

Contabilidad y Tributación. CEF

Revista mensual núm. 453 | Diciembre 2020

ISSN: 1138-9540

Derecho tributario y Derecho penal en la regularización del delito fiscal

Carlos Palao Taboada

Tributación de las rentas del capital a tenor de las sentencias del TJUE

Eduardo Sanz Gadea

Inversión del sujeto pasivo en el IVA en materia inmobiliaria

Juan Calvo Vérguez

El ajuar doméstico en el impuesto sobre sucesiones tras la nueva doctrina del TS

Félix Alberto Vega Borrego

Decretos-leyes y reformas del sistema tributario

Pablo Chico de la Cámara

Procedimiento aplicable a los recargos de regularización

Juan Ignacio Gorospe Oviedo

Cobertura mediática y estrategia fiscal corporativa

Carolina Bona Sánchez, Jerónimo Pérez Alemán y Domingo Javier Santana Martín

Costes a asumir por las empresas en los ERTE consecuencia de la COVID-19

Elena Robledo Acinas

Cifra de negocios cuando se reciben subvenciones públicas

José Alberto Toribio Temprado



Feliz Navidad



DEF.-

udima



Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

Núm. 453 | Diciembre 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 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



Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

ISSN: 1138-9540
ISSN-e: 2531-2138

Sumario

Tributación

Estudios

- Derecho administrativo (tributario) y Derecho penal en materia de regularización voluntaria en caso de delito fiscal (A propósito de la Orden HAC/530/2020, de 3 de junio) 5-38
Administrative (tax) law and criminal law concerning voluntary regularization in the case of a tax crime (Regarding ministerial Order HAC/530/2020)
Carlos Palao Taboada
- La inversión del sujeto pasivo en el IVA: análisis específico del supuesto relativo a aquellas entregas realizadas en ejecución de garantía constituida sobre bienes inmuebles 39-66
The reversion of the passive subject in the VAT: specific analysis of the supposed release to those deliveries carried out in execution of the guarantee constituted on the real estate
Juan Calvo Vérguez
- El ajuar doméstico en el impuesto sobre sucesiones (La configuración del ajuar tras la nueva doctrina del Tribunal Supremo) 67-98
The personal and household effects in the Spanish Inheritance Tax (The new approach of the Supreme Court)
Félix Alberto Vega Borrego
- Las limitaciones constitucionales en la utilización del decreto-ley para modificar piezas clave de nuestro sistema tributario 99-112
The constitutional limitations on the use of the law decree to modify key elements of our tax system
Pablo Chico de la Cámara
- Ⓜ La tributación de las rentas del capital a tenor de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 113-118
Taxation of capital income in accordance with the ECJ case-law
Eduardo Sanz Gadea

Análisis doctrinal y jurisprudencial

- Los procedimientos tributarios y los efectos vinculantes de las consultas (Análisis de la RTEAC de 16 de diciembre de 2019, RG 2882/2016) 119-137
Carlos Cabrera Carretero





Procedimiento aplicable a los recargos por presentación fuera de plazo sin requerimiento previo con resultado a ingresar (Análisis de la RTEAC de 18 de diciembre de 2019, RG 2716/2019) 138-158
Juan Ignacio Gorospe Oviedo

Contabilidad

Estudios

Cobertura mediática y estrategia fiscal corporativa 159-186
Media coverage and corporate tax strategy
Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2020
Carolina Bona Sánchez, Jerónimo Pérez Alemán y Domingo Javier Santana Martín

Análisis doctrinal

Costes a asumir por las empresas en los ERTE consecuencia de la COVID-19 (Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo) (NRV 18.^a) (Análisis de la consulta 1 del BOICAC 122, de junio de 2020) 187-193
Elena Robledo Acinas

Cifra de negocios cuando se reciben subvenciones públicas (NECA 11.^a RICAC de 16 de marzo de 1991) (Análisis de la consulta 3 del BOICAC 122, de junio de 2020) 194-198
José Alberto Toribio Temprado

