la estimación

	(1)	(2)	(3)	(4)
FCF	-1.092***	-4.204***	-1.625***	-4.926***
	(0.402)	(1.238)	(0.551)	(1.641)



	(1)	(2)	(3)	(4)
▶				
IND		0.001 (0.002)		-0.001 (0.002)
IND*FCF		0.037* (0.021)		0.052* (0.028)
ZSCORE			-0.020** (0.009)	-0.021** (0.010)
ROA	1.663 (2.338)	2.586 (2.607)	5.051 (3.415)	4.410 (3.901)
MB	-0.058** (0.027)	-0.033 (0.034)	-0.111*** (0.042)	-0.058 (0.075)
SIZE	-0.270*** (0.100)	-0.268** (0.120)	-0.437*** (0.139)	-0.419** (0.174)
LEV	-0.931 (1.311)	0.530 (1.585)	-0.857 (2.507)	0.622 (3.052)
Observaciones	733	561	497	420
Adjusted R-squared	0.059	0.078	0.110	0.105
F-test	2.834***	2.518***	3.320***	2.310***

Nota: Coeficientes estimados (error estándar) de la estimación por efectos fijos. La variable dependiente es LP, la provisión legal dividida por el total de activos y escalada por 1000. FCF es el *free cash flow* dividido por el total de activos. IND es el porcentaje de consejeros independientes. ROA es la rentabilidad de los activos. MB es el ratio entre la capitalización y el valor contable. SIZE es el logaritmo decimal del total de activos. LEV es el apalancamiento (deuda sobre activos). ZSCORE es la medida de riesgo (definición en el anexo). TIER1 representa el ratio de capital Tier 1 como porcentaje del total de activos ponderados por riesgo.

Para contrastar el efecto del entorno institucional, se incluyen las variables F_PROT y F_ENV, resultantes del análisis factorial de las variables institucionales. En la tabla 6 se muestran los resultados de las estimaciones del modelo, dividiendo la muestra en dos grupos

según las características del entorno: en las columnas 1 y 2 se separa la muestra a partir de la menor o mayor protección a los inversores, a partir de la mediana de la muestra, y en las columnas 3 y 4, se hace lo mismo en contextos de alta y baja calidad legal, respectivamente.

Aunque los resultados de la columna 1 no reflejan una relación significativa entre FCF y LP, de la columna 2 cabe extraer conclusiones interesantes. En este caso, los coeficientes obtenidos, tanto para la relación entre FCF con LP como para la de $IND \cdot FCF$ y LP, son significativos. El coeficiente negativo de FCF es coherente con el resultado anterior que apoya la hipótesis H1b sobre la reticencia de los directivos a la hora de reconocer el riesgo a través de las provisiones legales. El coeficiente positivo de $IND \cdot FCF$ confirma la hipótesis H2, subrayando la influencia positiva de la independencia del consejo de administración. Por lo tanto, mientras que en un contexto de escasa protección a los inversores no se verifican las relaciones propuestas, en países con mayor protección a los inversores el consejo de administración contribuye a mejorar la información contable a través de una dotación a las provisiones más adecuada.

Tabla 6. Resultados de la estimación según el entorno institucional

	Según F_PROT		Según F_ENV	
	Menor protección	Mayor protección	Peor calidad	Mejor calidad
	(1)	(2)	(3)	(4)
FCF	-1.152 (2.677)	-7.961** (3.577)	-2.285 (1.414)	-13.517*** (3.975)
IND	0.001 (0.003)	-0.002 (0.005)	0.001 (0.002)	-0.002 (0.004)
$IND \cdot FCF$	-0.017 (0.048)	0.123** (0.615)	0.010 (0.036)	0.156*** (0.057)
ZSCORE	-0.007 (0.012)	-0.049** (0.021)	0.004 (0.008)	-0.079*** (0.022)
ROA	0.945 (6.532)	0.908 (7.021)	-1.496 (3.249)	15.978* (8.966)



	Según F_PROT		Según F_ENV	
	Menor protección	Mayor protección	Peor calidad	Mejor calidad
	(1)	(2)	(3)	(4)
▶				
MB	-0.073 (0.075)	-0.099 (0.199)	-0.029 (0.075)	-0.084 (0.132)
SIZE	-0.472** (0.204)	-0.527 (0.342)	-0.271 (0.181)	-0.898** (0.361)
LEV	-2.793 (4.491)	3.070 (5.272)	-3.538 (2.449)	11.541 (7.203)
Observaciones	216	199	208	212
Adjusted R-squared	0.122	0.139	0.156	0.226
F-test	1.233	1.282	1.711**	2.744***

Nota: Coeficientes estimados (error estándar) de la estimación por efectos fijos. En los modelos (1) y (2), la muestra está dividida según la mediana de F_PROT (columna 1 para observaciones por debajo y columna 2 para observaciones por encima). En los modelos (3) y (4), la muestra está dividida según la mediana de F_ENV (columna 3 para observaciones por debajo y columna 4 para observaciones por encima). La variable dependiente es LP, la provisión legal dividida por el total de activos y escalada por 1000. FCF es el *free cash flow* dividido por el total de activos. IND es el porcentaje de consejeros independientes. ROA es la rentabilidad de los activos. MB es el ratio entre la capitalización y el valor contable. SIZE es el logaritmo decimal del total de activos. LEV es el apalancamiento (deuda sobre activos). ZSCORE es la medida de riesgo (definición en el anexo). Todas las estimaciones incluyen controles temporales. ***, ** y * indican significación al 99%, 95% y 90% de nivel de confianza, respectivamente.

De manera similar, al dividir la muestra en función de la calidad legal del entorno, obtenemos resultados significativos en la columna 4, para los países de mayor calidad legal. En conjunto, los resultados de la tabla 6 confirman la hipótesis H3: la influencia del consejo de administración en la dotación de provisiones legales en situaciones de discrecionalidad está favorecida por la protección a los inversores y la calidad legal del entorno institucional. Nuestros resultados muestran que la influencia del FCF (tanto directamente como multiplicado por la independencia del consejo) y de ZSCORE solo es significativa en países con altas puntuaciones.

La comparación entre la falta de significación estadística de las columnas 1 y 3 con los significativos coeficientes de las columnas 2 y 4 sugiere que un entorno institucional y legal adecuado parece constituir una condición necesaria para el funcionamiento del consejo de



administración. Se podría afirmar que los bancos europeos precisan del entorno institucional adecuado para que los mecanismos internos de control surtan efecto de cara al reconocimiento del riesgo a través de la debida dotación de provisiones legales. De alguna manera este resultado remite al debate entre el funcionamiento de los mecanismos internos y externos de gobierno corporativo, y permite afirmar que se trata de mecanismos relacionados y que actúan conjuntamente favoreciéndose unos a otros.

Para testar la consistencia de nuestros resultados, hemos realizado una serie de estimaciones similares a las recogidas en la tabla 6 pero, en lugar de utilizar la variable F_ENV, hemos segmentado la muestra en función de cada una de las cuatro variables institucionales que la componen: confianza en el Estado de Derecho, percepción del grado de corrupción pública, percepción de la calidad del gobierno y nivel de corrupción del país. Los resultados se recogen en la tabla 7: RULELAW (columnas 1 y 2), CORRUPTCONTROL (columnas 3 y 4), REGQUA (columnas 5 y 6) y CORRUPTSC (columnas 7 y 8). Como puede verse, las estimaciones son plenamente coherentes con las anteriores por lo que no reiteramos los comentarios sino que simplemente subrayamos la complementariedad del entorno institucional y la independencia del consejo de administración como mecanismos para mejorar la calidad de la información financiera sobre las responsabilidades legales de los bancos.

Tabla 7. Resultados de la estimación según las subvariables institucionales

	Estado de Derecho		Corrupción pública		Calidad del gobierno			Corrupción del país	
	Menor (1)	Mayor (2)	Más (3)	Menos (4)	Peor (5)	Mejor (6)	Más (7)	Menos (8)	
FCF	-2.817** (1.385)	-13.134*** (4.111)	-2.349* (1.390)	-15.156*** (4.187)	-2.432* (1.381)	-14.654*** (4.056)	-3.012** (1.502)	-12.727*** (3.404)	
IND	0.001 (0.002)	-0.002 (0.004)	0.001 (0.002)	-0.002 (0.004)	0.001 (0.002)	-0.002 (0.004)	-0.001 (0.002)	0.000 (0.004)	
IND*FCF	0.022 (0.036)	0.148** (0.058)	0.016 (0.034)	0.176*** (0.060)	0.013 (0.035)	0.169*** (0.058)	0.023 (0.037)	0.149*** (0.051)	
ZSCORE	0.002 (0.008)	-0.081*** (0.021)	0.005 (0.008)	-0.082*** (0.022)	0.004 (0.008)	-0.080*** (0.022)	0.016 (0.011)	-0.066*** (0.018)	
ROA	-1.814 (3.129)	20.223** (9.390)	-1.735 (3.172)	20.769** (9.656)	-1.674 (3.186)	15.374 (9.337)	-2.146 (3.138)	18.079* (9.281)	
MB	-0.072 (0.073)	0.004 (0.134)	-0.031 (0.073)	-0.18 (0.161)	-0.028 (0.074)	-0.057 (0.1349)	0.017 (0.077)	-0.157 (0.145)	





	Estado de Derecho		Corrupción pública		Calidad del gobierno			Corrupción del país	
	Menor (1)	Mayor (2)	Más (3)	Menos (4)	Peor (5)	Mejor (6)	Más (7)	Menos (8)	
▲ SIZE	-0.201 (0.177)	-0.907** (0.360)	-0.298* (0.174)	-0.984** (0.381)	-0.294 (0.178)	-0.944** (0.366)	-0.350* (0.206)	-0.933*** (0.332)	
LEV	-3.531 (2.439)	12.376 (7.562)	-3.370 (2.383)	12.509* (7.521)	-3.673 (2.387)	11.412 (7.260)	-1.384 (2.674)	13.290* (7.323)	
Observaciones	212	208	218	202	210	210	194	226	
Adjusted R-squared	0.143	0.248	0.156	0.245	0.174	0.239	0.188	0.234	
F-test	1.559*	3.000***	1.780**	2.862***	1.961**	2.883***	1.851**	3.010***	

Nota: Coeficientes estimados (error estándar) de la estimación por efectos fijos. En las columnas 1, 3, 5 y 7 las observaciones están por debajo del valor de la mediana de la variable indicada; en las columnas 2, 4, 6 y 8 las observaciones están por encima del valor de la mediana. La variable dependiente es LP; la provisión legal dividida por el total de activos y escalada por 1000. FCF es el free cash flow dividido por el total de activos. IND es el porcentaje de consejeros independientes. ROA es la rentabilidad de los activos. MB es el ratio entre la capitalización y el valor contable. SIZE es el logaritmo decimal del total de activos. LEV es el apalancamiento (deuda sobre activos). ZSCORE es la medida de riesgo (definición en el anexo). Todas las estimaciones incluyen controles temporales. ***, ** y * indican significación al 99%, 95% y 90% de nivel de confianza, respectivamente.

Tabla 8. Resultados de la estimación según la dualidad director ejecutivo-presidente del consejo

	Coinciden		No coinciden	
	(1)	(2)	(3)	(4)
FCF	1.718 (2.341)	4.271 (6.190)	-1.506** (0.617)	-5.567*** (1.842)
IND		0.002 (0.006)		-0.001 (0.002)
IND*FCF		-0.065 (0.124)		0.063** (0.0310)
ZSCORE	-0.015 (0.023)	-0.028 (0.035)	-0.027** (0.012)	-0.032** (0.013)
ROA	12.578** (4.843)	9.837 (6.708)	5.003 (4.533)	5.019 (5.162)
MB	0.017 (0.174)	0.133 (0.265)	-0.098** (0.048)	-0.063 (0.087)
SIZE	-0.996*** (0.341)	-1.015 (0.709)	-0.301* (0.172)	-0.311 (0.214)
LEV	-6.451 (3.960)	-8.559 (5.630)	-2.023 (3.376)	1.087 (4.108)
Observaciones	48	42	392	350
Adjusted R-squared	0.803	0.766	0.093	0.100
F-test	4.899***	2.120	2.127***	1.762**

Nota: Coeficientes estimados (error estándar) de la estimación por efectos fijos. En los modelos (1) y (2), el director ejecutivo también preside el consejo; en los modelos (3) y (4), lo contrario. La variable dependiente es LP, la provisión legal dividida por el total de activos y escalada por 1000. FCF es el *free cash flow* dividido por el total de activos. IND es el porcentaje de consejeros independientes. ROA es la rentabilidad de los activos. MB es el ratio entre la capitalización y el valor contable. SIZE es el logaritmo decimal del total de activos. LEV es el apalancamiento (deuda sobre activos). ZSCORE es la medida de riesgo (definición en el anexo). Todas las estimaciones incluyen controles temporales. ***, ** y * indican significación al 99%, 95% y 90% de nivel de confianza, respectivamente.

En la tabla 8 se realiza una comprobación similar utilizando la coincidencia de funciones del director ejecutivo y del presidente del consejo de administración. Mientras que las columnas 1 y 2 recogen las estimaciones para los bancos en los cuales el consejo de administración es presidido por el actual o por un anterior director ejecutivo, las columnas 3 y 4 corresponden a los bancos en los que existe separación de funciones. Una vez más, hemos obtenido resultados disímiles en cada contexto: la dotación a las provisiones legales solo obedece a criterios de riesgo e independencia del consejo en las dos columnas de la derecha, es decir, cuando ambas funciones de dirección y gobierno recaen en personas distintas. Por tanto, un presidente que no sea simultáneamente el máximo directivo de la empresa puede reforzar la función supervisora del consejo de administración, facilitando la adecuada dotación de provisiones legales.

Tras la presentación de los resultados básicos abordamos ahora un análisis de su consistencia o robustez a través de la modificación del método de estimación y la utilización de variables alternativas. En cuanto al primero de ellos, en la investigación en finanzas existe con frecuencia una cautela acerca de la posible endogeneidad de los modelos, en el sentido de una causalidad inversa de modo que la variable dependiente pueda afectar a las variables independientes de los modelos. Aunque la endogeneidad no debería ser un problema que incida especialmente en nuestro caso, ya que las provisiones legales no parecen influir sobre la configuración del consejo de administración o sobre sus indicadores financieros, realizaremos una estimación adicional de nuestro modelo empleando el Método Generalizado de los Momentos como alternativa al método de estimación por efectos fijos (Arellano y Honore, 2001). Esta técnica, al utilizar como variables instrumentales valores retardados de las variables independientes, permite resolver el problema de la endogeneidad. Los resultados se recogen en la tabla 8 y se hallan en consonancia con los anteriormente discutidos: las provisiones legales se encuentran negativamente relacionadas con el riesgo corporativo, pero la independencia del consejo de administración revierte ese signo negativo en uno positivo.

Otro test de robustez ha consistido en utilizar indicadores alternativos del endeudamiento, sustituyendo la variable LEV por el ratio de capital TIER1. Los resultados recogidos en la tabla 10 siguen la línea de los anteriores: la disponibilidad de recursos financieros susceptibles de usos discrecionales guarda una relación negativa con las provisiones legales (H1b), la independencia del consejo de administración modera esta relación (H2), y el entorno institucional complementa la influencia del consejo (H3).

Tabla 9. Resultados de la estimación con GMM

	(1)	(2)
FCF	-2.551**	-5.307***
	(1.020)	(1.997)



	(1)	(2)
▶		
IND		-0.007 (0.005)
IND*FCF		0.153*** (0.054)
ZSCORE	-0.021** (0.009)	-0.049* (0.028)
ROA	-2.552 (2.568)	-3.663 (2.339)
MB	0.117*** (0.037)	0.040 (0.060)
SIZE	0.229*** (0.045)	0.205*** (0.044)
LEV	-3.712** (1.485)	-5.125* (2.899)
Observaciones	375	329
Sargan test	0.362	0.235
AR(2) test	0.166	0.127

Nota: Coeficientes estimados (error estándar) de la estimación GMM. La variable dependiente es LP, la provisión legal dividida por el total de activos y escalada por 1000. FCF es el *free cash flow* dividido por el total de activos. IND es el porcentaje de consejeros independientes. ROA es la rentabilidad de los activos. MB es el ratio entre la capitalización y el valor contable. SIZE es el logaritmo decimal del total de activos. LEV es el apalancamiento (deuda sobre activos). ZSCORE es la medida de riesgo (definición en el anexo). El test m2 contrasta la ausencia de correlación de segundo orden, y el de Sargan comprueba la sobreidentificación de restricciones. ***, ** y * indican significación al 99%, 95% y 90% de nivel de confianza, respectivamente.



Tabla 10. Resultados de la estimación con TIERR1

	Protección legal				Calidad institucional			
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
FCF	-1.135*** (0.423)	-4.132*** (1.246)	-1.580*** (0.560)	-4.760*** (1.604)	-1.641 (2.805)	-10.408*** (3.693)	-3.195** (1.425)	-11.527*** (4.170)
IND		0.001 (0.002)		0.003 (0.002)	0.002 (0.003)	-0.002 (0.005)	0.001 (0.002)	0.001 (0.005)
IND*FCF		0.038* (0.022)		0.054* (0.028)	-0.011 (0.050)	0.185*** (0.063)	0.026 (0.037)	0.135** (0.059)
ZSCORE			-0.024** (0.010)	-0.025** (0.011)	-0.010 (0.014)	-0.050** (0.021)	-0.005 (0.009)	-0.075*** (0.022)
ROA	2.466 (2.292)	2.817 (2.579)	5.192 (3.326)	4.116 (3.825)	1.337 (5.972)	-0.972 (6.915)	-0.296 (3.247)	10.713 (9.078)
MB	-0.070*** (0.025)	-0.039 (0.032)	-0.116*** (0.042)	-0.078 (0.075)	-0.075 (0.079)	-0.163 (0.191)	-0.077 (0.077)	-0.023 (0.131)
SIZE	-0.419*** (0.106)	-0.389*** (0.119)	-0.567*** (0.142)	-0.506*** (0.164)	-0.525** (0.205)	-0.776** (0.334)	-0.351* (0.181)	-0.659** (0.302)



	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
					Protección legal		Calidad institucional	
▲ TIER1	-0.900 (0.817)	-1.160 (0.968)	-1.717 (1.119)	-2.033 (1.309)	-0.463 (1.469)	-9.587*** (3.365)	0.008 (1.962)	-2.901 (1.885)
Observaciones	684	526	461	392	205	183	196	196
Adjusted R-squared	0.073	0.094	0.133	0.128	0.122	0.223	0.148	0.230
F-test	3.255***	2.852***	3.737***	2.674***	1.140	2.012**	1.490	2.524***

Nota: Coeficientes estimados (error estándar) de la estimación por efectos fijos. En los modelos (5) y (6), la muestra está dividida según la mediana de F_PROT (columna 5 para observaciones por debajo y columna 6 para observaciones por encima). En los modelos (7) y (8), la muestra está dividida según la mediana de F_ENV (columna 7 para observaciones por debajo y columna 8 para observaciones por encima). La variable dependiente es LP, la provisión legal dividida por el total de activos y escalada por 1000. FCF es el *free cash flow* dividido por el total de activos. IND es el porcentaje de consejeros independientes. ROA es la rentabilidad de los activos. MB es el ratio entre la capitalización y el valor contable. SIZE es el logaritmo decimal del total de activos. LEV es el apalancamiento (deuda sobre activos). ZSCORE es la medida de riesgo (definición en el anexo). Todas las estimaciones incluyen controles temporales. ***, ** y * indican significación al 99%, 95% y 90% de nivel de confianza, respectivamente.

5. Conclusiones

En el presente trabajo hemos analizado la política de dotación de provisiones legales de la banca europea durante el periodo 2008-2017. Dada la oleada de litigios a los que los bancos han tenido –y están teniendo– que hacer frente en los años posteriores a la crisis financiera, este sector proporciona una gran oportunidad para conocer hasta qué punto los estados financieros de las entidades bancarias reflejan y cuantifican esos riesgos legales. Es importante resaltar que la presente investigación no trata de las causas concretas de esas demandas –véanse, por ejemplo, los trabajos de Vazquez y Federico (2015) y de Baselga-Pascual *et al.* (2015) sobre la asunción de riesgos por parte de los bancos durante la crisis financiera–, sino de las motivaciones que han guiado la dotación de provisiones legales y el funcionamiento de los mecanismos de gobierno corporativo.

Nuestro trabajo pivota en torno a la idea de las provisiones legales como un reconocimiento de riesgos y, por tanto, una herramienta que puede contribuir a mejorar la transparencia y el conocimiento de la verdadera situación de las entidades. Desde esa perspectiva, las provisiones legales han de obedecer a una estimación objetiva de los riesgos legales y de la probabilidad de acaecimiento. Sin embargo, en la medida en que esas provisiones significan una aceptación del riesgo corporativo, pueden existir motivaciones personales de la dirección encaminadas a reducir ese reconocimiento u ocultar los riesgos asumidos. Y, si eso es aplicable a diversos tipos de provisiones, en el caso que nos ocupa resulta más patente dada la amplia diversidad de formatos que las normas contables permiten para las provisiones legales.

En esencia, con esta investigación ahondamos en una posible doble motivación: por un lado, la dotación a las provisiones ha de venir determinada por el riesgo asumido por el banco y, por otro, también puede estar condicionada por los incentivos que tengan los directivos para revelar dicho riesgo. Ante tal alternativa, nos planteamos igualmente si algunos mecanismos de gobierno corporativo (el consejo de administración y el entorno institucional-legal en el que operan las entidades) pueden moderar esa relación.

Para contrastar esas hipótesis hemos utilizado una muestra de los 92 bancos sistémicos supervisados por el Mecanismo Único de Supervisión del Banco Central Europeo, que ofrecen información sobre esta cuestión. Del análisis empírico se derivan tres resultados principales. En primer lugar, encontramos una relación negativa entre la discrecionalidad directiva y las provisiones legales. Esta relación sugiere una renuencia por parte de los directivos al reconocimiento del riesgo y el deseo de evitar la emisión de señales destinadas a los inversores. Junto a ello, también comprobamos la eficacia de los mecanismos de control, tanto internos como externos, a la hora de mejorar la transparencia corporativa. En ese sentido, un segundo conjunto de resultados pone de manifiesto el efecto moderador de la independencia del consejo de administración, que se erige en instrumento que favorece la dotación de las correspondientes provisiones legales cuando la discrecionalidad directiva así lo aconseja. En tercer lugar, nuestros resultados avalan la eficacia de un entorno insti-

tucional adecuado (en términos de calidad legal y protección de los inversores), que constituye una condición necesaria para que el consejo de administración desarrolle su tarea.

Las aportaciones de este artículo se pueden resumir en dos: en primer lugar, la compilación de las provisiones legales de una muestra significativa de bancos europeos mediante un análisis cuantitativo en un periodo de 10 años; en segundo lugar, la documentación del papel que pueden jugar las provisiones legales en la transparencia de la entidad, considerando su carácter discrecional, la posibilidad de un comportamiento discrecional por parte de los directivos y la eficacia de la independencia del consejo de administración y del entorno institucional. Estas contribuciones tienen implicaciones prácticas para los organismos reguladores, inversores y directivos. Considerar el papel de las provisiones legales como herramienta de transparencia corporativa puede fomentar una normativa legal y contable que permita un reconocimiento del riesgo más rápido y preciso. A su vez, definir y desarrollar el marco legal e institucional de las empresas puede favorecer un reconocimiento más adecuado del riesgo, lo que redundaría en una mayor capacidad informativa de los estados financieros. De esta manera, quedarían mejor alineados los intereses de directivos, accionistas e impositores, atenuando los conflictos entre estos grupos de partícipes. Asimismo, una información contable más completa y precisa permite una valoración más adecuada de las entidades financieras y un funcionamiento más armónico de los mercados de capitales. A la vista de la relevancia del sistema financiero para el desarrollo económico de la sociedad, esta problemática podría incluirse en la agenda de las reformas de los mercados de capitales. Al mismo tiempo, nuestro trabajo supone un refrendo de las medidas de reforzamiento del gobierno corporativo, y animan a las autoridades a proseguir el camino emprendido en los últimos años.

El presente artículo abre diversas líneas para la futura investigación. En primer lugar, se podría considerar la valoración subjetiva del riesgo. Esta subjetividad afecta a la identificación de las provisiones, ya que existen maneras muy distintas de referirse a estas cuentas, y su cuantificación podría estar sesgada por esos elementos subjetivos. Por otro lado, dada la relevancia de las motivaciones personales en la dotación de las provisiones, sería interesante estudiar el perfil personal de los decisores –sus circunstancias personales y sociales, la cultura, su experiencia y desarrollo profesional, etc.– y cómo estas características afectan al reconocimiento del riesgo. Algunos autores, como Chiang y He (2010) y Allini *et al.* (2016), ya han empezado a explorar este terreno. El uso de otras variables que midan la discrecionalidad directiva permitirá unos resultados más robustos, ya que la variable FCF puede plantear problemas debido a regresiones anteriores. Asimismo, nos hemos basado solamente en una característica del consejo de administración como es su independencia. Un análisis más detallado de la estructura de gobierno corporativo del banco (comisiones delegadas del consejo de administración, cualificación de sus componentes, etc.) podría también arrojar luz sobre el tema. Por último, una línea interesante para futuros estudios sería considerar el efecto de las nuevas normas del Mecanismo Único de Supervisión y las directrices EBA/2017.

Referencias bibliográficas

- Acharya, V. V., Amihud, Y. y Litov, L. (2011). Creditor rights and corporate risk-taking. *Journal of Financial Economics*, 102, 150-166.
- Acharya, V. y Naqvi, H. (2012). The seeds of a crisis: A theory of bank liquidity and risk taking over the business cycle. *Journal of Financial Economics*, 106, 349-366.
- Adam, T. y Goyal, V. K. (2008). The investment opportunity set and its proxy variables. *Journal of Financial Research*, 31, 41-63.
- Adams, R. B. (2017). The ABCs of empirical corporate (governance) research. *Corporate Governance: An International Review*, 25, 461-464.
- Adams, R. B., Hermalin, B. E. y Weisbach, M. S. (2010). The role of boards of directors in corporate governance: A conceptual framework and survey. *Journal of Economic Literature*, 48, 58-107.
- Akbar, S., Kharabsheh, B., Poletti-Hughes, J. y Shah, S. Z. A. (2017). Board structure and corporate risk taking in the UK financial sector. *International Review of Financial Analysis*, 50, 101-110.
- Allini, A., Manes Rossi, F. y Hussainey, K. (2016). The board's role in risk disclosure: an exploratory study of Italian listed state-owned enterprises. *Public Money & Management*, 36, 113-120.
- Anderson, R. C. y Fraser, D. R. (2000). Corporate control, bank risk taking, and the health of the banking industry. *Journal of Banking & Finance*, 24, 1383-1398.
- Arellano, M. (2003). *Panel data econometrics*. Oxford University Press.
- Arellano, M. y Honore, B. (2001). Panel data models: some recent developments. En *Elsevier*, pp. 3229-3296.
- Baselga-Pascual, L., Trujillo-Ponce, A. y Cardone-Riportella, C. (2015). Factors influencing bank risk in Europe: Evidence from the financial crisis. *The North American Journal of Economics and Finance*, 34, 138-166.
- Boyd, J. H., Graham, S. L. y Hewitt, R. S. (1993). Bank holding company mergers with nonbank financial firms: Effects on the risk of failure. *Journal of Banking & Finance*, 17, 43-63.
- Boyd, J. H., De Nicolò, G. y Jalal, A. M. (2006). Risk-Taking and Competition Revisited: New Theory and New Evidence Prepared. *International Monetary Fund*, WP/06/297.
- Carnevale, C. y Mazzuca, M. (2014). Sustainability report and bank valuation: evidence from European stock markets. *Business Ethics: A European Review*, 23, 69-90.
- CNMV. (2006). *Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*. Madrid.
- CNMV. (2013). *Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*. Madrid.
- CNMV. (2015). *Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas*. Madrid.
- Cheng, E. C. M. y Courtenay, S. M. (2006). Board composition, regulatory regime and voluntary disclosure. *The International Journal of Accounting*, 41, 262-289.
- Chen, X., Sun, Y. y Xu, X. (2016). Free cash flow, over-investment and corporate governance in China. *Pacific-Basin Finance Journal*, 37, 81-103.
- Chen, I. J., Lee, Y. Y. y Liu, Y. C. (2019). *Bank liquidity, macroeconomic risk, and bank risk: Evidence from the Financial Services Modernization Act*. European Financial Management Forthcoming

- Chiang, H. T. y He, L. J. (2010). Board supervision capability and information transparency. *Corporate Governance: An International Review*, 18, 18-31.
- Demsetz, R. S. y Strahan, P. E. (1997). Diversification, Size, and Risk at Bank Holding Companies. *Journal of Money, Credit and Banking*, 29, 300-313.
- Ding, S., Knight, J. y Zhang, X. (2019). Does China overinvest? Evidence from a panel of Chinese firms. *The European Journal of Finance*, 25, 489-507.
- Djankov, S., La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F. y Shleifer, A. (2008). The law and economics of self-dealing. *Journal of Financial Economics*, 88, 430-465.
- Erkens, D. H., Hung, M. y Matos, P. (2012). Corporate governance in the 2007-2008 financial crisis: Evidence from financial institutions worldwide. *Journal of Corporate Finance*, 18, 389-411.
- Farag, H. y Mallin, C. (2017). Board diversity and financial fragility: Evidence from European banks. *International Review of Financial Analysis*, 49, 98-112.
- Guo, L., Jalal, A. y Khaksari, S. (2015). Bank executive compensation structure, risk taking and the financial crisis. *Review of Quantitative Finance and Accounting*, 45, 609-639.
- Hair, J. F., Anderson, R. E., Tatham, R. L. y William, C. (1998). *Multivariate data analysis*. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall.
- Huafang, X. y Jianguo, Y. (2007). Ownership structure, board composition and corporate voluntary disclosure: Evidence from listed companies in China. *Managerial Auditing Journal*, 22, 604-619.
- Huse, M., Hoskisson, R. E., Zattoni, A. y Viganò, R. (2011). New perspectives on board research: changing the research agenda. *Journal of Management and Governance*, 15, 5-28.
- International Financial Reporting Standards. (1998). *IAS 37 Provisions, Contingent Liabilities and Contingent Assets*.
- Jensen, M. C. (1986). Agency costs of free cash flow, corporate finance and takeovers. *American Economic Review*, 76, 323-329.
- Kaufmann, D., Kraay, A. y Mastruzzi, M. (2011). The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues. *Hague Journal on the Rule of Law*, 3, 220-246.
- Kirkpatrick, G. (2009). The corporate governance lessons from the financial crisis. *Financial Market Trends 2009/1*.
- Laeven, L. (2013). Corporate Governance: What's Special About Banks? *Annual Review of Financial Economics*, 5, 63-92.
- Lei, A. C. H. y Deng, J. (2014). Do Multiple Directorships Increase Firm Value? Evidence from Independent Directors in Hong Kong. *Journal of International Financial Management & Accounting*, 25, 121-181.
- Lepetit, L., Nys, E., Rous, P. y Tarazi, A. (2008). Bank income structure and risk: An empirical analysis of European banks. *Journal of Banking & Finance*, 32, 1452-1467.
- Levine, R. (1998). The Legal Environment, Banks, and Long-Run Economic Growth. *Journal of Money, Credit and Banking*, 30, 596-613.
- Li, K., Griffin, D., Yue, H. y Zhao, L. (2013). How does culture influence corporate risk-taking? *Journal of Corporate Finance*, 23, 1-22.
- Palvia, A., Vähämaa, E. y Vähämaa, S. (2015). Are female CEOs and Chairwomen more conservative and risk averse? Evidence from the banking industry during the financial crisis. *Journal of Business Ethics*, 131, 577-594.

- Peni, E. y Vähämaa, S. (2012). Did Good Corporate Governance Improve Bank Performance during the Financial Crisis? *Journal of Financial Services Research*, 41, 19-35.
- Richardson, S. (2006). Over-investment of free cash flow. *Review of Accounting Studies*, 11, 159-189.
- Schnabl, G. y Hoffmann, A. (2008). Monetary Policy, Vagabonding Liquidity and Bursting Bubbles in New and Emerging Markets: An Overinvestment View. *The World Economy*, 31, 1226-1252.
- Sihombing, J. y Pangaribuan, H. (2017). A study of corporate governance structure, disclosure and information asymmetry in Indonesia banking industry. *Journal Akuntansi*, 21, 156-169.
- Singh, D. y Delios, A. (2017). Corporate governance, board networks and growth in domestic and international markets: Evidence from India. *Journal of World Business*, 52, 615-627.
- Uhde, D. A., Klamer, P. y Tuschke, A. (2017). Board monitoring of the chief financial officer: A review and research agenda. *Corporate Governance: An International Review*, 25, 116-133.
- Vazquez, F. y Federico, P. (2015). Bank funding structures and risk: Evidence from the global financial crisis. *Journal of Banking & Finance*, 61, 1-14.
- Ying, Q., Danglun, L. y Wu, L. (2013). Bank credit lines and overinvestment: evidence from China. *The International Journal of Business and Finance Research*, 7, 43-52.

Anexo

Definición de variables

Variable	Definición	Fuente
LP	Provisiones legales divididas por el total de activos y divididas por mil.	Informes anuales
FCF	<i>Free cash flow</i> dividido por el total de activos. El <i>free cash flow</i> se calcula como el efectivo de las operaciones del año fiscal menos los gastos de capital y los dividendos pagados.	Eikon
IND	Porcentaje de consejeros independientes.	Eikon
CEOCH	¿El director ejecutivo también preside el consejo o el presidente ha sido director ejecutivo de la empresa? Equivale a 1 en caso afirmativo.	Eikon
ROA	EBITDA sobre activos. EBITDA es EBIT del año fiscal más la depreciación, amortización de costes de adquisición y amortización de intangibles del mismo periodo.	Eikon
MB	Ratio <i>market-to-book</i> (capitalización sobre valor contable).	Eikon
SIZE	El logaritmo decimal del total de activos.	Eikon
LEV	Apalancamiento (deuda sobre activos).	Eikon
ZSCORE	$\frac{\text{ROA} + \frac{\text{Total capital}}{\text{Total activos}}}{\text{ROASD}}$; dividido por 100	Eikon
ROASD	La desviación estándar del ROA.	Eikon
TIER1	El ratio de capital Tier 1 como porcentaje del total de activos ponderados por riesgo.	Eikon
PROTECT	La protección a los inversores basada en Djankov <i>et al.</i> (2008).	World Bank
RULELAW	Percepción de la confianza en el Estado de Derecho. Expresa la seguridad en la legislación, la calidad de los contratos, los derechos de propiedad, la policía, los legisladores y la probabilidad de violencia y crímenes.	World Bank
REGQUA	Percepción sobre la capacidad del gobierno del país para formular e implementar políticas acertadas y una normativa que permita y promueva el desarrollo del sector privado.	World Bank
CORRUPTCONTROL	Percepción del grado en que el poder público se ejerce para intereses privados, así como el control que tienen las élites sobre el Estado.	World Bank
CORRUPTSC	Percepción de las empresas y analistas nacionales sobre el grado de corrupción del país (10 es muy limpio y 0 muy corrupto).	Transparency



Los honorarios de auditoría y la crisis financiera global: evidencia empírica para las pymes españolas

Francisco Javier López-Corrales

*Profesor titular.
Universidad de Vigo*

M.^a Áurea Pedrosa Rodríguez

Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales

Extracto

El objetivo de este artículo es analizar los honorarios de auditoría percibidos por servicios de auditoría, antes y durante la crisis, para evaluar si la reciente crisis financiera afectó a los honorarios de la auditoría de las pequeñas y medianas empresas (pymes) españolas con problemas financieros. En concreto, el trabajo analiza una muestra de pymes no cotizadas durante el periodo de crisis financiera global (2008-2010) respecto al periodo de precrisis (2006-2007). Además, se investiga si existen otros factores que pudieron influir en los honorarios de auditoría. Los resultados sugieren, en consonancia con los de otros trabajos previos, que los honorarios de los auditores no resultaron afectados por la crisis financiera. También evidencian que los principales factores que influyen en los honorarios de auditoría están relacionados con el tamaño de la empresa auditada, con la ratio de inventarios más las cuentas a cobrar dividido entre el total de activos, con el rendimiento de los activos (ROA), con el retraso en la emisión del informe de auditoría, con el tipo de auditor (Big 4) y si la empresa auditada pertenece al sector de la construcción.

Palabras clave: honorarios de auditoría; crisis; pymes; problemas financieros; empresas no cotizadas.

Fecha de entrada: 16-04-2020 / Fecha de aceptación: 26-09-2020

Cómo citar: López-Corrales, F. J. y Pedrosa Rodríguez, M.^a Á. (2020). Los honorarios de auditoría y la crisis financiera global: evidencia empírica para las pymes españolas. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 193-230.





Audit fees and the global financial crisis: empirical evidence from Spanish SMEs

Francisco Javier López-Corrales

M.^a Áurea Pedrosa Rodríguez

Abstract

The objective of this article is to analyse the audit fees received for auditing services before and during the crisis in order to assess whether the recent financial crisis affected the audit fees of Spanish SMEs with financial problems. The study specifically analysed a sample of unlisted SMEs during the time of the global financial crisis (2008-2010) in relation to the pre-crisis period (2006-2007). Additionally, the possibility of there being other factors that could have impacted audit fees was studied. In line with the results from previous studies, our results suggest that audit fees were not affected by the financial crisis. They also demonstrated that the main factors impacting audit fees are related to the size of the audited company, the ratio of inventory plus accounts receivable divided by total assets, the return on assets (ROA), audit report lag, auditor type (Big 4), and whether the audited company belongs to the building sector.

Keywords: audit fees; crisis; SMEs; financial problems; unlisted companies.

Citation: López-Corrales, F. J. y Pedrosa Rodríguez, M.^a Á. (2020). Los honorarios de auditoría y la crisis financiera global: evidencia empírica para las pymes españolas. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 452, 193-230.





Sumario

Introducción

1. El marco institucional de la auditoría en España: los honorarios de los auditores
2. Revisión de la literatura y desarrollo de hipótesis
3. Metodología
 - 3.1. Modelo de honorarios de auditoría
 - 3.2. Determinación de la muestra de empresas
4. Resultados empíricos
 - 4.1. Estadísticos descriptivos y análisis univariante
 - 4.2. Análisis multivariante
5. Análisis de sensibilidad de los resultados
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Introducción

La crisis financiera mundial presentó un entorno difícil tanto para las empresas como para los auditores, con el deterioro de las condiciones económicas, la iliquidez de los mercados, la parálisis en el crédito bancario y, por tanto, el incremento en el riesgo de los negocios (Allen y Carletti, 2008; Frank *et al.*, 2008). Fruto de esta situación económica las empresas sufrieron verdaderas dificultades en su funcionamiento y se generó un verdadero interés de cuál iba a ser la reacción de los auditores ante el incremento del riesgo que, lógicamente, iba a afectar a su trabajo de auditoría. Este incremento del riesgo conllevó para las empresas una mayor incertidumbre en relación con su capacidad de continuar como empresa en funcionamiento (*going concern*) y para los auditores implicó un mayor riesgo de auditoría, relacionado con la mayor dificultad de obtener la evidencia de auditoría necesaria y suficiente que les permitiría reducir los riesgos de auditoría a un nivel aceptable y así opinar sobre la continuidad de la empresa. En entornos de crisis los auditores tratan de gestionar el incremento del riesgo a través de distintas estrategias, entre las cuales se encuentra el incremento del esfuerzo de auditoría, por lo que podría ser razonable pensar que puedan existir cambios en las tarifas cobradas por los auditores (Alexeyeva y Svanström, 2015; Xu *et al.*, 2013).

La teoría de que los auditores ponen más esfuerzo en un entorno de alto riesgo es apoyada por la literatura previa (Choi *et al.*, 2008; Francis y Wang, 2008; Seetharaman *et al.*, 2002; Simunic, 1980; Simunic y Stein, 1996). Entendemos por esfuerzo las horas dedicadas a la realización del trabajo de auditoría, de tal manera que si existen factores que pueden afectar a la dificultad del trabajo, estos supondrían un incremento de ese esfuerzo. Los auditores ante un aumento del riesgo del negocio de sus clientes amplían los procedimientos de auditoría, lo cual lleva a un incremento en la recogida de evidencias, del tiempo de auditoría, de un mayor trabajo por parte del personal de la firma, etc. Por tanto, ante el incremento del riesgo, los auditores tienen que aumentar el esfuerzo de auditoría (Asthana *et al.*, 2009; Bedard *et al.*, 2008; Bell *et al.*, 2001). Este esfuerzo se ha correlacionado positivamente con los honorarios de auditoría (Davis *et al.*, 1993).

Desde el punto de vista académico, estudios previos han analizado el impacto de la crisis financiera global en los honorarios de auditoría (ej.: en Suecia, Alexeyeva y Svanström, 2015; en EE.UU., Krishnan y Zhang, 2014; en Eslovenia, Zaman *et al.*, 2016; en Australia, Xu *et al.*, 2013, y en China, Zhang y Huang, 2013). La evidencia empírica aportada por estos

estudios se centra en los honorarios de auditoría cobrados por los auditores, analizando la mayoría de estos estudios empresas cotizadas. Por tanto, hasta la fecha, es escasa la evidencia sobre los honorarios de auditoría cobrados por los auditores en el caso de empresas no cotizadas, y concretamente para el caso de las pymes.

En nuestra opinión, las pymes son un escenario interesante para probar el efecto de los honorarios de auditoría durante la última crisis financiera que hemos sufrido. En primer lugar, destaca la relevancia de las pymes en la economía española. Las pymes son el motor de la economía, impulsan la creación de puestos de trabajo y el crecimiento económico, además de garantizar la estabilidad social. La economía española, al igual que la mayoría de los países de la Unión Europea (UE), salvo Alemania, depende de las pymes. A 1 de enero de 2017 había en España un total de 3.279.120 empresas de las cuales 3.274.924 eran pymes, es decir, el 99,9 % de las empresas españolas son pequeñas y medianas empresas, suponen el 63 % del valor añadido bruto y generan el 74 % del empleo del país. Solo Malta, Letonia, Estonia y Bulgaria tienen más empleo en pymes, es decir, aquellas empresas que cuentan con menos de 250 trabajadores¹ (DIRCE, 2017; Muller *et al.*, 2017). En segundo lugar, al igual que en la mayoría de los países de la UE, España requiere auditorías para empresas que superen cierto tamaño. En tercer lugar, las pymes sufren más que las grandes empresas durante la crisis financiera, debido a sus opciones limitadas en términos de acceso a fondos, pues tienen prácticamente vedado su acceso al mercado de capitales, siendo su principal canal de financiación el crédito bancario el cual sufrió una fuerte parálisis durante la crisis financiera (Dewaelheyns y Van Hulle, 2008; Mendizabal y Lertxundi, 2015).

Por tanto, utilizando una muestra de pymes españolas, el objetivo del presente estudio es analizar los honorarios de auditoría percibidos por servicios de auditoría, antes y durante la crisis, para evaluar si la reciente crisis financiera afectó a los honorarios de la auditoría de las pymes españolas con problemas financieros. Para ello, contrastamos la hipótesis planteada mediante un modelo de regresión múltiple con la finalidad de examinar, por un lado, si los honorarios de auditoría cobrados por los auditores a empresas no cotizadas se incrementaron durante el periodo de crisis financiera global (2008-2010) respecto al periodo de precrisis (2006-2007) y, por otro, conocer si existen otros factores que pudieron influir también en este comportamiento. El análisis se realiza para una muestra de pymes españolas y contiene un total de 1.108 observaciones durante el periodo 2006-2010 y cuya característica común es que todas ellas tienen problemas financieros.

Los resultados de la presente investigación evidencian que los honorarios de los auditores no resultaron afectados por la crisis financiera, estando en consonancia con otros

¹ La Recomendación de la UE 2003/361 considera pymes a empresas con menos de 250 trabajadores, con una rotación no superior a 50 millones de euros o una hoja de balance total no superior a 43 millones de euros. Cabe destacar que estos límites son diferentes a los que contiene la Ley de Auditoría de Cuentas española, donde en su artículo 3 considera pymes a empresas con menos de 250 trabajadores, con una rotación no superior a 40 millones de euros o una hoja de balance total no superior a 20 millones de euros.

estudios previos como los de Krishnan y Zhang (2014) o Zaman *et al.* (2016), pero en contra de los resultados obtenidos por Xu *et al.* (2013), Zhang y Huang (2013) o Alexeyeva y Svanström (2015). Estos últimos estudios concluyen que a los auditores se les pagaron mayores honorarios de auditoría durante la crisis financiera en comparación con el periodo de precrisis. Concretamente, estos autores justifican sus resultados con base en un incremento del esfuerzo de auditoría, como respuesta a un mayor riesgo de auditoría y a un mayor riesgo empresarial durante la crisis. Este argumento no resulta válido para el presente trabajo, lo que lleva a pensar que la clave podría estar en la existencia de un comportamiento diferencial para las pymes. Las pymes tienen diferentes necesidades de información y conflictos de agencia (Chaney *et al.*, 2004; Clatworthy y Peel, 2007; Hope *et al.*, 2012) y el riesgo asumido por los auditores en este tipo de empresas (posibles litigios, pérdida de reputación o de clientes) es significativamente menor que el riesgo asumido por los auditores para empresas cotizadas (Fortin y Pittman, 2007; Badertscher *et al.*, 2014).