Normas de publicación 199-200

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

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

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





Derecho administrativo (tributario) y Derecho penal en materia de regularización voluntaria en caso de delito fiscal

(A propósito de la Orden HAC/530/2020, de 3 de junio)

Carlos Palao Taboada

*Catedrático emérito de Derecho Financiero y Tributario
Consejero de Montero-Aramburu*

Extracto

La Orden HAC/530/2020 culmina una evolución en virtud de la cual la regularización de la situación fiscal del obligado tributario como causa eximente de la responsabilidad penal por delito fiscal ha pasado a estar regulada en gran parte por normas tributarias, por tanto de carácter administrativo. Esta situación es anómala pues, en opinión del autor, la regularización penal (a efectos del delito) es distinta de la tributaria (relativa a las infracciones administrativas). En consecuencia, estas regularizaciones deben regularse separadamente por normas correspondientes a su respectiva naturaleza. La normativa vigente en materia de regularización es un ejemplo de la «administrativización» del Derecho penal en materia de delito fiscal por la que este se convierte en instrumento de recaudación tributaria.

Palabras clave: delito fiscal; regularización; excusa absolutoria; «administrativización» del Derecho penal.

Fecha de entrada: 14-10-2020 / Fecha de aceptación: 09-11-2020 / Fecha de revisión: 23-10-2020

Cómo citar: Palao Taboada, C. (2020). Derecho administrativo (tributario) y Derecho penal en materia de regularización voluntaria en caso de delito fiscal (A propósito de la Orden HAC/530/2020, de 3 de junio). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, 5-38.



Administrative (tax) law and criminal law concerning voluntary regularization in the case of a tax crime

(Regarding ministerial Order HAC/530/2020)

Carlos Palao Taboada

Abstract

Ministerial Order HAC/530/2020 culminates an evolution by means of which the regularization of the situation of the taxpayer as a cause of exemption from responsibility for tax crimes has come to be governed by rules of both administrative and penal nature. This situation is anomalous, considering that, in the author's opinion, regularization concerning tax crimes has a different nature from regularization regarding tax administrative contraventions. Consequently, these two types of regularization should be regulated separately by laws according to their respective legal nature. The present law regarding tax regularization is an example of «administrativization» of the criminal law on tax crime, which makes it an instrument of tax collection.

Keywords: tax crime; regularization; exemption from criminal liability; «administrativization» of criminal law.

Citation: Palao Taboada, C. (2020). Derecho administrativo (tributario) y Derecho penal en materia de regularización voluntaria en caso de delito fiscal (A propósito de la Orden HAC/530/2020, de 3 de junio). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, 5-38.





Sumario

1. Introducción. La Orden HAC/530/2020 en el sistema de relaciones entre la Administración tributaria y los tribunales de justicia
2. La Orden HAC/530/2020 como desarrollo del artículo 252 de la LGT
3. La exigencia de requisitos y formas administrativas para la regularización penal
4. La regularización tributaria y la penal son figuras materialmente distintas
5. La administrativización del Derecho penal en materia de regularización
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo está destinado al Libro-homenaje al Profesor D. Luis María Cazoria Prieto con motivo de su jubilación. Ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso.



1. Introducción. La Orden HAC/530/2020 en el sistema de relaciones entre la Administración tributaria y los tribunales de justicia

El Derecho tributario y el Derecho penal se encuentran en los delitos contra la Hacienda Pública, especialmente en el de defraudación tributaria o delito fiscal, y de ese encuentro surgen unas relaciones complejas, en primer lugar en el aspecto material, por la condición de norma penal en blanco de la que tipifica dicho delito, pero sobre todo en los aspectos procedimental y procesal. En este ámbito es necesario articular las relaciones entre el poder ejecutivo y el poder judicial de manera adecuada para conseguir dos objetivos esenciales: la aplicación eficiente de los tributos, que es la función de la Administración tributaria, y la aplicación de la ley penal, que es la misión de los tribunales de justicia. Todo ello con escrupuloso respeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos en los respectivos ámbitos. Esta articulación no es sencilla, como ha puesto de manifiesto de manera destacada Isabel Espejo (2013) en una fundamental monografía. Lo demuestran los diversos sistemas ensayados por el legislador para resolver este problema, empezando por la prejudicialidad administrativa implantada por la originaria Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, según la cual la cuota tributaria evadida era fijada por la Administración tributaria (Espejo Poyato, 2013, p. 86).