Por otra parte, la composición del mercado de auditoría es diferente para las empresas cotizadas y para las pymes, lo cual sugiere la existencia de una segmentación del mercado de auditoría que puede implicar que los auditores empleen diferentes estrategias (Peel y Roberts, 2003; Clatworthy *et al.*, 2009). En general, la mayoría de las empresas cotizadas son auditadas por las firmas Big 4, siendo el mercado de auditoría un mercado oligopolístico, concentrado en las denominadas Big 4. Este mayor nivel de concentración del mercado puede tener efecto sobre los honorarios de auditoría y la posibilidad de que las firmas Big 4 establezcan acuerdos entre ellas (Caso *et al.*, 2011; Competition Commission, 2013). Gandía y Huguet (2018) afirman que las primas de los honorarios de auditoría que se observan entre las Big 4 son consecuencia del esfuerzo del auditor y de la demanda de auditores de mayor calidad, en lugar de a posibles pérdidas relacionadas con la y los riesgos de litigios (Chaney *et al.*, 2004; Hope y Langli, 2010; Hope *et al.*, 2012). En cambio, el mercado de la auditoría para las pymes es más competitivo. Esta circunstancia permite a los investigadores buscar explicaciones alternativas, así como considerar cuál es el rol de los auditores de menor tamaño, tanto para los auditores más pequeños como para los denominados Middle-Tier auditors. Este tipo de auditores tienen importantes ingresos por servicios de no auditoría, la mayoría de los cuales están prohibidos para los auditores que auditan a las empresas cotizadas (Peel y Roberts, 2003; Clatworthy y Peel, 2007; Sundgren y Svanström, 2013). Todo ello nos lleva a pensar que otra de las razones que permite argumentar el resultado de nuestra investigación está en el hecho de que las pymes son auditadas fundamentalmente por pequeñas y medianas auditoras y que no son estas las que suben los precios y, por tanto, supeditan su grado de esfuerzo y calidad con base en este, si no que quien así parece que lo hacen «fijar el grado de calidad y esfuerzo» en el precio son las Big 4.

Este trabajo contribuye a la literatura anterior de las siguientes maneras: en primer lugar, proporciona evidencia empírica sobre los honorarios de auditoría percibidos por los auditores en un contexto de crisis (Abdel-Khalik, 1990; Alexeyeva y Svanström, 2015; Krishnan y Zhang, 2014; Maher *et al.*, 1992; Xu *et al.*, 2013; Zaman *et al.*, 2016; Zhang y Huang, 2013). En segundo lugar, amplía la literatura sobre honorarios de auditoría en el caso de pymes

(Peel y Roberts, 2003; Gandía y Huguet, 2018; Sundgren y Svanström, 2013). En este sentido, autores como Carson *et al.* (2013) o Vanstraelen y Schelleman (2017) inciden en la necesidad de realizar más estudios sobre el comportamiento del auditor en este segmento del mercado y ponen de manifiesto el creciente interés por el análisis de la auditoría en el caso de las empresas no cotizadas en general, y de las pymes, en particular. Por último, destacan las implicaciones de este trabajo para que los profesionales y para los organismos reguladores, para que puedan conocer la situación del sector en épocas de crisis y sus posibles efectos en sus respectivos campos de actuación.

Partiendo de esta introducción, el resto del documento está estructurado en cinco epígrafes. En el primero se realiza una breve referencia al marco institucional contable y de auditoría español. El epígrafe segundo está dedicada a la revisión de la literatura sobre el impacto de la crisis financiera en los honorarios de auditoría y a la justificación del desarrollo de la hipótesis. En el tercero se especifica la metodología utilizada, definiendo el modelo planteado y la muestra de empresas. El cuarto presenta los resultados obtenidos en el estudio empírico, tanto a nivel descriptivo, como a nivel univariante y multivariante. El epígrafe quinto incluye el análisis de sensibilidad con la finalidad de comprobar la robustez del modelo. Por último, se finaliza el trabajo denotando las conclusiones, las limitaciones y las aportaciones más relevantes del estudio.

1. El marco institucional de la auditoría en España: los honorarios de los auditores

La actividad de auditoría de cuentas en España viene regulada por un conjunto de normativas establecida en²: a) la Ley de Auditoría de Cuentas, b) el Reglamento de desarrollo de la ley, c) las normas de auditoría, d) las normas de ética e independencia, e) la norma de control de calidad interno de los auditores de cuentas, f) el Reglamento (UE) n.º 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre requisitos específicos relativos a la auditoría legal de entidades de interés público.

Los auditores deberán desarrollar su trabajo según las normas de auditoría, las cuales constituyen los principios y requisitos que deben observar los auditores de cuentas en la realización del trabajo de auditoría de cuentas y sobre las que deben basarse las actuaciones necesarias para expresar una opinión técnica responsable e independiente. Cabe destacar que en España desde inicios del año 2014 las normas de auditoría que se aplican a la auditoría de los estados financieros de cualquier tipo de empresa son las International Standards on Auditing (ISA), emitidas por la International Auditing Assurance Standard

² Toda la normativa sobre auditoría de cuentas está disponible en la web del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), <<http://www.icac.meh.es/>>.

Board (IAASB) de la International Federation of Accountants (IFAC), las cuales son denominadas como ISA-ES. En estas normas se establece que el alcance de la auditoría hace referencia a que la opinión del auditor sobre los estados financieros se refiere a si los estados financieros se preparan, en todos los aspectos significativos, de conformidad con el marco de información financiera aplicable. Esta opinión es común a todas las auditorías de los estados financieros (ISA-ES, 200).

En cuanto a la obligatoriedad de realizar auditoría de cuentas, el marco regulador en España establece diferentes motivos, pero, en general, para las empresas no cotizadas, el motivo principal suele ser por tamaño de la empresa, estableciendo la legislación³ que las empresas tienen la obligación de ser auditadas cuando, durante dos años consecutivos y al cierre de cada uno de ellos, se encuentran al menos en alguna de las tres circunstancias siguientes: a) el total de activos excede de 2.850.000 euros, b) el importe neto de la cifra de negocios excede de 5.700.000 euros, y c) la media de empleados durante el año excede de 50.

Respecto a los honorarios de auditoría, la regulación de los mismos en la normativa española viene recogida en la Ley de Auditoría de Cuentas (BOE de 2015), donde en sus artículos 24 y 25 establece que la determinación de los honorarios correspondientes a los servicios de auditoría se fijará antes de que comience el desempeño de las funciones del auditor y para todo el periodo en que deban desempeñarlas. Los honorarios no podrán estar influidos o determinados por la prestación de servicios de no auditoría a la entidad auditada. Además, cuando los honorarios de auditoría devengados por la prestación de servicios de auditoría y de no auditoría, en los tres últimos ejercicios consecutivos, representen más del 30 % del total de los ingresos anuales de la sociedad de auditoría, los auditores deberán abstenerse de realizar la auditoría de cuentas correspondiente en el ejercicio siguiente.

En relación con la revelación de información sobre los honorarios, la ley establece que la sociedad auditada tiene la obligación de incluir en la memoria de las cuentas anuales la remuneración que perciben los auditores por todos los conceptos, debiendo aparecer de forma separada los honorarios de auditoría y de no auditoría. Los auditores de cuentas están obligados a comunicar anualmente al Spanish Institute of Accounting and Auditing (ICAC)⁴ las horas y honorarios facturados a cada entidad auditada, distinguiendo entre los honorarios de auditoría y de no auditoría. Además, la ley establece una lista de servicios de no auditoría que son incompatibles prestar a la sociedad auditada cuando se le están prestando servicios de auditoría. Cabe destacar en el presente trabajo que la mayoría de las empresas analizadas no incluían en la memoria de las cuentas anuales la contratación de servicios de no auditoría.

³ Artículo 263 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE de 2010).

⁴ Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Empresa, siendo la autoridad responsable del sistema de supervisión pública de la auditoría de cuentas.

2. Revisión de la literatura y desarrollo de hipótesis

Los importantes cambios en las condiciones económicas que se producen ante una crisis económica implican una serie de retos tanto para las empresas de auditoría como para sus clientes. En general, cuando se produce un periodo económico de fuerte recesión, como el vivido en la última crisis financiera mundial que se originó a finales de 2007, se genera un entorno de dificultad tanto para las empresas como para los auditores. Los cambios que se producen en las condiciones económicas afectan tanto a las firmas de auditoría como a sus clientes. Cuando se produce una crisis financiera, las empresas suelen tener problemas de liquidez e importantes pérdidas, lo que conlleva un incremento de su nivel de riesgo. Más específicamente, las dificultades financieras derivadas de la situación de crisis obligan a que muchas empresas incumplan las condiciones especificadas en sus contratos de deuda, teniendo en muchos casos que llevar a cabo operaciones de refinanciación de sus préstamos. Las empresas que se encuentran en situaciones de dificultad sufren un incremento de la presión financiera lo que hace que se encuentren con grandes problemas para hacer frente al pago de los nuevos préstamos negociados con las entidades financieras y, en consecuencia, estas empresas tienen verdaderos problemas de gestión continuada o incluso pueden llegar a la quiebra. En este entorno, los auditores se enfrentan a mayores posibilidades de ser demandados si sus clientes entran en bancarrota o si tienen pérdidas extremadamente altas (Rittenberg *et al.*, 2012).

Además, durante las épocas de crisis, las empresas sufren determinadas situaciones específicas, como reestructuraciones empresariales, procesos de fusión, escisión o adquisición, situaciones que implican ajustes en los sistemas contables y de información de las empresas y, por tanto, una mayor necesidad de auditoría. Firth (2002) afirma que ante estos «eventos corporativos específicos» los auditores incrementan su trabajo de auditoría, pues deben hacer un mayor esfuerzo para aprender cómo estos eventos cambian el sistema contable y de información en sus empresas clientes.

Por tanto, en épocas de recesión, no solo se generan cambios importantes en las empresas sino también en los auditores. El mayor nivel de riesgo derivado de la delicada situación financiera a la que se enfrentan sus clientes y la creciente preocupación por parte de los inversores y acreedores de las empresas en crisis conllevará que los auditores tengan que ampliar sus procedimientos de auditoría, lo cual implica un incremento de su esfuerzo de auditoría (es decir, aumento de las horas de auditoría y del nivel de facturación) (Alexeyeva y Svanström, 2015; Pedrosa y López-Corrales, 2018). Koh y Tong (2013) ponen de manifiesto que investigaciones anteriores han observado que las firmas de auditoría tienen en consideración el *business risk* a la hora de fijar sus honorarios de auditoría. Así, por ejemplo, Bell *et al.* (2001) observaron una relación positiva entre los negocios en riesgo y los honorarios de auditoría, con el aumento de las tasas derivado únicamente de un aumento de las horas de auditoría. Ellos afirman que las firmas de auditoría analizan el riesgo empresarial de sus clientes y se aseguran contra mayores pérdidas esperadas a través de un esfuerzo adicional de auditoría. Posteriormente, estos investigadores en 2008 realizan

un nuevo estudio actualizando los datos del estudio del 2002 denotando que las firmas de auditoría asignan más y más mano de obra a los clientes con mayor riesgo empresarial de auditoría percibido. Además, las firmas de auditoría aplican una prima de riesgo, tanto en términos de honorarios totales como de honorarios por hora, a los nuevos clientes que tengan un mayor riesgo percibido para el negocio del auditor.

En un entorno de crisis, los auditores deberían aplicar procedimientos adicionales de cara a la evaluación de los posibles problemas de continuidad que puedan tener las empresas, teniendo que cerciorarse de la aplicación del principio de empresa en funcionamiento (Basioudis *et al.*, 2008; Callaghan *et al.*, 2009; Choi *et al.*, 2008; Francis y Wang, 2008; Ghosh y Pawlewicz, 2009; Ratzinger-Sakel, 2013; Zhang y Huang, 2013). Estudios previos evidencian que los auditores cambian su propensión a emitir informes con opiniones por *going concern* para protegerse del riesgo de litigios o de daños en su reputación. Cuando los auditores realizan su trabajo en entidades que experimentan problemas financieros, el riesgo de los auditores a emitir una opinión inapropiada (por ejemplo, emitir una opinión más favorable de la que merece el cliente y luego la empresa quiebra) aumentará (Xu *et al.*, 2013) y, por tanto, el riesgo de litigio será mayor. El impacto del riesgo de litigio en los honorarios de auditoría ha sido ampliamente estudiado en la literatura previa (Abbott *et al.*, 2017, Badertscher *et al.*, 2014, Choi *et al.*, 2009, Simunic y Stein, 1996 o Venkataraman *et al.*, 2008). Estas investigaciones mantienen que, a medida que aumenta la imposición de las pérdidas esperadas del auditor por responsabilidad legal, *ceteris paribus*, los honorarios de auditoría se incrementarán, ya que los auditores hacen un mayor esfuerzo para reducir el riesgo de litigios, cobrando una prima pura por soportar una mayor exposición al riesgo de litigios, o ambos. Seetharaman *et al.* (2002) y Venkataraman *et al.* (2008) observaron que los auditores aumentan sus honorarios de auditoría cuando aumenta su exposición a los litigios. Badertscher *et al.* (2014, p. 307) afirman que los auditores responden a la eventualidad de un litigio aumentando sus honorarios para a) cubrir el costo de un mayor esfuerzo de producción de auditoría, b) reducir el riesgo de la firma de auditoría de no detectar declaración errónea de importancia, o c) agregar una prima de riesgo por los mayores costos de litigios futuros esperados.

En general, en un entorno de crisis, los auditores tienen que enfrentarse a mayores riesgos (riesgo de litigios, de sanciones, de daños en su reputación o de pérdida de clientes). Los estudios de Simunic (1980), Simunic y Stein (1996), Seetharaman *et al.* (2002), Choi *et al.* (2008) o Francis y Wang (2008) apoyan la teoría de que los auditores aumentan su esfuerzo en entornos de alto riesgo. Si la percepción del riesgo es mayor, los auditores aumentan los procedimientos de auditoría. Esto implica más evidencia que reunir, más tiempo, más personal y, en consecuencia, mayores honorarios (Bell *et al.*, 2001; Bedard *et al.*, 2008; Asthana *et al.*, 2009; Redmayne *et al.*, 2010).

Pero la literatura previa también hace referencia a la existencia de otros estudios que evidencian que en épocas de recesión los honorarios de auditoría disminuyen. Por una parte, algunos autores hacen referencia a que esta disminución en los honorarios de auditoría se debe a la mayor competencia que se genera en el mercado de auditoría, tratando las fir-

mas de auditoría de atraer a nuevos clientes o mantener su cartera. Abdel-Khalik (1990, p. 300) analiza la relación entre la competencia en el mercado de la auditoría y las condiciones económicas en las distintas regiones en los EE. UU. y argumenta que la crisis económica reduce la demanda de servicios de auditoría y mejora la competencia entre las empresas de auditoría. Las sociedades de auditoría reducen el precio de sus servicios con el objetivo de hacer frente al exceso de capacidad temporal de mano de obra con experiencia y las empresas intentarán negociar una reducción de los precios de auditoría. Maher *et al.* (1992) observaron una disminución significativa en los honorarios de auditoría en los EE. UU. desde 1977 hasta 1981 y lo atribuyeron a una mayor competencia en el mercado de servicios de auditoría a raíz de la crisis económica de finales de 1970 y principios de 1980.

Otras investigaciones hacen referencia a que las empresas en su lucha por sobrevivir intentan instaurar medidas para la reducción de sus costes, entre los cuales se encuentran la reducción por servicios de auditoría. Chen *et al.* (2018) afirman que como resultado de la crisis financiera que se originó a finales del año 2007, las firmas de auditoría se vieron presionadas por sus clientes y por los miembros del comité de auditoría para que compartan su dolor económico mediante la reducción de los honorarios de auditoría. Whitehouse (2010) hace referencia a que durante 2009 el 63 % de las empresas del S&P 500 obtuvieron reducciones en los honorarios de auditorías cobrados por sus auditores. También, Ettredge *et al.* (2014) proporcionan evidencias en su estudio de recortes en los honorarios de auditoría en el año 2008 para una muestra de empresas públicas norteamericanas. Los recortes en los honorarios se asociaron positivamente con errores en las ganancias, indicando una menor calidad en la auditoría.

La literatura existente en relación con las evidencias sobre el impacto de la última crisis financiera mundial en los honorarios de auditoría es mixta. Así, por un lado, algunos autores observan un incremento de los honorarios de auditoría durante este periodo de recesión. En Australia Xu *et al.* (2013) examinaron el impacto de la crisis financiera sobre los cambios del comportamiento del auditor. Sus resultados mostraron evidencias de un aumento de los honorarios de auditoría durante el periodo de crisis 2008-2009 en comparación con el periodo precrisis 2005-2007, consecuencia del incremento del esfuerzo de auditoría llevado a cabo en respuesta a un mayor riesgo de auditoría y del riesgo empresarial durante la crisis.

En China, Zhang y Huang (2013) realizaron un estudio con el objetivo de analizar la existencia de asociación entre la fijación de precios de auditoría y el riesgo de la firma durante el año 2008. Los resultados del análisis empírico sugieren que el incremento de la prima de riesgo es fruto del incremento del riesgo de la firma auditora.

En Suecia, Alexeyeva y Svanström (2015) investigaron si el cambio en las condiciones económicas durante la crisis financiera afectó a los honorarios pagados por servicios de auditoría y de no auditoría al auditor, y si este patrón persistió durante el periodo poscrisis. Sus resultados evidencian que a los auditores se les paga mayores honorarios de auditoría durante la crisis financiera en comparación con el periodo de precrisis. Un aumento significativo en los honorarios de auditoría continúa en los periodos posteriores a la crisis.

En lado opuesto, se encuentran estudios como el de Krishnan y Zhang (2014), autores que examinarán la relación entre los honorarios de auditoría y calidad de la información financiera de los bancos norteamericanos durante la crisis financiera, observando que varias entidades financieras fueron capaces de negociar honorarios de auditoría más bajos durante los años 2008 y 2009. En Slovenia, Zaman *et al.* (2016) obtuvieron evidencia de que la crisis financiera afectó negativamente a los honorarios de auditoría de las empresas del sector de fabricación entre los años 2007 y 2012.

La mayoría de las evidencias expuestas se refieren a empresas cotizadas, siendo limitado el conocimiento sobre el comportamiento de los honorarios de auditoría durante la crisis cuando se trata de empresas no cotizadas. En épocas de crisis el número de empresas con problemas financieros y, en consecuencia, el riesgo de auditoría se ve incrementado. Pedrosa y López-Corrales (2018, p. 402) afirman que independientemente del tipo de auditor (Big 4 non-Big 4), el riesgo asumido por el auditor (riesgo de posibles litigios, de reputación o de pérdida del cliente) es menor en las pymes que en las empresas cotizadas. Por tanto, dadas las diferencias existentes entre un tipo de empresa y otra, respecto a la demanda de auditoría, es posible que exista un comportamiento diferencial por parte de los auditores al observado en los estudios centrados en el análisis de empresas cotizadas. Esto lleva a preguntarse si ¿los honorarios percibidos por los auditores de empresas no cotizadas (fundamentalmente pymes) con problemas financieros, cambian o experimentan variaciones en épocas de crisis respecto a periodos de menor riesgo? En nuestra opinión, las dificultades de auditar empresas con problemas financieros conllevan un mayor esfuerzo para los auditores tanto en épocas de crisis como de precrisis, pero es quizás en los periodos de mayor riesgo cuando tiene más repercusión el trabajo del auditor y, en consecuencia, los auditores deberían esforzarse en ser más rigurosos en su labor.

Aunque como se acaba de exponer la literatura previa existente sobre el impacto de los honorarios de auditoría durante la crisis financiera internacional iniciada en 2007 proporciona evidencias mixtas, debido a que se espera un comportamiento diferencial para las empresas analizadas (pymes con problemas financieros), se espera un aumento de los honorarios de auditoría, pues en periodos de crisis financiera el riesgo se incrementa y los auditores tratarán de gestionar el riesgo aumentando su esfuerzo de auditoría. Parece lógico pensar que este mayor esfuerzo revertirá en un incremento en los honorarios facturados a sus clientes. Por tanto, se formula la siguiente hipótesis⁵:

⁵ Se hace una prueba para una posible segunda hipótesis:

H2: El incremento de los honorarios es incluso más fuerte para clientes con mayor riesgo.

Para lo cual:

- a) Añadimos a las variables del primer modelo la variable *RISKY_CLIENT* como una variable *dummy* que diferencia entre clientes de alto riesgo y clientes de bajo riesgo, utilizando como *proxy* de riesgo el Zmijewski, por encima y por debajo de la mediana.

H1. *Los auditores incrementan los honorarios de auditoría a sus clientes, pymes con problemas financieros, durante el periodo de crisis financiera (2008-2010) si se compara con el periodo de precrisis (2006-2007).*

3. Metodología

3.1. Modelo de honorarios de auditoría

Para poder contrastar la hipótesis formulada se plantea un modelo de honorarios, con la siguiente forma funcional:

$$\begin{aligned}
 \text{LNAUDIT} = & \beta_0 + \beta_1 \text{CRISIS} + \beta_2 \text{LNTA} + \beta_3 \text{SRSUBS}_{\text{SP}} + \beta_4 \text{SRSUBS}_{\text{FO}} + \beta_5 \text{SRSIC} + \\
 & \beta_6 \text{INVREC} + \beta_7 \text{QUICK} + \beta_8 \text{ROA} + \beta_9 \text{LEV} + \beta_{10} \text{LOSS} + \beta_{11} \text{BIG4} + \beta_{12} \text{GC} + \\
 & + \beta_{13} \text{AUD LAG} + \beta_{14} \text{AUDCHANG} + \beta_{15} \text{ZFC} + \beta_{16} \text{BANKRUPT} + \beta_{17} \text{REGULCHANG} + \\
 & + \sum_{j=1}^3 \beta_{18} \text{SECTOR}_j + \varepsilon
 \end{aligned}$$

En la tabla 1 se describen las variables utilizadas en el modelo y el signo esperado de cada una de ellas en relación con la variable respuesta.

Tabla 1. Descripción de las variables del modelo y signo esperado

Variabes	Definición	Signo
<i>Variable dependiente</i>		
LNAUDIT	Logaritmo natural de honorarios (en euros)	
<i>Variable de interés</i>		
CRISIS	1, años de crisis (2008, 2009 y 2010); 0, en caso contrario (2006 y 2007)	+



$$\begin{aligned}
 \text{LNAUDIT} = & \beta_0 + \beta_1 \text{CRISIS} + \beta_2 \text{CRISIS} \times \text{RISKY}_{\text{CLIENT}} + \beta_3 \text{LNTA} + \beta_4 \text{SRSUBS}_{\text{SP}} + \beta_5 \text{SRSUBS}_{\text{FO}} + \beta_6 \\
 & \text{SRSIC} + \beta_7 \text{INVREC} + \beta_8 \text{QUICK} + \beta_9 \text{ROA} + \beta_{10} \text{LEV} + \beta_{11} \text{LOSS} + \beta_{12} \text{BIG4} + \beta_{13} \text{GC} + \beta_{14} \text{AUDLAG} + \beta_{15} \\
 & \text{AUDGHANG} + \beta_{16} \text{ZFC} + \beta_{17} \text{BANKRUPT} + \beta_{18} \text{RISKY}_{\text{CLIENT}} + \beta_{19} \text{REGULCHANG} + \sum_{j=1}^3 \beta_{20} \text{SECTOR}_j + \varepsilon
 \end{aligned}$$

- b) Incluimos también el término de interacción *CRISIS*RISKY_CLIENT* para capturar la H2.
- c) Realizamos la regresión lineal, comprobando que los resultados son semejantes a los del análisis del primer modelo y tampoco se observan resultados estadísticamente significativos para las nuevas variables.



VARIABLES	DEFINICIÓN	SIGNO
►		
<i>Variables de control</i>		
LNTA	Logaritmo natural del activo total	+
SRSUBS_SP	Raíz cuadrada del n.º de filiales españolas	+
SRSUBS_FO	Raíz cuadrada del n.º de filiales extranjeras	+
SRSIC	Raíz cuadrada del n.º de códigos de la clasificación de actividades económicas	+
INVREC	Inventarios más cuentas a cobrar, entre activos totales	+
QUICK	Activo corriente, menos inventarios, entre pasivo corriente	-
ROA	Rendimiento de los activos, calculado como resultado de la explotación dividido por los activos totales	-
LEV	Deuda entre activos totales	+
LOSS	1, si tuvo pérdidas los dos últimos años; 0, en caso contrario	+
BIG4	1, si el auditor es una de las 4 grandes firmas; 0, en caso contrario	+
GC	1, si el informe incluye mención a problemas de continuidad; 0, en caso contrario	+
AUDLAG	N.º de días desde la fecha de cierre de las cuentas anuales hasta la fecha de emisión del informe de auditoría	+
AUDCHANG	1, si hubo cambio de auditor en el periodo analizado; 0, en caso contrario	-
ZFC	Probabilidad de quiebra utilizando el modelo de Zmijewski (1984)	+
BANKRUPT	1, si la empresa se ha declarado en situación de concurso; 0, en caso contrario	+
REGULCHANG	1, si hubo cambio del PGC (año 2007); 0, el resto de los años (2006, 2007, 2009 y 2010)	+
SECTOR 1	1, si la empresa pertenece al sector de construcción; 0, en caso contrario	?



Variables	Definición	Signo
▶		
SECTOR 2	1, si la empresa pertenece al sector de actividad del comercio; 0, en caso contrario	?
SECTOR 3	1, si la empresa pertenece al sector de actividad de la industria; 0, en caso contrario	?

Crisis

Al igual que Xu *et al.* (2013), Zhang y Huang (2013) y Zaman *et al.* (2016) se incluye una variable *dummy* (*CRISIS*) con el fin de capturar el posible efecto de cambio en las condiciones económicas, distinguiendo dos periodos, precrisis (2006 y 2007) y crisis (2008, 2009 y 2010).

Tamaño de la empresa auditada

Desde el trabajo de Simunic (1980), diversos estudios (Hay *et al.*, 2006) han demostrado que el tamaño de la empresa auditada es una variable estadísticamente significativa relacionada con los honorarios de auditoría, esperando, por tanto, que la relación sea positiva. Para comprobar el tamaño, al igual que otros autores en sus estudios, se utiliza como variable el logaritmo del activo total (*LNTA*) (Alexeyeva y Svanström, 2015; Basioudis *et al.*, 2008; Xu *et al.*, 2013; Zhang y Huang, 2013).

Complejidad

Cuanto más complejo es un cliente, más difícil es de auditar y, en consecuencia, llevará más tiempo realizar el trabajo de auditoría (Hackenbrack y Knechel, 1997; Simunic, 1980). Para medir este grado de dificultad con el que se puede encontrar el auditor, se han incluido tres indicadores con el fin de determinar la relación entre la complejidad y los honorarios: a) el número de empresas filiales españolas (*SRSUBS_SP*), b) el número de empresas filiales extranjeras (*SRSUBS_FO*) y c) el número de códigos de la clasificación de actividades económicas (*SIC*) (*SRSIC*) (Hay *et al.*, 2006).

Riesgo

Existe una amplia literatura que demuestra que los honorarios de auditoría están relacionados positivamente con el riesgo, es decir, ante un mayor riesgo del cliente, el auditor puede estar expuesto a mayores pérdidas, lo que implicará un incremento de los honorarios de auditoría. Según Hay *et al.* (2006) el riesgo se puede dividir en tres grupos:

En primer lugar, el riesgo inherente; las dos áreas más utilizadas para el análisis de este riesgo son los inventarios y las cuentas a cobrar. De ahí que, con el objetivo de comprobar este riesgo se incluye la variable *INVREC* (Alexeyeva y Svansström, 2015; De Fuentes y Pucheta, 2009; Zaman *et al.*, 2016).

En segundo lugar, la rentabilidad, pues refleja en qué medida el auditor puede estar sometido al riesgo si su cliente no es viable financieramente (Simunic, 1980). Se utilizará el rendimiento de los activos (*return on assets, ROA*) (Alexeyeva y Svansström, 2015; Callaghan *et al.*, 2009; Xu *et al.*, 2013; Zaman *et al.*, 2016; Zhang y Huang, 2013).

En tercer lugar, el apalancamiento financiero de la empresa *the company's financial leverage*; los dos *proxies* más comúnmente utilizados para medir el nivel de endeudamiento han sido *LEV* and *QUICK* (Hay *et al.*, 2006). Por otra parte, la variable pérdidas (*LOSS*) se introduce en el modelo para analizar el nivel de riesgo operativo de la empresa como consecuencia de beneficios netos negativos en ejercicios anteriores (Alexeyeva y Svansström, 2015; Callaghan *et al.*, 2009; Carson *et al.*, 2004; Casterella *et al.*, 2004; Simunic, 1980; Xu *et al.*, 2013; Zaman *et al.*, 2016).

Riesgo adicional en épocas de crisis

La reciente crisis financiera provocó verdaderas dificultades en el funcionamiento de las empresas, dando lugar a un aumento significativo de los fracasos empresariales, lo cual conllevó un incremento del riesgo para el auditor que lógicamente afectó a su trabajo de auditoría. Cuando se producen crisis financieras, el auditor debe prestar más atención a aquellas situaciones o circunstancias que le puedan hacer dudar de la continuidad de la actividad de la empresa. Estas situaciones conllevarán un incremento de su esfuerzo de auditoría, pues deberá aplicar procedimientos adicionales de cara a la evaluación de dichos problemas, teniéndose que cerciorar de la correcta aplicación del principio de empresa en funcionamiento. Con el objetivo de controlar este riesgo adicional que puede presentar la empresa se incluyen en el modelo tres variables, las cuales esperamos tengan un signo positivo: a) principio de empresa en funcionamiento (*GC*), recoge la mención en el informe de auditoría por parte del auditor de la existencia de problemas de continuidad (Khrisnan y Wang, 2015; Stanley, 2011; Wang y Chui, 2015); b) probabilidad de quiebra (*ZFC*), mide el nivel de tensión financiera de la empresa tratando de predecir el fracaso empresarial. Se utiliza el índice financiero desarrollado por Zmijewski (1984)⁶ el cual está basado en las di-

⁶ El índice desarrollado por este autor tiene la siguiente forma funcional: $ZFC = -4,336 - 4,513$ (rentabilidad del activo) + $5,679$ (apalancamiento financiero) + $0,004$ (liquidez). En línea con otros autores, asumimos que los coeficientes dados por Zmijewski (1984) son válidos (Ruiz-Barbadillo *et al.*, 2009a, 2009b). Aunque el uso del modelo de Zmijewski tiene algunas limitaciones (por ejemplo, se desarrolló en momentos de tiempo diferentes), nos basamos en los coeficientes proporcionados por este modelo porque: (1) no se ha estable-

mensionen básicas del desequilibrio financiero como son la rentabilidad, el apalancamiento financiero y la liquidez; c) situación concursal (*BANKRUPT*), recoge aquellas empresas que fruto de su insolvencia se declaran en situación de concurso. Esta variable ha sido igualmente utilizada en el modelo de honorarios de auditoría desarrollado por Blay y Geiger (2013).

Retraso del informe de auditoría (AUDLAG)

Si el tiempo transcurrido entre la fecha de cierre de las cuentas anuales y la emisión del informe de auditoría es muy largo, puede interpretarse como una indicación de la eficiencia de una auditoría porque un retardo más largo de lo normal es probable que implique la existencia de problemas durante el curso de la misma, dificultades para resolver problemas de auditoría, o informes financieros más complejos de preparar (Knechel y Payne 2001).

Reputación (BIG4)

Estudios previos indican que las grandes firmas internacionales de auditoría cuentan con una reputación diferencial derivada de la existencia de un nombre de marca reconocido y proporcionan auditorías de mayor calidad que las empresas de auditoría pequeñas y medianas (DeAngelo, 1981; DeFond, 1992; Francis y Wilson, 1988). La existencia de una relación entre el nivel de honorarios del auditor y su reputación ha sido abordado por diversos autores obteniendo resultados positivos (Liu, 2007; Monterrey y Sánchez, 2007; Xiong y Zhang, 2018).

Tenemos que decir en este sentido y dejar claro que las pequeñas y medianas firmas auditoras sí tienen una muy buena reputación entre las pymes y que los resultados obtenidos en estudios anteriores sobre empresas cotizadas quizás no sean comparables en el sentido de que el comportamiento de las pymes es diferencial.

Cambio de auditor

Una de las razones más citadas cuando los clientes deciden cambiar de auditor es que se les va a facturar una tarifa más baja por honorarios de auditoría. Las tasas de auditoría más bajas pueden deberse a que las sociedades de auditoría ofrecen intencionadamente sus servicios con un descuento, con el fin de captar nuevos clientes (esto se denomina *lowballing*) o porque el nuevo auditor puede ofrecer un servicio más eficiente, lo cual justificaría una reducción de los honorarios de auditoría. Independientemente de la razón de la reducción de las tasas de auditoría, investigaciones anteriores han sugerido que la permanencia del auditor debe ser considerada en los modelos de honorarios de auditoría.

cido un modelo generalmente aceptado para las empresas españolas y (2) ha sido ampliamente utilizado en investigaciones relacionadas con opiniones por continuidad (por ejemplo, Carcello y Nagy, 2004).

Al igual que Charles *et al.* (2010), Redmayne *et al.* (2010), De Fuentes y Sierra-Grau (2015) y Wang y Chui (2015), se introduce en el modelo de honorarios de auditoría esta variable (*AUDCHANG*) para capturar a través de ella el cambio de auditor.

Cambio de legislación

Otra variable que puede influir en los honorarios percibidos por los auditores es el cambio en la normativa contable, como se ha puesto de manifiesto en estudios previos (De Fuentes y Sierra-Grau, 2015; Ghosh y Pawlewicz, 2009; Charles *et al.*, 2010). Este cambio obliga a los auditores a recibir una formación adicional que les permita desarrollar adecuadamente su trabajo. En el caso de España, la entrada en vigor del Plan General de Contabilidad (ICAC, 2007), que afectó a las cuentas anuales del ejercicio 2008, puede tener una influencia positiva en los honorarios de los auditores, reflejado en el modelo a través de la variable *REGULCHANG*.

Sector

Investigadores y auditores afirman que algunos sectores son más difíciles de auditar que otros, pues poseen un mayor volumen de inventarios, cuentas a cobrar, etc. (Simunic 1980; Turpen, 1990). En línea con Monterrey y Sánchez (2007) y Zhang y Huang (2013) se incluye el sector de actividad económica de la empresa (*SECTOR*), siendo esta variable el vector que captura la inclusión de las empresas en cada uno de los j sectores de actividad en que se han agrupado las empresas que componen la muestra (*SECTOR 1* = construcción, *SECTOR 2* = comercio, *SECTOR 3* = industria y *SECTOR 4* = el resto de servicios), con el fin de controlar la variación sectorial de los honorarios de auditoría.

3.2. Determinación de la muestra de empresas

La presente investigación pretende obtener evidencia de si en un entorno de crisis (en el que las empresas pueden tener más problemas para hacer frente a sus deudas y, por lo tanto, para seguir funcionando), los honorarios de auditoría se incrementan como consecuencia del mayor esfuerzo de los auditores para obtener pruebas que permitan verificar los estados financieros de sus clientes. Para realizar el análisis, se parte de la población de empresas españolas no cotizadas (pymes) y con problemas financieros, obligadas a auditar en los años 2006-2010. La información necesaria fue proporcionada por el servicio de información al apoyo empresarial (ARDÁN)⁷ del Consorcio de la Zona Franca de Vigo.

⁷ ARDÁN: es una de las bases de datos de empresas españolas más completas, que permite seleccionar, clasificar e imprimir listados o fichas de empresas de las más de 80.000 empresas españolas que la conforman. Los datos (cuentas anuales e informes de auditoría) de esta base de datos proceden de los depósitos que deben realizar obligatoriamente las sociedades en los Registros Mercantiles de toda España.

El procedimiento que se aplica para identificar las empresas con problemas financieros (con riesgo de continuidad), y que ha sido utilizado frecuentemente en otros estudios (Reynolds y Francis, 2001; DeFond *et al.*, 2002; Ruiz-Barbadillo *et al.*, 2009a, 2009b), consiste en obtener una serie de indicadores a través de las siguientes variables: a) Fondo de rotación negativo; b) Resultados del ejercicio negativos (pérdidas durante dos años consecutivos); c) Fondos propios inferiores a la cifra del capital social. De tal manera que una empresa presenta problemas para continuar cuando cumple alguno de estos indicadores. El criterio utilizado para identificar las empresas con problemas financieros se aplicó a lo largo de todos los años de la muestra.

Por otro lado, a pesar de que puedan existir estos factores causantes de la duda de la continuidad de la empresa, se considera que podrían existir otros factores que podrían reducir la probabilidad de quiebra de la empresa (factores mitigantes de la duda). Por tanto, las empresas que reunían alguno de siguientes indicadores fueron eliminadas de la población; en línea con Reynolds y Francis (2001), Ruiz-Barbadillo *et al.* (2009a, 2009b), los tres siguientes factores que se cumplan en el año siguiente se consideraron como factores mitigantes de la duda: a) Emisión de capital; b) Obtención de deuda a largo plazo, y c) Ventas importantes de activos. Siguiendo a Reynolds y Francis (2001), los incrementos de deuda y de ventas de activos tienen que exceder como mínimo en un 5 % del total del activo del año anterior (año en cuestión).

Dada la dificultad de realizar el estudio y análisis de todos y cada uno de los informes de auditoría de las empresas con problemas financieros identificados, se procedió a seleccionar una muestra representativa sobre la que realizar el estudio. El criterio elegido para la selección de las empresas de la muestra es un método de muestreo estratificado con reemplazamiento. Los estratos son los sectores de actividad a los que pertenecen las empresas de la población, realizando la selección con afijación proporcional al número de empresas de cada sector y con un error de estimación del 0,05. Utilizando un método de muestreo estratificado por sectores de actividad, el total de observaciones que forman la muestra es de 1.255. Al no poder obtener información sobre 147 observaciones, la muestra definitiva sobre la que se realiza el estudio empírico es de 1.108 observaciones en total (209 observaciones para el año 2006, 219 observaciones para el año 2007, 223 observaciones para el año 2008, 229 observaciones para el año 2009 y 228 observaciones para el año 2010). Por tanto, 428 corresponden al periodo de precrisis (2006-2007), mientras que 680 corresponden al periodo de crisis (2008-2010).

4. Resultados empíricos

4.1. Estadísticos descriptivos y análisis univariante

La tabla 2 contiene una serie de estadísticos descriptivos, máximos, mínimos, medias y desviación estándar de las variables continuas que se utilizan en el análisis. Cabe destacar una gran dispersión para las variables *AUDLAG* y *LNTA*.

La media del tiempo transcurrido en la emisión del informe desde el cierre de las cuentas anuales es de 129 días. El logaritmo del activo total presenta un valor medio de 16,7454, lo que significa que el tamaño medio de las empresas medido por el total de activos es de 18.725.560,12 euros.

Tabla 2. Estadísticos descriptivos de las variables continuas

VARIABLES explicativas	Mínimo	Máximo	Media	Desviación estándar (SD)
LNAUDIT	,00	13,92	9,4199	,97817
LNTA	13,48	23,95	16,7454	1,45250
SRSUBS_SP	,00	14,25	,6133	1,21909
SRSUBS_FO	,00	6,93	,3275	,79184
SRSIC	,00	13,82	1,2778	,88335
INVREC	,00	1,00*	,4330	,26053
QUICK	,02	15,28	,7927	,92839
ROA	-2,10	,68	-,0088	,17308
LEV	,00	8,54	,7623	,40030
AUDLAG	2,00	354,00	129,5805	48,19607
ZFC	,000	1,000	,47955	,333175

* Tres empresas de la muestra toman valores muy próximos a 1.

La tabla 3 presenta las frecuencias y porcentajes de las variables categóricas que caracterizan los datos muestrales. El 61,4 % de los casos estudiados pertenecen al periodo de crisis (2008-2010), mientras que el 38,6 % corresponden a un periodo anterior a la crisis (2006-2007). El 32,3 % de las empresas de la muestra tuvieron pérdidas los dos últimos años, el 10,6 % recibieron una opinión por principio de empresa en funcionamiento en su informe de auditoría y el 33,6 % fueron auditadas por una de las cuatro grandes firmas (Big 4). Solo el 6,5 % han presentado cambio de auditor, el 4,2 % de las empresas se declararon en situación concursal y un 20,1 % de ellas tuvieron que someter por primera vez su contabilidad a cambios fruto de la aprobación de un nuevo Plan General de Contabilidad

en 2007. Además, los sectores de actividad con mayor representación son el de la industria con casi el 32 % (sector 3) y el del comercio con el 27,4 % (sector 2), siendo el sector de la agricultura y construcción el que presenta menor proporción con tan solo un 10 %. Por diferencia, el resto de servicios representan el 30,7 %.

Tabla 3. Frecuencias de las variables categóricas

Variable	Valor	Frecuencia	%
CRISIS	1 = años de crisis (2008, 2009 y 2010)	680	61,4
	0 = en caso contrario (2006-2007)	428	38,6
LOSS	1 = si tuvo pérdidas los dos últimos años	358	32,3
	0 = en caso contrario	750	67,7
BIG4	1 = si el auditor es una de las 4 grandes firmas	372	33,6
	0 = en caso contrario	736	66,4
GC	1 = si la opinión es por PEF	117	10,6
	0 = en caso contrario	991	89,4
AUDCHANG	1 = si hubo cambio de auditor	70	6,5
	0 = en caso contrario	1.038	93,5
BANKRUPT	1 = si la empresa se declaró en situación de concurso en años posteriores	46	4,2
	0 = en caso contrario	1.062	95,8
REGULCHANG	1 = cambio PGC (año 2007)	223	20,1
	0 = resto de años	885	79,9
SECTOR 1	1 = sector de construcción	111	10
	0 = resto	9.977	90
SECTOR 2	1 = sector del comercio	304	27,4
	0 = resto	804	72,6
SECTOR 3	1 = sector de la industria	353	31,9
	0 = resto	755	68,1

Por último, observamos en la tabla 4, a través del test de medias, que existen diferencias significativas entre los grupos analizados (periodo de crisis y previo a la crisis) para las variables *SRSUBS_SP*, *SRSUBS_FO*, *SRSIC*, *INVREC*, *ROA*, *LOSS*, *GC*, *ZFC* y

REGULCHANG. En relación con el resto de variables, se acepta la hipótesis de igualdad de medias en ambos periodos analizados (crisis y precrisis).

Tabla 4. Test de diferencias de medias sobre las variables utilizadas en el modelo de regresión para el periodo de precrisis y de crisis

Variables	Precrisis (2006-2007) n = 428 Media (SD)	Crisis (2008-2010) n = 680 Media (SD)	Precrisis – Crisis t-valor/ chi-cuadrado ^a (Sig.)
LNAUDIT	9,3820 (,94306)	9,4432 (,99917)	-,993 (,321)
LNTA	16,6831 (1,38466)	16,7845 (1,49329)	-1,132 (,258)
SRSUBS_SP	,5046 (1,23193)	,6818 (1,20683)	-2,361** (,018)
SRSUBS_FO	,3841 (,73518)	,2918 (,82406)	1,939* (,053)
SRSIC	1,1579 (1,35859)	1,3533 (,31089)	-2,927*** (,004)
INVREC	,4530 (,26390)	,4203 (,25779)	2,036** (,042)
QUICK	,7778 (,97219)	,8021 (,90033)	-,423 (,672)
ROA	,0097 (,17089)	-,0204 (,17355)	2,831*** (,005)
LEV	,7777 (,29249)	,7526 (,45519)	1,018 (,309)
LOSS	,21 (,405)	,40 (,490)	-7,061*** (,000)
BIG4	,33 (,470)	,34 (,474)	-,483 (,629)
GC	,07 (,248)	,13 (,338)	-3,714*** (,001)



Variables	Precrisis (2006-2007) n = 428 Media (SD)	Crisis (2008-2010) n = 680 Media (SD)	Precrisis – Crisis t-valor/ chi-cuadrado ^a (Sig.)
AUDLAG	127,0820 (48,10230)	131,1517 48,22403	-1,368 (,172)
AUDCHANG	,07 (,261)	,05 (,228)	1,204 (,229)
ZFC	,5023386 (,3271730)	,4652197 (,3363376)	1,808* (,071)
BANKRUPT	,04 (,206)	,04 (,195)	,380 (,704)
REGULCHANG	,00 (,000)	,33 (,470)	-18,202*** (,000)
SECTOR 1	,12 (,324)	,09 (,284)	1,620 (,106)
SECTOR 2	,25 (,434)	,29 (,454)	-1,457 (,145)
SECTOR 3	,32 (,467)	,32 (,466)	,085 (,932)

Notas: ^a los t-valores se representan para las variables continuas y los valores chi-cuadrado para las variables categóricas; *, **, *** representan niveles de significación al 0,1, 0,05 y 0,01, respectivamente.

4.2. Análisis multivariante

Para estudiar la correlación entre las variables del modelo, se presenta una matriz de correlaciones de Pearson en la tabla 5, midiendo estas correlaciones como están relacionadas las variables. La hipótesis nula a contrastar es H_0 : «no existe relación entre las variables». Los coeficientes pueden estar entre $-1/+1$ (relación negativa perfecta/relación positiva perfecta). Se observa que las variables más relacionadas con la variable dependiente (*LNAUDIT*) son *LNTA* y *BIG4*, cuyos coeficientes alcanzan o son superiores a 0,5 con un nivel de significación del 1 %. Para el resto de las variables, los coeficientes son relativamente bajos, en la mayoría de los casos inferiores a 0,2.