Suprimida la prejudicialidad administrativa por la Ley Orgánica (LO) 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública, el importe de la cuota defraudada se determina por el tribunal penal, para lo cual este tiene que aplicar las normas tributarias. En consecuencia, el principio *ne bis in idem* exigía la paralización del procedimiento sancionador, y así lo dispuso el artículo 77.6 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (LGT-63), redactado por la Ley 10/1985, de 26 de abril. Sin embargo, un discutible entendimiento del mencionado principio llevó al Reglamento de Procedimiento Sancionador Tributario aprobado por Real Decreto (RD) 2631/1985 a ordenar a la Administración no solo la suspensión del procedimiento sancionador sino también la del procedimiento de liquidación, y esta disposición, carente de base legal, fue sancionada por una nueva redacción del artículo 77.6 de la LGT-63 por la Ley 25/1995, de 20 de julio, que pasó sin modificaciones relevantes al artículo 180.1 de la vigente LGT (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)¹.

¹ Esta evolución normativa está detalladamente descrita en el capítulo III de Espejo Poyato (2013, pp. 85 y ss.). En el capítulo XIII, pp. 265 y ss., la autora realiza una profunda crítica de la concepción del principio *ne bis in idem* que está en la base del sistema diseñado por las normas citadas.

El sistema construido por estas normas produjo un inmenso estancamiento de deuda tributaria por la incapacidad de los tribunales de gestionar ese volumen de créditos fiscales convertidos en responsabilidad civil derivada del delito. Esta situación motivó la reforma de dicho sistema en el sentido de devolver a la Administración tributaria algunas de las competencias de liquidación de la deuda tributaria de las que había sido despojada. Prescindiendo de los primeros y titubeantes atisbos², las bases de la reforma se sentaron por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, que dio al artículo 305 del Código Penal (CP) su redacción actual. El apartado 5 de dicho artículo contiene *in nuce* la estructura del nuevo sistema de las relaciones entre la Administración tributaria y los tribunales de justicia, cuyo elemento central es la liquidación separada de los «conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública» y de aquellos en los que exista tal vinculación. La primera de dichas liquidaciones se sujeta a las normas generales; respecto a la segunda, el citado precepto remite a la normativa tributaria que se dicte al efecto. A nuestro juicio es criticable que estos preceptos de naturaleza evidentemente procedimental administrativa se hayan incluido en el CP.

La normativa a la que remite el artículo 305.5 del CP es la contenida en el nuevo título VI añadido a la LGT por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, cuya rúbrica es «Actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delito contra la Hacienda Pública». Con relación a los elementos de la obligación tributaria vinculados con el delito, dicha normativa establece un procedimiento peculiar sometido a la autoridad del juez penal, que desemboca en una liquidación a la que la ley llama a veces «liquidación administrativa», quizá para distinguirla de una auténtica liquidación tributaria³. La cuantía resultante de esta liquidación queda a expensas de la sentencia que se dicte en el proceso penal.

Pues bien, en el nuevo título VI de la LGT se incluye el artículo 252, dedicado a la «regularización voluntaria». Este artículo viene a sustituir y a completar lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 180 de la LGT, que fue añadido a este por la disposición final primera del Real Decreto-Ley (RD-L) 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público⁴. El párra-

² Me refiero a la disposición adicional 10.^a de la LGT, el apartado 5 añadido al artículo 305 del CP por la LO 5/2010 y las medidas adoptadas por la Ley 7/2012, de 29 de octubre. Sobre ellas críticamente Espejo Poyato (2013, parte IV).