Tabla 5. Matriz de correlación

Variable	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	(12)	(13)	(14)	(15)	(16)	(17)	(18)	(19)	(20)	(21)	
LNAUDIT	1																					
CRISIS	,030	1																				
LNTA	,598"	,034	1																			
SRSUBS_SP	,259"	,071"	,419"	1																		
SRSUBS_FO	,256"	-,057"	,436"	,522"	1																	
SRSIC	,132"	,108"	,209"	,345"	,347"	1																
INVREC	-,010"	-,061"	-,232"	-,105"	-,183"	-,024	1															
QUICK	-,007"	,013"	-,082"	-,010"	,001"	,007"	,005	1														
ROA	-,043"	-,085"	,149"	,056"	,043"	-,021"	-,132"	-,124"	1													
LEV	,067"	-,031"	-,076"	-,027"	-,057"	,024"	,289"	-,139"	-,376"	1												
LOSS	-,001"	,199"	-,112"	-,077"	-,087"	,001"	,183"	,200"	-,397"	,077"	1											
BIG4	,483"	,015"	,470"	,143"	,184"	,072"	-,092"	,072"	-,030"	,029"	,028	1										
GC	,056"	,104"	-,009"	-,062"	-,068"	,006"	,109"	,006"	-,273"	,297"	,252"	-,014	1									
AUDLAG	-,189"	,041"	-,163"	-,071"	-,111"	-,034"	,090"	-,029"	,046"	-,006"	-,031"	-,163"	,040	1								
AUDCHANG	-,006"	-,037"	,015"	-,022"	,039"	-,021"	,073"	-,012"	-,044"	-,014"	,049"	,024"	-,015"	,009	1							



Variable	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)	(12)	(13)	(14)	(15)	(16)	(17)	(18)	(19)	(20)	(21)	
ZFC	,074	-.054	-.038	-.027	-.071	,032	,451	-.123	-.352	,630	,168	,007	,310	,049	,026	1						
SECTOR 1	-.014	-.050	,079	,132	,056	,098	,135	-.044	-.020	,060	-.025	-.034	,042	,093	,040	,141	1					
SECTOR 2	-.060	,043	-.198	-.087	-.121	,002	,251	-.118	,051	,064	,008	-.137	-.040	,065	,028	,124	-.205	1				
SECTOR 3	-.010	-.003	-.005	-.074	,006	-.052	,047	,070	-.047	,001	,066	-.035	,017	-.019	-.046	-.073	-.228	-.420	1			
BANKRUPT	-.078	-.011	-.041	-.009	-.014	,003	,002	-.030	,001	-.008	,059	-.090	,017	,090	-.016	,011	,006	,034	,062	1		
REGULCHANG	,010	,398	,008	,031	-.057	,057	,000	-.034	,031	,004	-.010	-.057	,069	,076	-.025	,010	,012	-.021	,005	-.037	1	

Notas: **, la correlacion es significativa al nivel 0,01 y 0,05, respectivamente.

Para contrastar la hipótesis emitida, estimamos el modelo aplicando un análisis de regresión lineal múltiple, cuyos resultados se presentan en la tabla 6. En ella se refleja, por un lado, el signo esperado para cada variable en relación con la variable respuesta; por otro lado, aparecen reflejados los coeficientes estimados (no estandarizados) del modelo de honorarios de auditoría, cuyo signo nos indica si se corresponde con el esperado para cada variable. Además, se recogen los coeficientes tipificados (estandarizados) denominados β , que reflejan el peso específico de cada variable en el modelo, indicando qué variable es más influyente de todo el conjunto de variables independientes. Las dos últimas columnas recogen el valor del estadístico y su significación (p-valor).

Con respecto a la bondad del ajuste, el valor de la R^2 corregida indica que el modelo tiene una capacidad explicativa del 44,4 % de las variaciones de la variable dependiente, para un nivel de confianza del 95 %. Aunque esta capacidad explicativa está por debajo de la obtenida en otros estudios (Casterella *et al.*, 2004; Monterrey y Sánchez, 2007), sin embargo, es superior al de otros modelos como el de Carson *et al.* (2004) o el de Liu (2007).

En este modelo, la variable de interés, *CRISIS*, no tiene significación estadística (p-valor = 0,894), siendo su coeficiente de signo negativo y, por tanto, contrario al esperado. A la vista de los resultados, podemos concluir que la tendencia a un incremento de los honorarios de auditoría a los clientes pymes con problemas financieros, no es mayor en épocas de crisis si lo comparamos con periodos anteriores a la crisis. Por tanto, no podemos aceptar la hipótesis (H₁). El resultado de la variable *LNTA* (tamaño) es significativo estadísticamente (p-valor = 0,000) y con el signo esperado; esto quiere decir que las empresas que presentan problemas de desequilibrios financieros, cuanto más tamaño tengan, cuentan con una mayor probabilidad de que los honorarios por servicios de auditoría sean mayores. Esta es una de las variables con mayor significado estadístico, siendo también la variable con mayor peso específico (0,532) sobre la variable respuesta. Las variables *INVREC* y *ROA* relativas al riesgo de la empresa, no solo van acompañadas del signo esperado, sino que presentan diferencias significativas al nivel del 1 % (p-valor = 0,000 y p-valor = 0,000, respectivamente). Esto quiere decir que las empresas que han tenido mayor riesgo financiero en el periodo estudiado son las que tienen una mayor probabilidad de pagar honorarios más altos. Respecto a las variables relacionadas con las características de la firma auditora, solo presentan significación estadística *BIG4* (p-valor = 0,000) y *AUDLAG* (p-valor = 0,006). Por lo tanto, las firmas de auditoría representadas por las cuatro grandes influyen y con coeficiente positivo en los honorarios percibidos por los auditores. Aunque según argumentos anteriores, era de esperar que las firmas *BIG4*, por su nivel de reputación diferencial, incrementen sus honorarios a las empresas pymes con problemas financieros, particularmente nosotros argumentamos estos resultados sobre el hecho de que las pymes son auditadas fundamentalmente por pequeñas y medianas auditoras y que no son estas las que suben los precios y, por tanto, supeditan su grado de esfuerzo y calidad con base en este, si no que quienes así parece que lo hacen son las Big 4. Mientras, un mayor retraso en la emisión del informe de auditoría también influye, pero, como puede observarse, con signo contrario al esperado. En cuanto a las variables representativas de los sectores de actividad, las varia-

bles *SECTOR 2* (comercio) y *SECTOR 3* (industria) carecen de significatividad estadística, siendo la única excepción la variable *SECTOR 1* (construcción) que presenta un p-valor = 0,012, inferior al nivel de significación preestablecido del 5 %. El signo negativo del coeficiente de esta variable indica que la probabilidad de recibir honorarios de auditoría más altos, es menor para las empresas que se dedican a la actividad constructora que para las que se dedican al resto de sectores.

Por último, observamos que las variables más influyentes en el modelo, es decir, las que presentan mayor peso específico (mayor coeficiente tipificado, β) son *LNTA* (0,532), *INVREC* (0,139) y *BIG4* (0,237).

Tabla 6. Resultados de la regresión lineal múltiple del modelo de honorarios

Variable	Signo esperado	Coefficientes del modelo	B	t	Sig. estadística
CONSTANTE		3,167		8,675	,000***
CRISIS	+	-,007	-,004	-,133	,894
LNTA	+	,356	,532	16,977	,000***
SRSUBS_SP	+	,021	,026	,901	,368
SRSUBS_FO	+	-,006	-,005	-,170	,865
SRSIC	+	,000	,000	-,006	,995
INVREC	+	,524	,139	4,755	,000***
QUICK	-	,020	,020	,800	,424
ROA	-	-,550	-,099	-3,503	,000***
LEV	+	,077	,032	1,027	,304
LOSS	+	-,041	-,020	-,729	,466
BIG4	+	,487	,237	8,781	,000***
GC	+	,093	,029	1,150	,250
AUDLAG	+	-,001	-,066	-2,774	,006**



Variable	Signo esperado	Coefficientes del modelo	B	t	Sig. estadística
AUDCHANG	-	-,123	-,030	-1,298	,194
ZFC	+	-,064	-,022	-,657	,511
BANKRUPT	+	-,133	-,027	-1,151	,250
REGULCHANG	+	,079	,032	1,272	,204
SECTOR 1	?	-,222	-,067	-2,514	,012*
SECTOR 2	?	,098	,045	1,483	,138
SECTOR 3	?	-,013	-,006	-,219	,827

R² corregido = 0,444

Notas: *, **, *** representan niveles de significación al 0,1, 0,05 y 0,01, respectivamente.

5. Análisis de sensibilidad de los resultados

El análisis de sensibilidad se desarrolla con el fin de comprobar si los resultados obtenidos son robustos. Se encuentra que, en el periodo de crisis, los honorarios de auditoría cobrados por los auditores no son más altos que en el periodo previo a la crisis, a pesar de que entre las distintas estrategias para gestionar el riesgo se encuentre la de incrementar el esfuerzo de auditoría. Como los grandes clientes proporcionan un porcentaje mayor de los ingresos totales de los auditores, puede que los auditores sean menos propensos a arriesgarse a perder un cliente grande y, por tanto, son más reacios a incrementar los honorarios de auditoría para estos clientes grandes durante la crisis (Xu *et al.*, 2013). Para probar si los resultados del modelo de este estudio sobre honorarios de auditoría coinciden indistintamente para los clientes grandes y para los clientes pequeños, se realiza un nuevo análisis. Este consiste en seleccionar los cuartiles inferior y superior de nuestras observaciones, ordenándolas por el importe de activos totales y nuevamente se hace la regresión del modelo para una y otra submuestra. Los resultados de esta prueba se observan en las tablas 7 y 8 para la submuestra formada por el cuartil superior e inferior, respectivamente.

Para las empresas de mayor tamaño, se puede decir que el modelo es robusto, tal como se observa en la tabla 7, ya que las mismas variables que son significativas en el modelo analizado son también significativas para las empresas que presentan mayores activos. En cambio, los resultados obtenidos en la regresión para las empresas encuadradas en el pri-

mer cuartil (empresas de reducida dimensión), reflejados en la tabla 8, evidencian también que los resultados principales relativos a la robustez del modelo se cumplen, es decir, los honorarios de auditoría cobrados por los auditores de pequeños clientes no se incrementan en años de crisis. Si bien existen tres variables, *INVREC*, *ROA* y *AUDLAG* que no presentan significación estadística en el modelo.

Tabla 7. Resultados de la regresión lineal del modelo de honorarios para el cuartil superior

Variable	Signo esperado	Coefficientes del modelo	B	t	Sig. estadística
CONSTANTE		,114		,102	,919
CRISIS	+	-,135	-,060	-1,075	,283
LNTA	+	,520	,520	8,826	,000***
SRSUBS_SP	+	-,001	-,002	-,025	,980
SRSUBS_FO	+	,031	,036	,536	,593
SRSIC	+	,015	,020	,358	,721
INVREC	+	,986	,252	3,935	,000***
QUICK	-	,127	,072	1,414	,158
ROA	-	-2,952	-,259	-4,219	,000***
LEV	+	,456	,119	1,230	,220
LOSS	+	-,212	-,085	-1,414	,159
BIG4	+	,323	,138	2,675	,008***
GC	+	,044	,013	,219	,827
AUDLAG	+	-,002	-,099	-2,024	,044**
AUDCHANG	-	-,061	-,013	-,260	,795
ZFC	+	-,655	-,206	-1,929	,055*
BANKRUPT	+	,482	,074	1,452	,148



Variable	Signo esperado	Coefficientes del modelo	B	t	Sig. estadística
▶					
REGULCHANG	+	,270	,099	1,854	,065*
SECTOR 1	?	-,679	-,216	-3,751	,000***
SECTOR 2	?	,389	,125	2,285	,023**
SECTOR 3	?	-,062	-,026	-,459	,647

R² corregido = 0,375

Nota: *, **, *** representan niveles de significación al 0,1, 0,05 y 0,01, respectivamente.

Tabla 8. Resultados de la regresión lineal del modelo de honorarios para el cuartil inferior

Variable	Signo esperado	Coefficientes del modelo	B	t	Sig. estadística
CONSTANTE		2,115		1,222	,223
CRISIS	+	-,027	-,017	-,223	,823
LNTA	+	,431	,257	3,833	,000***
SRSUBS_SP	+	-,038	-,029	-,464	,643
SRSUBS_FO	+	,171	,070	1,104	,271
SRSIC	+	-,066	-,049	-,703	,483
INVREC	+	,247	,076	1,083	,280
QUICK	-	,045	,056	,833	,406
ROA	-	-,244	-,093	-1,167	,245
LEV	+	,187	,151	2,021	,044**
LOSS	+	,039	,025	,362	,718
BIG4	+	,578	,267	4,301	,000***



Variable	Signo esperado	Coefficientes del modelo	B	t	Sig. estadística
GC	+	-,052	-,023	-,338	,736
AUDLAG	+	-,001	-,050	-,827	,409
AUDCHANG	-	-,082	-,024	-,392	,696
ZFC	+	-,062	-,027	-,346	,729
BANKRUPT	+	,217	,055	,915	,361
REGULCHANG	+	,095	,051	,762	,447
SECTOR 1	?	-,006	-,002	-,032	,975
SECTOR 2	?	,062	,041	,472	,637
SECTOR 3	?	-,200	-,118	-1,431	,154

R² corregido = 0,128

Nota: *, **, *** representan niveles de significación al 0,1, 0,05 y 0,01, respectivamente.

6. Conclusiones

El objetivo de este trabajo de investigación ha sido analizar los honorarios de auditoría percibidos por los auditores, antes y durante la crisis financiera global, para evaluar si esta afectó a los honorarios de los auditores. En el contexto internacional existen estudios previos sobre el tema de honorarios de auditoría, pero en mercados diferenciados al nuestro. Esta investigación se realiza sobre empresas no cotizadas españolas, lo que supone una importante novedad dado que la práctica totalidad de trabajos existentes sobre honorarios de auditoría a nivel internacional son sobre empresas cotizadas en los mercados de valores.

Los resultados obtenidos revelan que los honorarios cobrados por los auditores no se ven afectados por la crisis financiera, estando en consonancia con otros estudios previos como los de Krishnan y Zhang (2014) o Zaman *et al.* (2016). Este hallazgo, contrario a la hipótesis planteada, podría justificarse por la relación entre la competencia del mercado de auditoría y las condiciones económicas existentes. Además, también creemos que la clave puede estar en el comportamiento diferencial de las pymes y que, por tanto, los resultados obtenidos en estudios sobre empresas cotizadas no son comparables. La disminución de precios por servicios de auditoría pueden ser consecuencia de que cuando se producen

crisis económicas pueden conllevar: la reducción de la demanda de estos servicios, la reducción del número de empresas con obligación de auditarse y la mejora en la competencia entre las empresas de auditoría. En este sentido, las sociedades de auditoría pueden tratar de hacer frente al exceso de capacidad temporal de mano de obra con experiencia reduciendo los precios y las empresas clientes intentarán negociar una bajada de los precios de auditoría con el objetivo de minimizar costes (Abdel-Khalik, 1990; Maher *et al.*, 1992). Por otra parte, cabe destacar la estructura oligopólica y la elevada concentración del mercado de auditoría español, pudiendo relacionarse los altos niveles de concentración con una alta competencia en precios. Esta evidencia sería consistente con la teoría sobre la estructura del mercado eficiente propuesta por Demsetz (1973). Este autor expone que las empresas que tienen altas cuotas de mercado disfrutan de economías de escala, y pueden ofertar servicios a precios más bajos, incrementando así tanto su cuota de mercado como la concentración en el mismo (Ruiz-Barbadillo *et al.*, 2016).

Este estudio también ha permitido observar cuáles son los factores que determinan dichos honorarios de auditoría, es decir, aquellos factores que pueden tener influencia significativa sobre los honorarios facturados por los auditores a sus clientes por la realización del trabajo de auditoría. En referencia a las variables relacionadas con la empresa auditada (tamaño, riesgo y complejidad), hemos observado que el tamaño de la empresa cliente medido a través de su activo influye de forma significativa. En cuanto al riesgo, destacan dos de las cinco variables incluidas en el modelo, la ratio de inventarios más cuentas a cobrar entre el total de activos y el ROA. En relación con la complejidad, no han sido significativas ninguna de las variables consideradas en el modelo. De ahí que el grado de complejidad del cliente medido a través del número de filiales que posee tanto nacionales como extranjeras no tienen influencia en el nivel de honorarios de auditoría. Por último, denotar la influencia de la pertenencia de la empresa auditada al sector de la construcción, pues los resultados indican que el grupo de empresas que pertenecen a este sector guardan una relación positiva con los honorarios de auditoría. Cabe destacar el excesivo protagonismo que en la economía española tiene este sector cuando se desata la crisis económica y, por tanto, fue uno de los más afectados. Con respecto a la empresa de auditoría, las variables que han resultado significativas son el tipo de auditor representado por las Big 4 y el retraso en la emisión del informe de auditoría.

Muchos de estos factores determinantes de los honorarios de auditoría en el caso español son semejantes a los identificados en otros países, lo que evidencia que la globalización de la profesión de auditoría es un hecho que tiene incidencia en la determinación de los honorarios. No obstante, debe tenerse en cuenta que este estudio se circunscribe al entorno español, de ahí que podrían existir otros factores de tipo cultural inabordados en este estudio, que podrían tener impacto en los honorarios de auditoría según los países. Por tanto, el presente estudio no está libre de limitaciones y además de lo expuesto, cabe señalar la imposibilidad de incluir en el modelo la variable que refleje los honorarios por servicios distintos a los de auditoría. En las memorias de cuentas anuales de la muestra de empresas, prácticamente no existían evidencias sobre los honorarios de no auditoría. Otros trabajos muestran la existencia de interdependencias entre los honorarios de auditoría y los hono-

rarios de no auditoría, e identifican eficiencias derivadas del aprovechamiento del flujo de conocimientos obtenidos en una actividad que son aplicados en la otra actividad (Monte-rey y Sánchez, 2007; Palmrose, 1986; Simunic, 1984).

Los resultados del presente estudio desprenden implicaciones que pueden ser interesantes para diversos colectivos; por una parte, para los organismos reguladores, como complemento a la información recopilada por el ICAC sobre la facturación y precios cobrados por los servicios de auditoría. Estos resultados les pueden aportar un mayor conocimiento del estado del mercado de auditoría, y así poder valorar cuál puede ser el momento adecuado para el incremento de las tasas cobradas a los auditores por emisión de los informes. Además, también sirve como evidencia a los organismos reguladores sobre su preocupación por el impacto que se produce en la calidad de la auditoría cuando se producen recortes en los honorarios cobrados por los auditores. Cuando una firma de auditoría decide disminuir sus honorarios de auditoría, existe la preocupación de que el auditor recurra a tomar varios atajos y pueda cometer errores o perder pasos importantes en el proceso de auditoría (Chen *et al.*, 2018). Por otro lado, para los auditores y empresas la información sobre los honorarios de auditoría es relevante a la hora de negociar o renegociar los precios en los contratos por los servicios de auditoría.

Para finalizar, existen varias corrientes de investigación futuras relacionadas con este trabajo para el caso español. En primer lugar, podría considerarse obtener evidencia para las empresas cotizadas. En segundo lugar, y relacionada con nuestra limitación, podría analizarse cómo ha afectado la crisis financiera a los honorarios percibidos por los auditores para los servicios distintos a los de auditoría. En tercer lugar, podría extenderse el análisis desde los años de precrisis hasta la actualidad, diferenciando tres periodos, precrisis, crisis y poscrisis, con la finalidad de observar y poder comparar si la crisis ha afectado al nivel de honorarios de auditoría en cada uno de estos periodos.

Referencias bibliográficas

- Abbott, L. J., Gunny, K. y Pollard, T. (2017). The impact of litigation risk on auditor pricing behavior: Evidence from reserve mergers. *Contemporary Accounting Research*, 34(2), 1.103-1.127.
- Abdel-Khalik, A. R. (1990). The jointness of audit fees and demand for MAS: a self-selection analysis. *Contemporary Accounting Research*, 6(2), 295-322.
- Alexeyeva, I. y Svanström, T. (2015). The impact of the global financial crisis on audit and non-audit fees. *Managerial Auditing Journal*, 30(4/5), 302-323.
- Allen, F. y Carletti, E. (2008). The role of liquidity in financial crises. *Jackson Hole Economic Policy Symposium*. Recuperado de <https://repository.upenn.edu/fnce_papers/48>.

- Asthana, S., Balsam, S. y Kim, S. (2009). The effect of Enron, Andersen, and Sarbanes-Oxley on the US market for audit services. *Accounting Research Journal*, 22(1), 4-26.
- Badertscher, B., Jorgensen, B., Katz, S. y Kinney, W. (2014). Public equity and audit pricing in the United States. *Journal of Accounting Research*, 52 (2), 303-339.
- Basioudis, I. G., Papakonstantinou, E. y Geiger, M. A. (2008). Audit fees, non-audit fees and auditor going-concern reporting decisions in the United Kingdom. *Abacus, A Journal of Accounting, Finance and Business Studies*, 44(3), 284-307.
- Bedard, J. C., Donald, R. D., Curtis, M. B. y Jenkins, J. G. (2008). Risk monitoring and control in audit firms: A research synthesis. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 27(1), 187-218.
- Bell, T., Wayne, L. y Shackelford, D. (2001). Auditor's Perceived Business Risk and Audit Fees: Analysis and Evidence. *Journal of Accounting Research*, 39(1), 35-43.
- Blay, A. y Geiger, M. A. (2013). Auditor fees and auditor independence: Evidence from going concern reporting decisions. *Contemporary Accounting Research*, 30(2), 579-606.
- BOE, Boletín Oficial del Estado. (2010). Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Recuperado de <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>>.
- BOE, Boletín Oficial del Estado. (2015). Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Recuperado de <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8147>>.
- Callaghan, J., Parkash, M. y Singhal, R. (2009). Going-concern audit opinions and the provision of non-audit services: Implications for auditor independence of bankrupt firms. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 28(1), 153-169.
- Carcello, J. V. y Nagy, A. (2004). Audit firm tenure and fraudulent financial reporting. *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, 23(2), 55-69.
- Carson, E., Fargher, N., Geiger, M., Lennox, C., Raghunandan, K. y Willekens, M. (2013). Auditor reporting on going-concern uncertainty: A research synthesis. *Auditing: A Journal of Practice & Theory American Accounting Association*, 32(1), 353-384.
- Carson, E., Fargher, N., Simon, D. y Taylor, M. (2004). Audit fees and market segmentation further evidence on how clients size matters within the context of audit fee models. *International Journal of Auditing*, 8(1), 79-91.
- Caso, C., Martínez, A. y Río, M. J. (2011). Los riesgos de concentración en el mercado de auditoría. *Partida doble* (236), 10-21.
- Casterella, J., Francis, J., Lewis, B. y Walker, P. (2004). Auditor industry specialization, client bargaining power and audit pricing. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 23(1), 123-140.
- Chaney, P. K., Jeter, D. C. y Shivakumar, L. (2004). Self-selection of auditors and audit pricing in private firms. *The Accounting Review*, 79(1), 51-72.
- Charles, S. L., Glover, S. M. y Sharp, N. Y. (2010). The association between financial reporting risk and audit fees before and after the historic events surrounding SOX. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 29(1), 15-39.
- Chen, L., Krishnan, G. V. y Yu, W. (2018). The relation between audit fee cuts during the global financial crisis and earnings quality and audit quality. *Advances in accounting*, 43, 14-31.

- Choi, J. H., Kim, J. B., Liu, X. y Simunic, D. A. (2008). Audit pricing, legal liability regimes, and Big 4 premiums: theory and cross-country evidence. *Contemporary Accounting Research*, 25(1), 55-99.
- Choi, J. H., Kim, J. B., Liu, X. y Simunic, D. A. (2009). Cross-listing audit fee premiums: Theory and evidence. *The Accounting Review*, 84(5), 1.429-1.463.
- Clatworthy, M. A. y Peel, M. J. (2007). The effect of corporate status on external audit fees: evidence from the UK. *Journal of Business Finance & Accounting*, 34(1-2), 169-201.
- Clatworthy, M. A., Makepeace, G. H. y Peel, M. J. (2009). Selection bias and the Big Four premium: new evidence using Heckman and matching models. *Accounting and Business Research*, 39(2), 139-166.
- Competition Commission. (2013). *Statutory audit services market investigation*. Recuperado de <<https://www.gov.uk/cma-cases/statutory-audit-services-market-investigation>>.
- Davis, L. R., Ricchiute, D. N. y Trompeter, G. (1993). Audit effort, audit fees, and the provision of non-audit services to audit clients. *The Accounting Review*, 68(1), 135-150.
- DeAngelo, L. (1981). Auditor independence, «low balling» and disclosure regulation. *Journal of Accounting and Economics*, 3(2), 113-127.
- DeFond, M. L. (1992). The association between changes in client company agency costs and auditor switching. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 11(1), 16-31.
- DeFond, M. L., Raghunandan, K. y Subramanyam, K. R. (2002). Do non-audit service fees impair auditor independence? Evidence from going concern audit opinions. *Journal of Accounting Research*, 40(4), 1.247-1.274.
- Demsetz, H. (1973). Industry structure, market rivalry, and public policy. *Journal of Law and Economics*, 16(1), 1-9.
- Dewaelheyns, N. y Van Hulle, C. (2008). Legal reform and aggregate small and micro business bankruptcy rates: evidence from the 1997 Belgian bankruptcy code. *Small Business Economics*, 31(4), 409-424.
- DIRCE, Directorio central de empresas. (2017). *Retrato de la PYME a 1 de enero de 2018*. Recuperado de <<http://www.ipyme.org/es-ES/AreaEstadisticas/Paginas/InformesPYME.aspx>>.
- Ettredge, M., Li, C. y Emeigh, E. (2014). Fee pressure and audit quality. *Accounting, Organizations and Society*, 39(4), 247-263.
- Firth, M. (2002). Auditor-provided consultancy services and their associations with audit fees and audit opinions. *Journal of Business Finance and Accounting*, 29(5/6), 661-693.
- Fortin, S. y Pittman, J. A. (2007). The role of auditor choice in debt pricing in private firms. *Contemporary Accounting Research*, 24(3), 859-896.
- Francis, J. y Wang, D. (2008). The joint effect of investor protection and Big 4 audits on earnings quality around the world. *Contemporary Accounting Research*, 25(1), 157-191.
- Francis, J. y Wilson, E. R. (1988). Auditor changes: A joint test of theories relating to agency costs and auditor differentiation. *The Accounting Review*, 58(4), 663-682.
- Frank, N., González-Hermosillo, B. y Hesse, H. (2008). Transmission of liquidity shocks: evidence from the 2007 subprime crisis. *IMF Working Paper WP/08/200* (Oxford University, Oxford and International Monetary Fund, Washington DC), 1-23.
- Fuentes, C. de. y Pucheta, M. C. (2009). Auditor independence, joint determination

- of audit and non-audit fees and the incident of qualified audit reports. *Academia, Revista Latinoamericana de Administración*, 43, 63-92.
- Fuentes, C. de y Sierra-Grau, E. (2015). IFRS adoption and audit and non-audit fees: empirical evidence from Spanish listed companies. *Spanish Journal of Finance and Accounting*, 44(4), 387-426.
- Gandía, J. L. y Huguet, D. (2018). Differences in audit pricing between voluntary and mandatory audits. *Academia Revista Latinoamericana de Administración*, 31(2), 336-359.
- Ghosh, A. y Pawlewicz, R. (2009). The impact of regulation on auditor fees: evidence from the Sarbanes-Oxley Act. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 28(2), 171-197.
- Hackenbrack, K. y Knechel, W. R. (1997). Resource allocation decisions in audit engagements. *Contemporary Accounting Research*, 14(3), 481-500.
- Hay, D., Knechel, W. R. y Wong, N. (2006). Audit fees: A meta-analysis of the effect of supply and demand attributes. *Contemporary Accounting Research*, 23(1), 141-191.
- Hope, O. K. y Langli, J. C. (2010). Auditor independence in a private firm and low litigation risk setting. *The Accounting Review*, 85(2), 573-605.
- Hope, O. K., Langli, J. C. y Thomas, W. B. (2012). Agency conflicts and auditing in private firms. *Accounting, Organizations, and Society*, 37(7), 500-517.
- ICAC, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. (2007). *Spanish General Accounting Plan*. Recuperado de <<http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/1.Nacional/01.PGC/04.General%20Accounting%20Plan/20.Texto%20no%20oficial.pdf>>.
- Knechel, W. R. y Payne, J. (2001). Additional evidence on audit report lags. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 20(1), 137-146.
- Koh, K. y Tong, Y. H. (2013). The Effects of Clients' Controversial Activities on Audit Pricing. *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, 32(2), 67-96.
- Krishnan, G.V. y Zhang, Y. (2014). Is there a relation between audit fee cuts during the global financial crisis and banks' financial reporting quality? *Journal Accounting Public Policy*, 33(3), 279-300.
- Krishnan, G. V. y Wang, C. H. (2015). The relation between managerial ability and audit fees and going concern opinions. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 34(3), 139-160.
- Liu, J. (2007). On Determinants of audit fee: New evidence from China. *Journal of Modern Accounting and Auditing*, 3(4), 60-64.
- Maher, M. W., Tiessen, P., Colson, R. y Broman, A. J. (1992). Competition and audit fees. *Accounting Review*, 67(1), 199-211.
- Mendizabal, A. y Lertxundi, A. (2015). Crisis financiera, racionamiento de crédito y relación bancaria de las pymes españolas. *Cuadernos de Administración*, 50(28), 39-59.
- Monterrey, J. y Sánchez, A. (2007). Un Estudio Empírico de los honorarios del auditor. *Cuadernos de Economía y Empresa*, 10(32), 81-109.
- Muller, P., Julius, J., Herr, D., Koch, L., Peycheva, V. y McKiernan, S. (2017). *Annual Report on European SMEs 2016/2017. Focus on self-employment*. Recuperado de <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0b7b64b6-ca80-11e7-8e69-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>>.
- Palmrose, Z. V. (1986). The effect of non-audit services on the pricing of audit services: further evidence. *Journal of Accounting Research*, 24(2), 405-411.

- Pedrosa, M. A. y López-Corrales, F. (2018). Respuesta de los auditores a la crisis financiera global: Evidencia de empresas no cotizadas españolas. *Spanish Journal of Finance and Accounting*, 47(3), 400-431.
- Peel, M. J. y Roberts, R. (2003). Audit fee determinants and auditor premiums: evidence from the micro-firm sub-market. *Accounting and Business Research*, 33(3), 207-233.
- Ratzinger-Sakel, N. V. S. (2013). Auditor fees and auditor independence. evidence from going concern reporting decisions in Germany. *Auditing: A Journal of Practice*, 32(4), 129-168.
- Redmayne, N. B., Bradbury, M. E. y Cahan, S. F. (2010). The effect of political visibility on audit effort and audit pricing. *Accounting and Finance*, 50(4), 921-939.
- Reynolds, J. K. y Francis J. R. (2001). Does size matter? The influence of large clients on office-level auditor reporting decisions. *Journal of Accounting and Economics*, 30(3), 375-400.
- Rittenberg, L., Johnstone, E. K. y Gramling, A. (2012). *Auditing*. (8.ª ed.). Cincinnati: South-Western College Publishing.
- Ruiz-Barbadillo, E., Gómez-Aguilar, N. y Carrera, N. (2009a). Derogación de la rotación obligatoria de auditores y calidad de la auditoría. *Revista de Economía Aplicada*, 17(49), 105-134.
- Ruiz-Barbadillo, E., Gómez-Aguilar, N. y Carrera, N. (2009b). Does mandatory audit. Firm rotation enhances auditor independence? Evidence from Spain. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 28(1), 113-135.
- Ruiz-Barbadillo, E., Rodríguez, P. y Biedma, E. (2016). Barreras de entrada, concentración y competitividad en el mercado de auditoría español. *Spanish Journal of Finance and Accounting*, 45(1), 92-33.
- Seetharaman, A., Gul, F. A. y Lynn, S. G. (2002). Litigation risk and audit fees: evidence from UK firms cross-listed on US markets. *Journal of Accounting and Economics*, 33(1), 91-115.
- Simunic, D. A. (1980). The pricing of audit services: theory and evidence. *Journal of Accounting Research*, 18(1), 161-190.
- Simunic, D. A. (1984). Auditing, consulting, and auditor independence. *Journal of Accounting Research*, 22(2), 679-702.
- Simunic, D. A. y Stein, M. T. (1996). Impact of litigation risk on audit pricing: a review of the economics and the evidence. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 15 (supplement), 119-134.
- Stanley, J. D. (2011). Is the audit fee disclosure a leading indicator of clients' business risk? *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 30(3), 157-179.
- Sundgren, S. y Svanström, T. (2013). Audit office size, audit quality and audit pricing: Evidence from small- and medium-sized enterprises. *Accounting and Business Research*, 43(1), 31-55.
- Turpen, R. A. (1990). Differential pricing on auditors' initial engagements: Further evidence. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 9(2), 60-76.
- Vanstraelen, A. y Schelleman, C. (2017). Auditing Private Companies: What Do We Know? *Working Paper*. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2918499>.
- Venkataraman, R., Weber, J. P. y Willenborg, M. (2008). Litigation risk, audit quality, and audit fees: Evidence from initial public offerings. *The Accounting Review*, 83(5), 1.315-1.345.



- Wang, Y. y Chui, A. C. W. (2015). Product market competition and audit fees. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 34(4), 139-156.
- Whitehouse, T. (2010). *Exclusive report: audit fees continue to plummet*. Recuperado de <<http://www.complianceweek.com/exclusive-report-audit-fees-continue-to-plummet/article/186924/>>.
- Xiong, Y. y Zhang, Y. (2018). Auditor industry specialization, industry homogeneity, and audit costs: Evidence from the Chinese capital markets. *Transformations in Business & Economics*, 17(1), 269-288.
- Xu, Y., Carson, E., Fargher, N. y Jiang, L. (2013). Responses by Australian auditors to the global financial crisis. *Accounting and Finance*, 53(1), 301-338.
- Zaman, M., Trobec, D. y Iglíčar, A. (2016). Audit fees and the salience of financial crises: Evidence from Slovenia. *Economic research - Ekonomska istraživanja*, 30(1), 922-938.
- Zhang, T. y Huang, J. (2013). The risk premium of audit fee: Evidence from the 2008 financial crisis. *China Journal of Accounting Studies*, 1(1), 47-61.
- Zmijewski, M. (1984). Methodological issues related to the estimation of financial distress prediction models. *Journal of Accounting Research*, 22, 59-82.

Capitalización de gastos financieros por una sociedad que gestiona rentas vitalicias

Análisis de la consulta 2 del BOICAC 121, de mayo de 2020

Javier González Sainza

Profesor del CEF.- y UDIMA

Extracto

Capitalización de gastos financieros por una sociedad que gestiona rentas vitalicias. NRV 2.^a, NRV 4.^a, NRV 13.^a.

Consulta 2

Sobre la posibilidad de capitalización de gastos financieros por parte de una sociedad que gestiona rentas vitalicias.

Respuesta

La sociedad consultante adquiere la nuda propiedad de inmuebles pagando a los antiguos propietarios (que retienen el usufructo) una cuota mensual vitalicia, compuesta de principal e intereses. Asimismo, para el desarrollo de su actividad se ha financiado con una entidad financiera, pagando una cuota compuesta de capital e intereses.

Se pregunta si es posible capitalizar los intereses que paga tanto a los usufructuarios como a la entidad financiera, ya que la sociedad está en los primeros años de su actividad y podría entrar en causa de disolución, al no tener ingresos.

La interpretación de este Instituto sobre el tratamiento contable de la adquisición de la nuda propiedad de un inmueble, manteniendo el vendedor el derecho de usufructo vitalicio sobre el mismo y el derecho a una renta vitalicia, está publicada en la consulta 8 del BOICAC n.º 84, de diciembre de 2010 (NFC40074). En esta consulta se manifiesta:

[...] en la medida en que lo que se esté adquiriendo sea la propiedad de un inmueble a cambio de una renta vitalicia y dejando al vendedor del mismo su uso y disfrute hasta que este fallezca, el inmueble deberá registrarse en el activo del balance del comprador por un importe equivalente al valor razonable de la propiedad del citado inmueble (es decir, en el caso descrito, por el valor razonable de la nuda propiedad del inmueble).

A la hora de determinar dicho importe, se deberá tener en cuenta que una de las facultades inherentes al título de propiedad, como es el uso y disfrute del bien, no pertenece al comprador sino al vendedor, aspecto que influirá en la valoración del inmueble adquirido por parte del comprador. Asimismo, se tendrá en cuenta que si el activo adquirido comprende tanto el valor del inmueble como el valor del terreno en el que se encuentra, deberán figurar por separado estos inmovilizados materiales.

En cuanto a la amortización posterior del inmueble adquirido en nuda propiedad y la extinción de la obligación de pago de la renta vitalicia, adquiriendo el propietario el uso y disfrute del inmueble, este Instituto ya se ha pronunciado en la consulta n.º 3 publicada en el BOICAC 69, de marzo de 2007, en el siguiente sentido:

«[...] dado que el uso efectivo del inmueble no corresponde a la sociedad nudo propietaria, no procederá practicar la amortización correspondiente a la depreciación que sufra el inmueble por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de la obsolescencia que pudiera afectarlo.

En el ejercicio en que se extinga el usufructo, produciéndose la consolidación del dominio en el nudo propietario como consecuencia de muerte del usufructuario, expiración del plazo por el que se constituyó o por cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo, únicamente procederá informar de esta situación en la memoria, sin que corresponda realizar modificación alguna del valor contable asignado a la nuda propiedad, al amparo del principio de precio de adquisición, y siendo de aplicación los criterios generales de amortización.»

Por otro lado, el importe estimado de la deuda que asume la empresa (renta vitalicia), obedece al concepto de provisión previsto en la norma de registro y valoración (NRV) 15.ª, «Provisiones y contingencias», del PGC, por lo que figurará en el pasivo no corriente del balance en el epígrafe «Provisiones a largo plazo», registrándose los ajustes que surjan por la actualización de la provisión como un gasto financiero conforme se vayan devengando.

La parte de las provisiones cuya cancelación se prevea en el corto plazo deberá figurar en el pasivo corriente del balance, en el epígrafe «Provisiones a corto plazo»; a estos efectos se traspasará el importe que representen las provisiones con vencimiento a corto a las cuentas de cuatro cifras correspondientes de la cuenta 529.

Adicionalmente, hay que indicar que, debido al carácter estimativo de la deuda que efectivamente conllevará la renta vitalicia, si como consecuencia del conocimiento de algún hecho relevante en relación con el número de años de vida probable del acreedor de la renta vitalicia (para lo que se podrán tener en cuenta las

tablas utilizadas para el seguro de vida en las entidades de seguros, si bien hay que considerar que estas tablas están confeccionadas para una masa de personas y están basadas en valores de vida media, circunstancia que no se da en un caso aislado), se pone de manifiesto una insuficiencia o un exceso de la provisión que recoge el importe estimado de la deuda, de acuerdo con lo previsto en la NRV 22.^a, «Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables» del PGC, se deberán tener en cuenta las nuevas estimaciones en los sucesivos ejercicios para cuantificar adecuadamente la citada provisión. Las dotaciones o excesos se registrarán en la cuenta de pérdidas y ganancias de acuerdo con su naturaleza.

Respecto a la activación de los gastos financieros, la norma de registro y valoración (NRV) 2.^a, «Inmovilizado material», del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en su apartado 1, «Valoración inicial», establece:

[...] En los inmovilizados que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros que se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado material y que hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, específica o genérica, directamente atribuible a la adquisición, fabricación o construcción.

La NRV 4.^a, «Inversiones inmobiliarias», señala que: «Los criterios contenidos en las normas anteriores, relativas al inmovilizado material, se aplicarán a las inversiones inmobiliarias».

Por su parte, en la NRV 13.^a, «Existencias», se dispone:

En las existencias que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de ser vendidas, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción, los gastos financieros, en los términos previstos en la norma sobre el inmovilizado material.

Por lo tanto, para activar los gastos financieros atribuibles a la adquisición o construcción de un activo se impone como requisito que medie un periodo de tiempo superior a un año para que ese elemento esté en condiciones de uso y que se hayan devengado dichos gastos financieros antes de la puesta en condiciones de funcionamiento.

La nuda propiedad de un inmueble es el derecho real residual que se adquiere cuando se desgaja de la plena propiedad el derecho real de usufructo regulado en el capítulo I, «Del usufructo», del título VI, «Del usufructo, del uso y de la habitación», del Código Civil.

El consultante no adquiere la propiedad plena del inmueble sino un derecho real limitado, siendo este último el activo a contabilizar. Este elemento patrimonial, al menos, durante el periodo de vigencia del usufructo, constituye una inversión que cumple una función eco-

nómica consistente en la mera tenencia del activo, circunstancia que impide identificar un periodo de transformación o construcción que pudiera habilitar para reconocer los gastos financieros devengados como mayor valor del citado derecho.

Por el contrario, su adquisición implica su inmediata puesta en condiciones de funcionamiento. En consecuencia, los gastos financieros devengados sobre los que versa esta consulta no pueden contabilizarse como mayor valor del activo adquirido.

Ejemplo

La inmobiliaria Mallet, especializada en la adquisición de inmuebles en barrios de la capital cuyos residentes tienen una cierta edad avanzada, compra el 1 de enero de 20X1 la nuda propiedad de un inmueble acordando el pago de una renta vitalicia recurrente a favor de la propietaria del mismo, que conserva el usufructo, hasta que fallezca. La renta acordada asciende a 2.000.000 de euros/año pagados a la usufructuaria anualmente por anticipado. Conforme a tablas actuariales para seguros de vida, para mujeres de similar nacionalidad y edad, atendiendo a la ponderación asignada procedente de las diferentes probabilidades de supervivencia, la esperanza de vida para la misma se estima en 10 años (tipo de interés a aplicar en la operación 4%). Por su parte, el valor del terreno sobre el que radica el inmueble conforme a prorrateo del catastro corresponde en un 40% al terreno y en un 60% al vuelo. No hay una fecha máxima para la finalización del usufructo.

Se pide:

Contabilizar los anteriores hechos económicos durante el primer año de vida de la «hipoteca inversa» teniendo en cuenta adicionalmente la siguiente información:

- a) Si a 31 de diciembre de 20X1 se estima que la antigua propietaria que posee el usufructo, conforme a una nueva actualización de las tablas actuariales:
 - a1) La vida esperada se le reduce a 7 años adicionales a contar desde esta fecha, quedando solo 6 flujos anuales pospagables.
 - a2) La vida esperada se le alargue a 12 años adicionales a contar desde esta fecha, quedando solo 11 flujos anuales pospagables.

Solución

A la fecha en la que se adquiere la nuda propiedad, esto es, a 1 de enero de 20X1, conforme a la consulta 8 del BOICAC 84, de diciembre de 2010, «el inmueble deberá registrarse en el activo del balance del comprador por un importe equivalente al valor razonable de la propiedad del citado inmueble (es decir, en el caso descrito, por el valor razonable de la nuda propiedad del inmueble)».

Así procedemos a registrar en fecha 1 de enero de 20X1:

Cuadro a coste amortizado de la deuda contable/provisión bajo el escenario de esperanza de vida de la usufructuaria de 10 años:

$$2.000.000 \times [1 - (1,04)^{-10}/0,04] \times (1,04) = 16.870.663,22$$

Año	Deuda contable	Intereses	Cuota	Amortización deuda contable
0	16.870.663,22	0	2.000.000	2.000.000
1	14.870.663,22	594.826,53	2.000.000	1.405.173,47
2	13.465.489,75	538.619,59	2.000.000	1.461.380,41
3	12.004.109,34	480.164,37	2.000.000	1.519.835,63
4	10.484.273,71	419.370,95	2.000.000	1.580.629,05
5	8.903.644,66	356.145,79	2.000.000	1.643.854,21
6	7.259.790,45	290.391,62	2.000.000	1.709.608,38
7	5.550.182,07	222.007,28	2.000.000	1.777.992,72
8	3.772.189,35	150.887,57	2.000.000	1.849.112,43
9	1.923.076,92	76.923,08	2.000.000	1.923.076,92
10	0

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales (40% × 16.870.663,22)	6.748.265,29	
211	Construcciones (60% × 16.870.663,22)	10.122.397,93	
529X	Provisión a corto plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia)		3.405.173,47
14X	Provisión a largo plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia)		13.465.489,75

Con posterioridad al reconocimiento inicial, conforme a la consulta n.º 3 publicada en el BOICAC 69, de marzo de 2007 (NFC025104), en el siguiente sentido:

[...] dado que el uso efectivo del inmueble no corresponde a la sociedad nudo propietaria, no procederá practicar la amortización correspondiente a la depreciación que sufra el inmueble por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de la obsolescencia que pudiera afectarlo.

Por otro lado, la consulta 2 del BOICAC 121, de mayo de 2020, que ahora analizamos, establece que:

El consultante no adquiere la propiedad plena del inmueble sino un derecho real limitado, siendo este último el activo a contabilizar. Este elemento patrimonial, al menos, durante el periodo de vigencia del usufructo, constituye una inversión que cumple una función económica consistente en la mera tenencia del activo, circunstancia que impide identificar un periodo de transformación o construcción que pudiera habilitar para reconocer los gastos financieros devengados como mayor valor del citado derecho.