³ Como dijimos en Palao Taboada (2015, epígrafe 6), esa liquidación «es en realidad un acto *sui generis* con una finalidad pura y simplemente recaudatoria, inmune a cualesquiera vicios procedimentales».

⁴ Los apartados 1 y 2 del artículo 180 de la LGT, en la redacción del RD-L 12/2012, fueron suprimidos por la Ley 34/2015. El texto del apartado 2 era el siguiente:

Si la Administración tributaria estimase que el obligado tributario, antes de que se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, ha regularizado su situación tributa-

fo primero del artículo 252 de la LGT tiene una curiosa redacción en la que emplea dos negaciones⁵, que no ha dejado de llamar la atención de los autores⁶. Es claro, en nuestra opinión, que lo que regula el citado artículo es la regularización voluntaria a efectos del delito fiscal, que designaremos con el término «regularización penal». Así lo indica, en primer lugar, que los supuestos que ponen fin a la posibilidad de regularizar (generalmente denominados «causas de bloqueo» por la doctrina penalista) son los mencionados en el artículo 305.4 del CP, que difieren del «requerimiento previo de la Administración tributaria» dispuesto para la regularización tributaria (administrativa)⁷ en el artículo 27.1 de la LGT. El requisito del pago de la obligación tributaria es también propio de la regularización penal a diferencia de la tributaria, para la cual es suficiente la presentación (se entiende que veraz) de la declaración, como se deduce del apartado 3 de este último precepto. En conclusión, el artículo 252 de la LGT es en rigor una norma penal inserta, con dudosa co-

ria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, la regularización practicada le exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, y la Administración podrá continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación.

⁵ El texto del párrafo 1.º del artículo 252 de la LGT es el siguiente:

La Administración Tributaria no pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente ni remitirá el expediente al Ministerio Fiscal salvo que conste que el obligado tributario no ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria antes de que se le hubiera notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de la deuda tributaria objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

⁶ Comenta irónicamente Isabel Espejo Poyato (2014, p. 92) que

[p]arece que hay estudios de psicología cognitiva demostrando la muy superior cantidad del tiempo necesario para que el cerebro humano entienda la misma información transmitida mediante frases negativas, con respecto a la transmitida en términos afirmativos. Pues bien, aquí solo se emplean negaciones.

Quizá el cambio de redacción persiga, algo ingenuamente, evitar el verbo «estimar» con el fin de poner en un segundo plano la facultad de decidir acerca de la validez de la regularización que se atribuye a la Administración, que es objeto de críticas doctrinales.

⁷ Con la expresión «regularización tributaria» designamos a la que produce efectos eximentes de la responsabilidad derivada de sanciones tributarias. Distinguimos esta expresión de la «regularización fiscal», con la que designamos a la operación material por medio de la cual se rectifica la conducta infractora. Esta operación es la misma en ambos campos, con independencia de que los requisitos para que este efecto se produzca difieran entre ellos; por ejemplo, la exigencia del pago para la regularización penal. Confío en que esta terminología no sea demasiado confusa para el lector.

rrección y, sobre todo, con discutible eficacia en el ámbito penal, en una disposición tributaria⁸. La finalidad de esta norma es, en primer lugar, al igual que la de su precedente del artículo 180.2 de la LGT, facultar a la Administración tributaria para estimar su concurrencia y, en consecuencia, abstenerse de pasar el tanto de culpa a los tribunales; pero el artículo 180.2 de la LGT definió de paso por primera vez la regularización a efectos penales como «el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria». Esta definición fue inmediatamente integrada en el artículo 305.4 del CP por la LO 7/2012. El artículo 252 de la LGT viene a completar dicha definición con la interpretación del concepto de «deuda tributaria» a efectos de la regularización.