Por el contrario, su adquisición implica su inmediata puesta en condiciones de funcionamiento. En consecuencia, los gastos financieros devengados sobre los que versa esta consulta no pueden contabilizarse como mayor valor del activo adquirido.

Estando ya puesto en condiciones de funcionamiento en el momento de adquisición de la nuda propiedad y por tratarse de tenencia de activos, no se procederá a la activación de los gastos financieros devengados desde la adquisición de la nuda propiedad en el reconocimiento inicial.

Ese mismo día, esto es, a 1 de enero de 20X1, por el pago de la primera renta/cuota correspondiente al ejercicio 20X1:

Código	Cuenta	Debe	Haber
529X	Provisión a corto plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia)	2.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.000.000

A 31 de diciembre de 20X1, por el devengo en la actualización financiera de la provisión, en la parte que se espera tener que hacer frente a largo y corto plazo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gasto financiero por actualización de provisiones	594.826,53	
529X	Provisión a corto plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia) [(1.405.173,47 + 13.465.489,75) × 0,04]		594.826,53

A 31 de diciembre de 20X1, por la reclasificación a corto plazo como provisión de la tercera cuota:

Código	Cuenta	Debe	Haber
14X	Provisión a largo plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia)	1.461.380,41	
529X	Provisión a corto plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia)		1.461.380,41

De igual forma, en la valoración posterior, la nuda propiedad del inmueble no será objeto de amortización pues la sociedad Mallet no es usufructuaria del inmueble y sí más bien la nuda propietaria exclusivamente.

A 1 de diciembre de 20X2, por el pago de la segunda cuota:

Código	Cuenta	Debe	Haber
529X	Provisión a corto plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia) (1.405.173,47 + 594.826,53)	2.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.000.000

Apartado a1)

Si hay una nueva estimación de la vida esperada del usufructuario que implique una reducción de la misma a 6 cobros anuales pospagables (7 años) a fecha 31 de diciembre de 20X1 (respecto a los 9 originales [8 cobros anuales pospagables]), el valor de la provisión cambiará sustancialmente:

Mientras la provisión total a 31 de diciembre de 20X1 con las estimaciones antiguas alcanzaban un valor de 13.465.489,75, con la nueva estimación obtenemos 10.484.273,71, por lo que existe una reducción del valor de la provisión de 2.981.216,04 euros.

Cuadro a coste amortizado de la provisión con la reducción en la esperanza de vida a 7 años (6 anuales pospagables) a 31 de diciembre de 20X1:

$$2.000.000 \times [1 - (1,04)^{-6}/0,04] = 10.484.273,71$$

Año	Deuda contable	Intereses	Cuota	Amortización deuda contable
1	10.484.273,71	419.370,95	2.000.000	1.580.629,05
2	8.903.644,66	356.145,79	2.000.000	1.643.854,21
3	7.259.790,45	290.391,62	2.000.000	1.709.608,38
4	5.550.182,07	222.007,28	2.000.000	1.777.992,72
5	3.772.189,35	150.887,57	2.000.000	1.849.112,43
6	1.923.076,92	76.923,08	2.000.000	1.923.076,92
	0	0		

- A corto plazo: 1.461.380,41 (anterior) – 1.580.629,05 (nueva) = aumento de 119.248,64.
- A largo plazo: 12.004.109,34 (anterior) – 8.903.644,66 (nueva) = reducción de 3.100.464,68.
- En términos netos: 2.981.216,04.

A 31 de diciembre de 20X1 con la mejor estimación, por la que se acorta la vida esperada del usufructuario perceptor de la cuota anual prepagable, tras la reclasificación de largo a corto plazo previa, en el caso a1) en aplicación de la NRV 22.^a del PGC y lo establecido en la consulta:

Código	Cuenta	Debe	Haber
14X	Provisión a corto plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia) (12.004.109,34 – 8.903.644,66)	3.100.464,68	
529X	Provisión a corto plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia) (1.580.629,05 – 1.461.380,41)		119.248,64
795X	Exceso de provisión para rentas vitalicias		2.981.216,04

Cabe destacar en este apartado, la heterogeneidad en la aplicación de las nuevas estimaciones contables en términos de valor actual de la mejor estimación relacionada con la deuda por comparación al tratamiento dado a las mejores estimaciones de las obligaciones que implicarán una salida de recursos en concepto de provisiones por desmantelamiento, rehabilitación o retiro que se llevan contra activos no corrientes (resolución inmovilizado, Resolución de 1 de marzo de 2013 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas [ICAC], por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias).

Pero siguiendo la presente consulta y anteriores a las que realiza referencia:

[...] adicionalmente, hay que indicar que, debido al carácter estimativo de la deuda que efectivamente conllevará la renta vitalicia, si como consecuencia del conocimiento de algún hecho relevante en relación con el número de años de vida probable del acreedor de la renta vitalicia (para lo que se podrán tener en cuenta las tablas utilizadas para el seguro de vida en las entidades de seguros, si bien hay que considerar que estas tablas están confeccionadas para una masa de personas y están basadas en valores de vida media, circunstancia que no se da en un caso aislado), se pone de manifiesto una insuficiencia o un exceso de la provisión que recoge el importe estimado de la deuda, de acuerdo con lo previsto en la NRV 22.^a, «Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables», del PGC, se deberán tener en cuenta las nuevas estimaciones en los sucesivos ejercicios para cuantificar adecuadamente la citada provisión. Las dotaciones o excesos se registrarán en la cuenta de pérdidas y ganancias de acuerdo con su naturaleza.

Apartado a2)

La vida esperada a esa fecha 31 de diciembre de 20X1 se alargue a 12 años (11 cobros pospagables) (9 años a 31 de diciembre de 20X1 conforme a la esperanza de vida remanente original).

A 31 de diciembre de 20X1, con la mejor estimación por la que se alarga la vida esperada del usufructuario perceptor de la cuota anual prepagable, tras la reclasificación de largo a corto plazo previa, en el caso a2) en aplicación de la NRV 22.^a del PGC y por comparación entre el anexo 1 y el anexo 3 y lo establecido en la consulta (en contra de lo establecido para las mejores estimaciones en las provisiones por desmantelamiento, rehabilitación y retiro de la resolución del inmovilizado material e inversiones inmobiliarias):

Cuadro a coste amortizado de la deuda contable/provisión bajo el escenario de esperanza de vida de la usufructuaria de 12 años (11 anuales pospagables) a 31 de diciembre de 20X1:

$$2.000.000 \times [1 - (1,04)^{-11}/0,04] = 17.520.953,42$$

Año	Deuda contable	Intereses	Cuota	Amortización deuda contable
1	17.520.953,42	700.838,14	2.000.000	1.299.161,86
2	16.221.791,56	648.871,66	2.000.000	1.351.128,34
3	14.870.663,22	594.826,53	2.000.000	1.405.173,47
4	13.465.489,75	538.619,59	2.000.000	1.461.380,41
5	12.004.109,34	480.164,37	2.000.000	1.519.835,63
6	10.484.273,71	419.370,95	2.000.000	1.580.629,05
7	8.903.644,66	356.145,79	2.000.000	1.643.854,21
8	7.259.790,45	290.391,62	2.000.000	1.709.608,38
9	5.550.182,07	222.007,28	2.000.000	1.777.992,72
10	3.772.189,35	150.887,57	2.000.000	1.849.112,43
11	1.923.076,92	76.923,08	2.000.000	1.923.076,92
	0	0		

- A corto plazo: 1.461.380,41 (anterior) – 1.299.161,86 (nueva) = reducción de 162.218,55.
- A largo plazo: 12.004.109,34 (anterior) – 16.221.791,56 (nueva) = aumento de 4.217.682,22.
- En términos netos: 4.055.463,67.

Código	Cuenta	Debe	Haber
529X	Provisión a corto plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia)	162.218,55	
695X	Dotación a la provisión para rentas vitalicias	4.055.463,67	
14X	Provisión a largo plazo por hipoteca inversa (renta vitalicia)		4.217.682,22

Reparto de un dividendo entre empresas del grupo después de sucesivos canjes de valores

Análisis de la consulta 4 del BOICAC 121, de mayo de 2020

Ángel Montes Carrillo

Profesor del CEF.-

Extracto

- I Reparto de un dividendo entre empresas del grupo después de sucesivos canjes de valores.

Consulta 4

Sobre el tratamiento contable del reparto de un dividendo entre empresas del grupo después de sucesivos canjes de valores.

Respuesta

1. La sociedad A es la sociedad dominante de un grupo de sociedades en las que participa desde su constitución en el año X-20. El coste de adquisición del conjunto de sociedades dependientes X es de 40 um, y a 1 de enero del año X el capital y las reservas acumuladas agregadas ascienden a 40 um y 200 um, respectivamente.

En el año X-3, la sociedad A constituyó una sociedad *holding* intermedia, sociedad C, mediante una aportación no dineraria de dicha participación en las sociedades X del grupo por el importe de 40 um, equivalente al valor neto contable de las acciones aportadas registrado en las cuentas individuales de la aportante, al no existir unas cuentas consolida-

das preparadas bajo las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

En el año X-2 la sociedad A vende un 40 % de su participación en C a un tercero y da de baja el coste de las acciones correspondientes (16 um) siendo la inversión mantenida en C de 24 um.

En el año X-1, A constituye una nueva *holding* intermedia entre A y C, sociedad B, mediante una aportación no dineraria del 100 % de la inversión remanente en C (cabecera del grupo de sociedades operativas) por el importe del valor neto contable del activo aportado (24 um).

De igual modo, en el año X-1, la sociedad A vende un 15 % de su participación de la sociedad B a un tercero y da de baja el coste de adquisición correspondiente (3,6 um). La inversión remanente de A en B asciende a 20,4 um.

Tras estas operaciones, quedaron registradas en la sociedad C las participaciones en las sociedades operativas X al coste registrado inicialmente en A (40 um) y en A en la parte no enajenada (20,4 um). En dicho momento, la inversión de B en C es de 24 um.

En el año X, por tanto, la sociedad A participa en el 85 % del capital social de B y esta en el 60 % en C. La sociedad C mantiene su participación del 100 % de las sociedades operativas X.

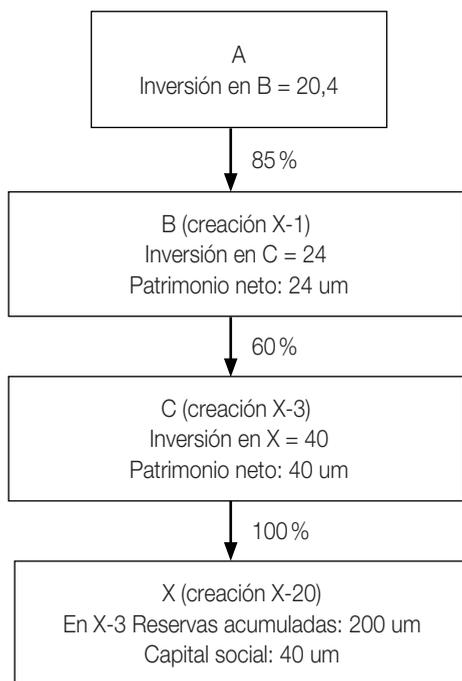
A sigue ostentando el control de B y C, en los porcentajes indicados, y el tanto efectivo de control en sus sociedades operativas participadas X es indirectamente un 51 % (85 % del 60 %).

En el año X, las sociedades operativas X participadas por C distribuyen un dividendo de 100 um, con cargo a reservas disponibles, a C. Dichos dividendos, en la cuantía en que se registren en la cuenta de pérdidas y ganancias, son distribuidos escalonadamente hasta A. Los beneficios de C, como sociedad individual, generados desde su creación y registrados en el patrimonio individual en el periodo desde el año X-3 al año X, ascienden a 20 um.

Por su parte, la sociedad B no ha generado beneficios desde su constitución ni, para simplificar el caso, las filiales operativas X desde la constitución de C en el año X-3.

No obstante, como se ha indicado anteriormente, desde su constitución en el año X-20 se han generado beneficios agregados de 200 um en el conjunto del grupo de sociedades de las que B y C son cabeceras, encontrándose registrados dichos beneficios en las reservas de cada filial.

En resumen, en el año X la estructura existente, antes de la distribución del dividendo propuesto, es la siguiente:



2. El apartado 2.1, «Aportaciones no dinerarias», de la norma de registro y valoración (NRV) 21.^a, «Operaciones entre empresas del grupo», de la segunda parte del Plan General de Contabilidad (PGC), en la redacción introducida por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, al regular las aportaciones no dinerarias establece que:

En las aportaciones no dinerarias a una empresa del grupo, el aportante valorará su inversión por el valor contable de los elementos patrimoniales entregados en las cuentas anuales consolidadas en la fecha en que se realiza la operación, según las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, que desarrollan el Código de Comercio. La sociedad adquirente los reconocerá por el mismo importe. Las cuentas anuales consolidadas que deben utilizarse a estos efectos serán las del grupo o subgrupo mayor en el que se integren los elementos patrimoniales, cuya sociedad dominante sea española. En el supuesto de que las citadas cuentas no se formularan, al amparo de cualquiera de los motivos de dispensa previstos en las normas de consolidación, se tomarán los valores existentes antes de realizarse la operación en las cuentas anuales individuales de la sociedad aportante.

Para el caso particular de la aportación a una sociedad del grupo de las acciones de otra empresa del grupo, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) ha in-

terpretado en la consulta 3 del BOICAC n.º 85, de marzo de 2011 (NFC040255) que, en los supuestos de dispensa de formulación de cuentas anuales consolidadas, se podrá optar por aplicar los siguientes criterios:

- a) Considerar los valores incluidos en las cuentas consolidadas de la dominante última española. Para hacer uso de este criterio, dichas cuentas deberán formularse y someterse a auditoría.
- b) En caso contrario, se tomarán los valores existentes antes de realizarse la operación en las cuentas anuales individuales de la sociedad aportante, salvo que el importe representativo de su porcentaje de participación en el patrimonio neto de la sociedad participada fuese superior al precio de adquisición, en cuyo caso, podrá emplearse el citado importe.

En la citada consulta la opción se plantea entre dos valores: la alternativa recogida en la letra a) o la incluida en la letra b). En este último caso, el importe que debe tomarse es el valor en cuentas individuales, salvo que el importe representativo del patrimonio neto fuese superior, en cuyo caso se debe registrar por este valor, por ser este el que más se aproxima al valor consolidado.

En la mencionada consulta también se aclara que la variación de valor que se origine en el aportante a raíz del registro contable de la operación se reconocerá en las reservas.

De acuerdo con esta respuesta, la aportación de las inversiones en las sociedades X a la sociedad C en el año X-3 se debió contabilizar por 240 um y la diferencia con el coste de la inversión que se dio de baja se tuvo que haber reconocido en una cuenta de reservas. Del mismo modo, en la posterior aportación en el año X-1 a la sociedad B del 60 % de las acciones de la sociedad C también se debería haber aplicado ese criterio.

En este contexto, con carácter general, el posterior reparto de las reservas de las sociedades X a la sociedad C, de esta última a la sociedad B y finalmente de la sociedad B a la sociedad A, se deberían contabilizar como una recuperación del coste, salvo en el importe de los beneficios generados por cada filial directamente participada después de su respectiva fecha de adquisición, en la medida en que los resultados acumulados por las sociedades X ya se reconocieron como un ingreso por la sociedad A en el ejercicio X-3, sin perjuicio de que el citado ingreso se mostrase en una cuenta de reservas.

La subsanación del error contable en el que han incurrido las sociedades del grupo se realizará aplicando la NRV 22.^a, «Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables», del PGC y la interpretación de este Instituto publicada en la consulta 3 del BOICAC n.º 86, de junio de 2011 (NFC041608).

En cualquier caso, en la memoria de las cuentas anuales se deberá suministrar toda la información significativa sobre las operaciones realizadas por la empresa, con la finalidad

de que aquellas en su conjunto reflejen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

Ejemplo

La sociedad AMC suscribió en el momento de la constitución de la sociedad X, 1 de enero de 20X0, la totalidad de las acciones. Las acciones se emitieron por el nominal ascendiendo el capital social de X a 1.000.000 de euros. La sociedad X desarrolla una actividad industrial.

El 1 de enero de 20X5 se constituye una sociedad *holding* intermedia, la sociedad IMB, mediante la aportación no dineraria de la totalidad de las acciones de X. En el momento de la aportación el capital de X sigue siendo de 1.000.000 de euros y las reservas ascienden a 4.000.000 de euros. La sociedad IMB se constituye con un capital de 1.000.000 de euros.

El 1 de abril de 20X6 la sociedad AMC transmite un 40% de su participación en IMB por un importe de 2.100.000 euros.

El 1 de enero de 20X7, se constituye por AMC otra sociedad *holding* intermedia, la sociedad CBL, a la que aporta la participación que mantiene en la sociedad IMB. La sociedad CBL se constituye con un capital de 600.000 euros.

El 31 de julio de 20X7 transmite un 15% de la participación en CBL por un importe 350.000 euros.

En marzo de 20X8 la sociedad X distribuye un dividendo con cargo a reservas de 2.000.000 de euros, dividendo que se van distribuyendo escalonadamente por cada sociedad *holding*.

Se pide:

Teniendo en cuenta que el grupo está dispensado de la formulación de cuentas consolidadas:

- a) Contabilizar lo que proceda para AMC y las sociedades *holding* considerando que desde el año 20X5 los fondos propios de la sociedad X han permanecido inalterables y que las *holding* no han registrado tampoco ningún beneficio.
- b) Contabilizar lo que proceda en el año 20X8 para AMC y las sociedades *holding* considerando que desde el año 20X5 la única alteración de los fondos propios en la sociedad se ha producido en la sociedad X que ha obtenido un beneficio en el año 20X7 de 800.000 euros.
- c) Contabilizar lo que proceda para AMC y las sociedades *holding* en el año 20X8 si las aportaciones no dinerarias se han registrado por su valor contable considerando que desde el año 20X5 los fondos propios de la sociedad X han permanecido inalterables y que las *holding* no han registrado tampoco ningún beneficio.

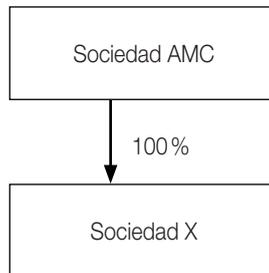
Solución*Apartado a)*

01-01-20X0

Sociedad AMC. Por la suscripción de la totalidad de acciones de la entidad X:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	1.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.000.000

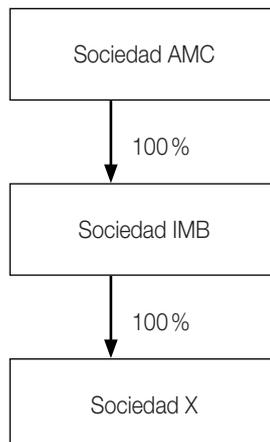
En este momento la estructura del grupo es la siguiente:



01-01-20X5

Se produce la aportación no dineraria por AMC de la totalidad de las acciones de X a la entidad IMB que se constituye en dicho momento.

Después de la aportación la estructura del grupo será la siguiente:



Los fondos propios de la sociedad X presentan la siguiente evolución desde el momento de la constitución:

	01-01-20X0	01-01-20X5
Capital social	1.000.000	1.000.000
Reservas	0	4.000.000
Fondos propios	1.000.000	5.000.000

A los efectos de valorar la aportación no dineraria debemos tener en cuenta que la consulta 3 del BOICAC 85 (NFC040255), a la que se refiere la presente consulta, dispone que para el caso particular de la aportación a una sociedad del grupo de las acciones de otra empresa del grupo, en los supuestos de dispensa de formulación de cuentas anuales consolidadas, se podrá optar por aplicar los siguientes criterios:

- a) Considerar los valores incluidos en las cuentas consolidadas de la dominante última española. Para hacer uso de este criterio, dichas cuentas deberán formularse y someterse a auditoría.
- b) En caso contrario, se tomarán los valores existentes antes de realizarse la operación en las cuentas anuales individuales de la sociedad aportante, salvo que el importe representativo de su porcentaje de participación en el patrimonio neto de la sociedad participada fuese superior al precio de adquisición, en cuyo caso, podrá emplearse el citado importe.

En la mencionada consulta también se aclara que la variación de valor que se origine en el aportante a raíz del registro contable de la operación se reconocerá en las reservas.

Aplicando lo dispuesto en la consulta:

- Valor contable de la aportación 1.000.000
- Patrimonio de la sociedad participada (5.000.000 × 100 %) 5.000.000

Por consiguiente, los valores aportados se valorarán por un importe de 5.000.000 de euros, resultando las siguientes anotaciones contables:

Sociedad AMC

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad IMB	5.000.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad X		1.000.000



Código	Cuenta	Debe	Haber
▶			
113	Reservas voluntarias		4.000.000

Sociedad IMB

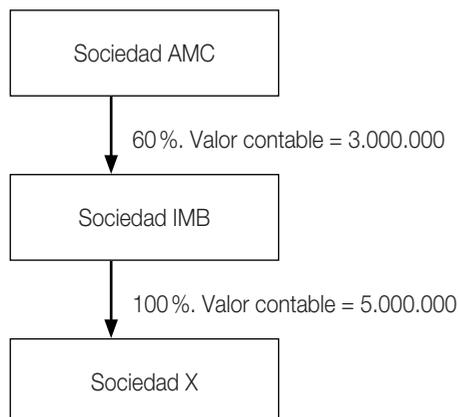
Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad X	5.000.000	
100	Capital social		1.000.000
110	Prima de emisión o asunción		4.000.000

01-04-20X6

Por la venta del 40 % de su participación en IMB, la sociedad AMC realizará el siguiente apunte contable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	2.100.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad IMB (5.000.000 × 40 %)		2.000.000
773	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo en partes vinculadas		100.000

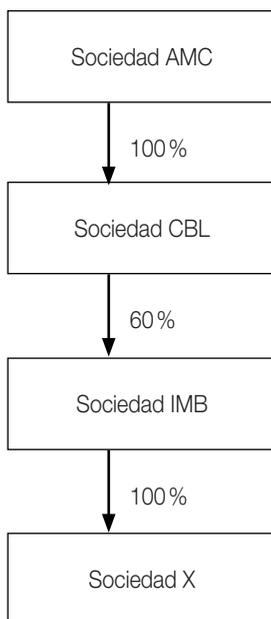
Después de la venta la estructura del grupo será la siguiente:



01-01-20X7

Se produce la aportación no dineraria por AMC de la totalidad de las acciones de IMB a la entidad CBL que se constituye en dicho momento.

Después de la aportación la estructura del grupo será la siguiente:



Como los fondos propios de X permanecen inalterables desde el 1 de enero de 20X5 y la *holding* intermedia no ha registrado ningún beneficio, nos encontramos con lo siguiente:

- Valor contable de la aportación 3.000.000
- Patrimonio de la sociedad participada (5.000.000 × 60%) 3.000.000

Por consiguiente, los valores aportados se valorarán por un importe de 3.000.000 de euros, resultando las siguientes anotaciones contables:

Sociedad AMC

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad CBL	3.000.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad IMB		3.000.000

Sociedad CBL

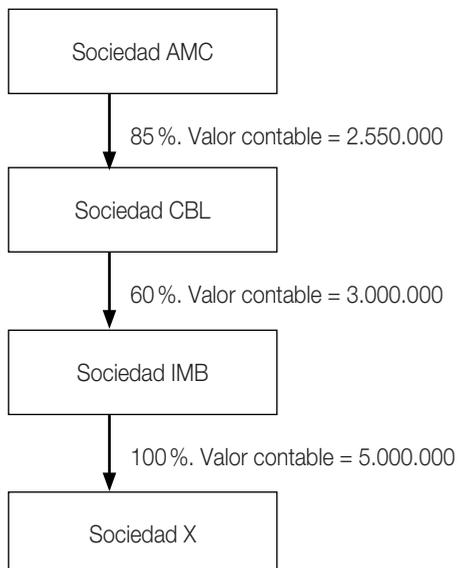
Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad IMB	3.000.000	
100	Capital social		600.000
110	Prima de emisión o asunción		2.400.000

31-07-20X7

Por la venta del 15 % de su participación en CBL, la sociedad AMC realizará el siguiente apunte contable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	350.000	
673	Pérdidas procedentes de participaciones a largo plazo en partes vinculadas	100.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad CBL (3.000.000 × 15%)		450.000

Después de la venta la estructura del grupo será la siguiente:



Marzo de 20X8

Los fondos propios de la sociedad X no se han modificado desde el 1 de enero de 20X5 y las *holding* no han generado beneficios, en dicho momento los fondos propios de las dependientes ascienden a los siguientes importes:

	Sociedad X	Sociedad IMB	Sociedad CBL
Capital social	1.000.000	1.000.000	600.000
Reservas (incluida prima)	4.000.000	4.000.000	2.400.000
Fondos propios	5.000.000	5.000.000	3.000.000

El tratamiento contable de los dividendos se regula en el artículo 31 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 que dispone:

1. Los dividendos discrecionales devengados con posterioridad al momento de la adquisición de las acciones o participaciones **se reconocerán como ingresos** en la cuenta de pérdidas y ganancias cuando se declare el derecho del socio a recibirlos. [...]

Sin embargo, **cuando los dividendos distribuidos procedan inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición** porque se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la fecha de adquisición hasta el momento en que se acuerde el reparto, no se reconocerán como ingresos, y minorarán **el valor contable de la inversión**.

2. Cualquier reparto de reservas disponibles se calificará como una operación de «distribución de beneficios» y, en consecuencia, originará el reconocimiento de un ingreso en el socio, siempre y cuando, desde la fecha de adquisición, la participada o cualquier sociedad del grupo participada por esta última haya generado beneficios por un importe superior a los fondos propios que se distribuyen.

3. El juicio sobre si se han generado beneficios por la participada se realizará atendiendo exclusivamente a los beneficios contabilizados en la cuenta de pérdidas y ganancias individual desde la fecha de adquisición, salvo que de forma indubitada el reparto con cargo a dichos beneficios deba calificarse como una recuperación de la inversión desde la perspectiva de la entidad que recibe el dividendo (la negrita es nuestra).

En el caso particular que nos ocupa, la consulta 4 del BOICAC 121 dispone que:

En este contexto, con carácter general, el posterior reparto de las reservas de las sociedades X a la sociedad C (en nuestro caso IMB), de esta última a la sociedad B (en nuestro caso CBL) y finalmente de la sociedad B a la sociedad A (en

nuestro caso AMC) se deberían contabilizar como una recuperación del coste, salvo en el importe de los beneficios generados por cada filial directamente participada después de su respectiva fecha de adquisición, en la medida que los resultados acumulados por las sociedades X ya se reconocieron como un ingreso por la sociedad A en el ejercicio X-3, sin perjuicio de que el citado ingreso se mostrase en una cuenta de reservas.

Por consiguiente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 de la Resolución del ICAC y la consulta 4 del BOICAC 121, en tanto que desde la fecha en que se inició la reestructuración no se ha generado ningún beneficio en las sociedades participadas los dividendos distribuidos se registrarán en las participantes como recuperación del valor de la inversión.

Así procederán las siguientes anotaciones contables:

Sociedad IMB

Por el dividendo percibido de X:

Código	Cuenta	Debe	Haber
535	Dividendo a cobrar de inversiones financieras en partes vinculadas	2.000.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad X		2.000.000

Por el dividendo satisfecho a sus socios:

Código	Cuenta	Debe	Haber
110	Prima de emisión o asunción	2.000.000	
526	Dividendo activo a pagar		2.000.000

Sociedad CBL

Por el dividendo percibido de IMB:

Código	Cuenta	Debe	Haber
535	Dividendo a cobrar de inversiones financieras en partes vinculadas (2.000.000 × 60%)	1.200.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad IMB		1.200.000



Por el dividendo satisfecho a sus socios:

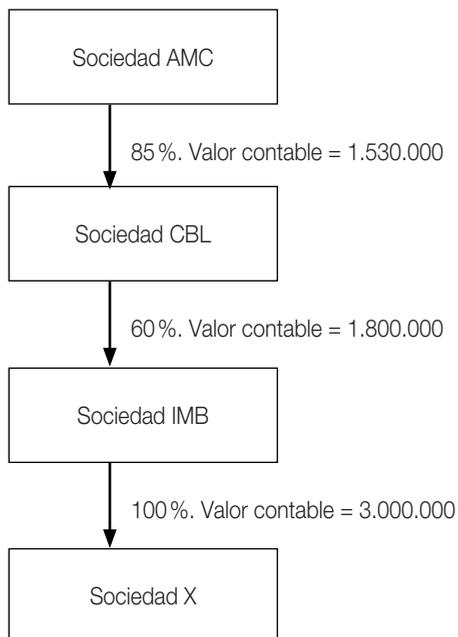
Código	Cuenta	Debe	Haber
110	Prima de emisión o asunción	1.200.000	
526	Dividendo activo a pagar		1.200.000

Sociedad AMC

Por el dividendo percibido de CBL:

Código	Cuenta	Debe	Haber
535	Dividendo a cobrar de inversiones financieras en partes vinculadas (1.200.000 × 85 %)	1.020.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad CBL		1.020.000

Después del reparto la composición del grupo y el patrimonio neto de las sociedades participadas por AMC queda del siguiente modo:



	Sociedad X	Sociedad IMB	Sociedad CBL
Capital social	1.000.000	1.000.000	600.000
Reservas (incluida prima)	2.000.000	2.000.000	1.200.000
Fondos propios	3.000.000	3.000.000	1.800.000

Apartado b)

Marzo de 20X8

En este caso como después de todas las operaciones de reestructuración se ha generado un beneficio en la sociedad X (última participada) de 800.000 euros, aplicando lo dispuesto en el artículo 31 de la Resolución del ICAC y la consulta 4 del BOICAC 121, del beneficio repartido un 40 % (800.000/2.000.000) se corresponde con beneficios generados después de la adquisición y se registran como ingresos, y un 60 % se registrará como recuperación del coste de la inversión.

Así procederán las siguientes anotaciones contables:

Sociedad IMB

Por el dividendo percibido de X:

Código	Cuenta	Debe	Haber
535	Dividendo a cobrar de inversiones financieras en partes vinculadas	2.000.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad X (2.000.000 × 60%)		1.200.000
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio (2.000.000 × 40%)		800.000

Por el dividendo satisfecho a sus socios:

Código	Cuenta	Debe	Haber
110	Prima de emisión o asunción	2.000.000	
526	Dividendo activo a pagar		2.000.000

Sociedad CBL

Por el dividendo percibido de IMB (60 % del dividendo total repartido por IMB): del dividendo repartido por IMB, 800.000 euros se corresponden con el ingreso por dividendos procedente de X, por consiguiente, un 40 % se registrará como ingreso ($800.000/2.000.000$) y el resto como recuperación del coste de la inversión.

Código	Cuenta	Debe	Haber
535	Dividendo a cobrar de inversiones financieras en partes vinculadas ($2.000.000 \times 60\%$)	1.200.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad IMB ($1.200.000 \times 60\%$)		720.000
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio ($1.200.000 \times 40\%$)		480.000

Por el dividendo satisfecho a sus socios:

Código	Cuenta	Debe	Haber
110	Prima de emisión o asunción	1.200.000	
526	Dividendo activo a pagar		1.200.000

Sociedad AMC

Por el dividendo percibido de CBL (85 % del dividendo total repartido por CBL): del dividendo repartido por CBL, 480.000 euros se corresponden con el ingreso por dividendos procedente de IMB, por consiguiente, un 40 % se registrará como ingreso ($480.000/1.200.000$) y el resto como recuperación del coste de la inversión.

Código	Cuenta	Debe	Haber
535	Dividendo a cobrar de inversiones financieras en partes vinculadas ($1.200.000 \times 85\%$)	1.020.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad CBL ($1.020.000 \times 60\%$)		612.000

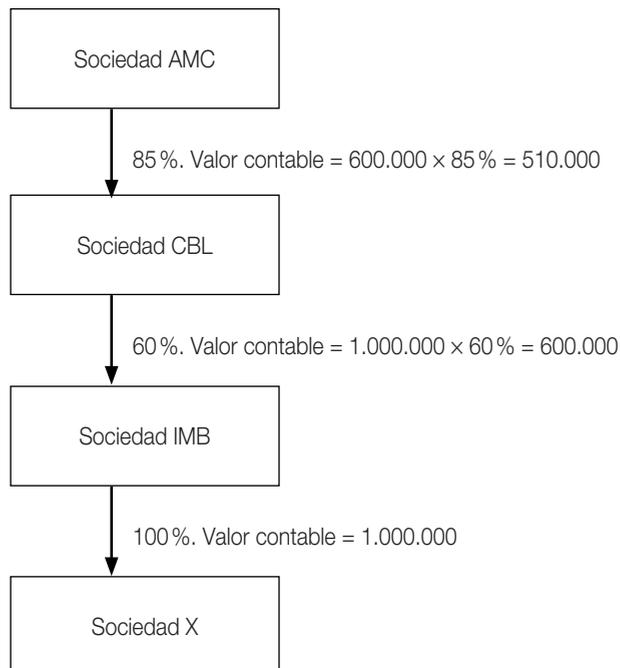


Código	Cuenta	Debe	Haber
▶			
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio (1.020.000 × 40%)		408.000

Apartado c)

En este caso, tanto la sociedad AMC como las sociedades *holding* intermedias tienen valoradas las participaciones por el valor contable que inicialmente tenía la inversión de AMC en la sociedad X, en caso de AMC en el porcentaje no enajenado, y en el caso de CBL en el porcentaje aportado de IMB.

En definitiva, a comienzos del 20X8, la estructura del grupo y los valores contables de las respectivas aportaciones son los siguientes:



Comparando los valores por los que figuran en contabilidad con los deberían figurar por la aplicación correcta de la normativa contable expuesta en la consulta 3 del BOICAC 85 y que se ha analizado en el apartado a), resulta lo siguiente:



	Valor contable	Valor correcto	Ajuste
AMC: Participación en CBL	510.000	2.550.000	2.040.000
CBL: Participación en IMB	600.000	3.000.000	2.400.000
IMB: Participación en X	1.000.000	5.000.000	4.000.000

Por consiguiente, los ajustes a practicar en el diario del año 20X8 serán los siguientes:

Sociedad AMC

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad CBL	2.040.000	
113	Reservas voluntarias		2.040.000

Este importe, 2.040.000, resulta de la diferencia inicial de 4.000.000 menos el beneficio registrado por la venta de las participaciones 1.960.000 [2.100.000 + 350.000 – (1.000.000 × 49%)], resultando el 49% de la suma del 40% + (15% × 60%). Del beneficio registrado 1.700.000 corresponde a la venta efectuada en 20X6 (correcto 100.000), y 260.000 de la venta del 20X7 (correcto pérdida de 100.000).

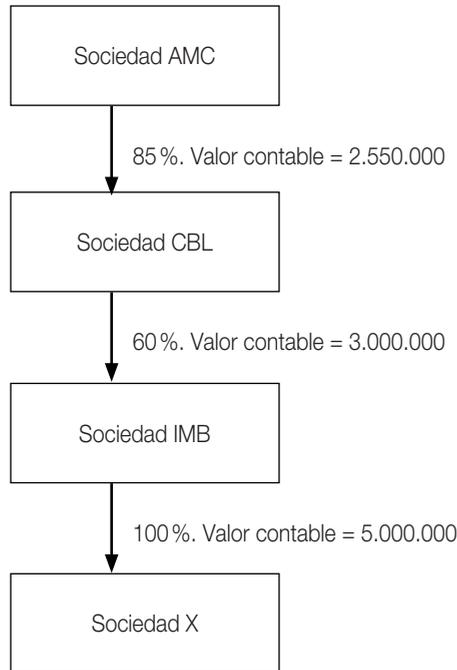
Sociedad CBL

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad IMB	2.400.000	
113	Reservas voluntarias		2.400.000

Sociedad IMB

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo, sociedad X	4.000.000	
113	Reservas voluntarias		4.000.000

Después de estos ajustes el porcentaje y valores contables de la participación queda como sigue:



Y los fondos propios de las sociedades participadas por AMC:

	Sociedad X	Sociedad IMB	Sociedad CBL
Capital social	1.000.000	1.000.000	600.000
Reservas (incluida prima)	4.000.000	4.000.000	2.400.000
Fondos propios	5.000.000	5.000.000	3.000.000

Por lo que se refiere al dividendo, los asientos serían los mismos que los indicados en el apartado a) por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

Para finalizar cabe indicar que, en las cuentas anuales, aparte de informar en la memoria sobre la corrección de errores, deben modificarse como consecuencia de la corrección de errores las cifras comparativas del año anterior debiendo registrarse las que hubieran figurado si ya se hubiera corregido el error al cierre de dicho ejercicio.

Así, en la sociedad X a efectos comparativos en las cuentas anuales del 20X8 figurarán los siguientes datos en el balance de 31 de diciembre de 20X7:



	Importes que figuraban	Importes que deben figurar
Participación en CBL	510.000	2.550.000
Reservas voluntarias	1.700.000 (beneficio venta 20X6)	4.100.000 (4.000.000 AND + 100.000 beneficio venta 20X6)
Resultado del ejercicio	260.000 (beneficio venta 20X7 = 350.000 – – 15 % × 60 % × 1.000.000)	–100.000 (pérdida venta 20X6 = 350.000 – – 15 % × 60 % × 5.000.000)

Nota: En los datos de reservas y resultado del ejercicio se ha tenido en cuenta solo la información resultante de las operaciones de reorganización empresarial que son objeto de análisis.

El Premio Estudios Financieros celebra tres décadas de apoyo a la investigación

El CEF.- Centro de Estudios Financieros celebró el miércoles 30 de septiembre la ceremonia de entrega de la XXX edición del Premio Estudios Financieros desde el salón de actos del campus de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, evento que se desarrolló en directo vía *online*, siguiendo las recomendaciones de las autoridades sanitarias, con el fin de reducir riesgos de propagación del coronavirus.



Mesa presidencial ubicada en el salón de actos de la UDIMA

En el solemne acto, presidido por los presidentes del Grupo Educativo CEF.- UDIMA Arancha de las Heras y Arturo de las Heras, estuvieron presentes *online* los autores de los trabajos premiados en sus ocho modalidades –cuyos primeros premios intervinieron por videoconferencia–, así como sus respectivos jurados y numerosas personalidades de los ámbitos académico, jurídico, empresarial y de las Administraciones públicas.

Arancha de las Heras, que abrió formalmente el acto con su intervención en nombre del Grupo Educativo, se felicitó de que, a pesar de la incertidumbre generada por la covid-19, finalmente pudo celebrarse el evento: «No pensábamos en septiembre del año pasado que al abrir esta convocatoria sería tan diferente a la de otros años» e, incluso, tras la declaración del estado de alarma, «nos planteamos anular la convocatoria», pero, «realmente, eran 30 años en los que estábamos apostando por la investigación, y una pandemia no podía pararnos».

La presidenta del Grupo Educativo compartió la mesa presidencial con su hermano y también presidente de la institución, Arturo de las Heras, así como con el fundador y presidente de honor, Roque de las Heras. Una edición diferente por su modelo *online*, pero que,



Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA

lejos de perder peso en las convocatorias, ha recibido «más trabajos que en otras ediciones», señaló Arancha de las Heras.

«Queremos seguir apostando por la investigación, y reconocer el trabajo en silencio de todos aquellos que en sus despachos, domicilios, fines de semana, puentes... estrujan las últimas normativas, sentencias o herramientas tecnológicas, buscando nuevas oportunidades de análisis para seguir con el avance del conocimiento. Muchas gracias, investigadores, por todo vuestro esfuerzo», enfatizó Arancha de las Heras.

Por su parte, Arturo de las Heras aprovechó la redonda cifra de 30 años para recordar el motivo y la trayectoria de uno de los galardones «más prestigiosos del país en su categoría». «Tanto por su dotación (9.000 euros libres de impuestos para el ganador en cada modalidad), como por su reconocimiento en la sociedad». Más de 600 trabajos seleccionados en todo este tiempo, en los que se han invertido ya alrededor de 2 millones de euros.



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-

Un importante estímulo para los investigadores españoles para «que continúen su labor de análisis crítico y práctico de la sociedad», explicó Arturo de las Heras. Además, los ganadores ven recompensado su esfuerzo y dedicación al ver divulgado su trabajo en las distintas revistas editadas por el CEF.-. El premio busca trabajos «que no se queden en el plano teórico», explicó el presidente, «sino que tengan una aplicación práctica en el mundo profesional, tanto para la empresa privada como para la Administración».

Premios de «referencia legal, fiscal y empresarial»

Clausuró el acto el presidente de honor y fundador del Grupo Educativo CEF.- UDIMA, Roque de las Heras, tras hacer oficial la entrega de los 23 premios (ocho principales y 15 accésits). En total fueron casi 200 trabajos presentados en las distintas modalidades, representando además la práctica totalidad de la geografía española, como anotó su fundador. «Gracias a los que nos remiten sus trabajos, tras muchos meses de investigación», pues «también servirán para los futuros alumnos», añadió.

Roque de las Heras se acordó especialmente del trabajo de los jurados, casi todos «premiados en ediciones anteriores», y la mayoría hoy ya en calidad de «catedráticos o socios

de grandes consultoras». Precisamente, casi el 80 % de los premios fueron otorgados a catedráticos y profesores universitarios, mientras que el resto recayó en profesionales tanto de la Administración pública como de la empresa privada.

Las intervenciones de agradecimiento de los premiados estuvieron marcadas por referencias a las inusuales circunstancias y a las personas fallecidas durante la pandemia. Todos agradecieron el «impulso» que supone este galardón, que alguno no dudó en calificar como premio «de referencia y con más prestigio en España en el ámbito legal, fiscal y empresarial».



Roque de las Heras, presidente de honor del Grupo CEF.- UDIMA



La pantalla múltiple fue la herramienta de comunicación

Muchos proyectos surgieron durante el confinamiento, a veces fruto de las novedades jurídicas que imponía el estado de alarma. Y también hubo anécdotas: dos de los premiados han sido reconocidos más de una vez, uno de los cuales decía sentirse ya «como en casa». Otro premio se quedó literalmente en familia, pues premió a padre e hija con un mismo trabajo elaborado a dos manos.

Teletrabajo y escena laboral

La gala, dirigida por el director de Comunicación del Grupo CEF.- UDIMA, Luis Miguel Belda, contó también con la participación especial de algunas personalidades del ámbito económico y social. Miguel Garrido, presidente de la CEIM y vicepresidente de la CEOE, aventuró algunos de los cambios que traerá la pandemia, como el teletrabajo, que habrá que aprovechar para que no suponga «un lastre a la productividad de las empresas».

Por su parte, Lorenzo Amor, presidente de la ATA, sumó sus palabras a las de Garrido. En su caso, para recalcar la necesidad de aprovechar «los momentos del teletrabajo», que



El acto fue moderado por el director de Comunicación, Luis Miguel Belda

hasta ahora no hemos sabido. Se trata no solo de impulsar el teletrabajo, sino de usarlo para «formarnos y mejorar la competitividad de nuestros trabajadores y tejido empresarial».

Y es que el escenario laboral que se vislumbra, ya impulsado hace años por la digitalización y la transición energética, se ha visto acelerado por la pandemia. Las nuevas plataformas y el trabajo telemático darán lugar a nuevas ocupaciones y competencias asociadas.



Miguel Garrido, presidente de la CEIM



Lorenzo Amor, presidente de la ATA



Unai Sordo, secretario general de CC. OO.

Nuevos empleos que, para Unai Sordo, secretario general de CC. OO., necesitarán «políticas sectoriales». Políticas que permitan ver los sectores en desarrollo en las próximas décadas. Así como para convertirse en planes de formación permanente para todos los trabajadores, «como pasarela a empleos de calidad y estables», abundó.

Alberto Orellana

Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA

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 arábica, 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 arábica, 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.-



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Cursos de formación a medida para empresas (in Company)

Nos adaptamos a las necesidades formativas de tu empresa

Planificamos, junto a las empresas (pequeñas, medianas y grandes), formación a medida. Ofrecemos una propuesta global de formación; trabajamos como estrechos colaboradores en tus planes de formación para que puedas obtener siempre la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales, adaptando la formación a tus necesidades de horarios, ubicación geográfica y contenidos.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a principios de año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA.

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados tanto en la modalidad presencial como online

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

Más información en www.cef.es/empresas

CEF.-



**MATRÍCULA
ABIERTA**

CURSOS DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Curso de Visual Basic para Excel | Curso Práctico de Bolsa y Mercados Financieros | Curso de Gestión Presupuestaria y Contabilidad Pública Local | Curso de Power BI | Curso de Tax and Accounting English | Curso sobre Valoración de Empresas | Curso sobre Consolidación Fiscal | Curso sobre Gestión de Compras | Curso sobre las US GAAP (Principios contables en EE. UU.) | Curso Profesional en Trading Algorítmico (feb 2021) | Curso de Experto en el Impuesto sobre Sociedades | Curso de IVA Experto (aspectos avanzados y problemáticos) | Curso para el Asesor Fiscal Experto en Procedimientos Tributarios | Curso sobre el IVA en las Operaciones Internacionales: Mercancías y Servicios | Curso sobre Fiscalidad de Productos Financieros | Curso sobre Operaciones Vinculadas y Precios de Transferencia | Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos) | Curso sobre Cálculo de Retenciones en el IRPF, IS e IRNR | Curso sobre el Contribuyente y el Procedimiento de Inspección | Curso sobre el Contribuyente y los Procedimientos de Gestión | Curso Superior de Especialización en Procedimientos Tributarios

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es