La Orden HAC/530/2020, de 3 de junio (BOE del 16 de junio) se dictó en cumplimiento de la disposición adicional décima de la Ley 34/2015, precisamente en desarrollo del artículo 252 de la LGT⁹. En consecuencia, es aplicable únicamente a la regularización en el caso de delito fiscal; la regularización como causa de exclusión de la responsabilidad derivada de infracciones tributarias se rige por el artículo 179.3 de la LGT en conexión con el 27 de la misma ley. Dicha orden trae a la actualidad los problemas dogmáticos que plantea la regularización voluntaria de la situación fiscal como causa de exoneración de la responsabilidad penal por delito fiscal.

2. La Orden HAC/530/2020 como desarrollo del artículo 252 de la LGT

El preámbulo de la Orden HAC/530/2020 («la Orden») recuerda que el artículo 252 de la LGT distingue entre tributos que deben ser objeto de autoliquidación y tributos para los que rige el sistema de declaración seguida de liquidación administrativa. En efecto, el párrafo segundo del citado artículo dispone, con relación a los primeros, que

[l]a deuda tributaria se entiende integrada por los elementos a los que se refiere el artículo 58 de esta Ley, debiendo proceder el obligado tributario a la autoliquidación e ingreso simultáneo tanto de la cuota como de los intereses de demora y de los recargos legalmente devengados a la fecha del ingreso.

Naturalmente no es que para los tributos que se aplican por el procedimiento de liquidación administrativa la deuda tributaria tenga una composición distinta, sino que ya se encarga la Administración de incluir en la liquidación los correspondientes intereses y recargos. Al

⁸ Cfr. Sánchez Huete (2016, p. 501).

⁹ La citada disposición adicional 10.^a dice así: «Por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas se aprobarán los modelos para la regularización voluntaria de la deuda tributaria a la que se refiere el artículo 252 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

disponer que se incluyan estos conceptos en la deuda tributaria objeto de la regularización el citado precepto realiza una interpretación de la exigencia que figura en el párrafo primero del mismo artículo de que la regularización requiere «el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria». Esta definición del concepto de «regularización» se formula por primera vez en el apartado 2 del artículo 180 de la LGT, introducido, como hemos recordado anteriormente, por el RD-L 12/2012, y se incorpora al artículo 305 del CP por la LO 7/2012, unos meses posterior. Es, pues, una norma tributaria la que inicialmente define la regularización penal.

Al determinar que la regularización penal, a diferencia de la tributaria, exige el pago de la deuda, la referida definición pone fin al debate doctrinal hasta entonces existente¹⁰. Deja, sin embargo, sin resolver la duda, que también se había suscitado en la doctrina, acerca de si la deuda tributaria que debe ser satisfecha por el defraudador para regularizar su situación fiscal comprende, además de la cuota tributaria, los intereses y los recargos por declaración extemporánea establecidos actualmente en el artículo 27 de la LGT. Según Espejo Poyato (2014, p. 92), mientras que en el ámbito de la jurisdicción penal y en el del Ministerio Fiscal se entendía que la regularización incluía el pago de la cuota, sin intereses ni recargos, en el de la Administración se sostenía la opinión contraria. Esta posición encuentra apoyo en la referencia a la «deuda tributaria» en el artículo 180.2 de la LGT introducido por el RD-L 12/2012, recogida por el artículo 305.4 del CP en la redacción de la LO 7/2012. El preámbulo de esta LO afirma que en ella se configura la regularización de la situación tributaria

como el verdadero reverso del delito de manera que, con la regularización, resulte neutralizado no solo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente¹¹.

Este argumento puede aceptarse respecto de los intereses dado el carácter indemnizatorio de estos, pero no es válido, a nuestro juicio, respecto a los recargos por declaración extemporánea, cuya naturaleza, según una opinión doctrinal ampliamente extendida, es próxima a la de una sanción, y no son por tanto resultado del delito. El artículo 252 de la LGT resuelve la cuestión en sentido favorable a la posición de la Administración tributaria.

Como indica su preámbulo, la Orden es aplicable exclusivamente a los tributos para los que rige el sistema de autoliquidación. En el caso de tributos sometidos al régimen de declaración y liquidación administrativa, la regularización consiste simplemente en la presentación de la declaración omitida o de la rectificativa de las inexactitudes de la anterior y será la Administración la que liquide conjuntamente la cuota defraudada y los intereses y recargos. Respecto de los tributos aplicados mediante autoliquidación se suprime la liqui-

¹⁰ Cfr. Blázquez Lidoy (2011).

¹¹ Cfr. Gómez Mourelo (2017, epígrafe 6.1.1, 4.º).

dación administrativa de intereses y recargos vigente al menos hasta la entrada en vigor de la Ley 34/2015 y más exactamente hasta la de la Orden que estamos examinando, que tuvo lugar el 26 de junio de acuerdo con su disposición final tercera. En virtud de lo dicho en el epígrafe anterior, entendemos que esta supresión se refiere solamente a la regularización en caso de delito fiscal (que venimos llamando «penal») y no a la regularización en el caso de infracción tributaria («regularización tributaria»), para la que seguirán en vigor las normas anteriores¹². En consecuencia, la Orden aprueba los dos siguientes modelos:

- Modelo 770 de autoliquidación de intereses y recargos.
- Modelo 771 de autoliquidación de cuotas de conceptos y ejercicios sin modelo disponible en la sede electrónica de la AEAT.

Con arreglo al artículo 3 de la Orden, el obligado tributario que desee regularizar su situación debe presentar juntamente la autoliquidación de la cuota, utilizando el modelo previsto para ello o, en su defecto, el modelo 771, y la de los intereses y recargos legalmente devengados a la fecha del ingreso y realizar simultáneamente los respectivos ingresos. El citado precepto dispone que se presentará un modelo 770 y, en su caso, un modelo 771, por cada concepto impositivo y ejercicio o hecho imponible que se pretenda regularizar, teniendo en cuenta a estos efectos –añade innecesariamente– las normas para determinar la cuantía de la cuota defraudada contenidas en el apartado 2 del artículo 305 del CP. Dichos modelos se presentarán de forma obligatoria por vía electrónica a través de internet (art. 6 de la Orden). El artículo 5 describe el contenido del modelo 770 que figura en el anexo I de la Orden y dispone que «[e]l importe a ingresar por los recargos que se regularicen mediante este modelo será susceptible de reducción en un 25 por ciento en los términos previstos en el artículo 27.5 de la Ley General Tributaria»¹³. Sanz Díaz-Palacios (2018, p. 6) había expresado dudas acerca de la procedencia de la aplicación de dicha reducción en el supuesto de que los recargos se autoliquidan por el propio obligado tributario, ya que el artículo 27.5

¹² En consecuencia, para las infracciones tributarias sigue en vigor, en nuestra opinión, la Instrucción de la Dirección General de la AEAT 7/1995, de 28 de julio, sobre normas para el cálculo de los intereses de demora y para la aplicación del régimen de recargos del artículo 61.3 de la Ley General Tributaria, tras la aprobación de la Ley 25/1995. Esta Instrucción establece un procedimiento de liquidación administrativa de dichos conceptos, que se notifica al sujeto pasivo y es susceptible de recurso de reposición o reclamación económico-administrativa. Cabe pensar que no es razonable que este procedimiento se mantenga para el supuesto de infracción tributaria cuando se ha eliminado para el más grave de delito fiscal, pero esta incoherencia no constituye, en nuestra opinión, un argumento suficiente para enervar los que hemos aducido en contra de la aplicación de la Orden a las infracciones tributarias. La duda sobre esta cuestión es una manifestación de las oscuridades del sistema de la regularización voluntaria.

¹³ La norma transcrita se refiere al «importe a ingresar por los recargos que se regularicen». Es incorrecto hablar de «regularización de los recargos»: lo que se regulariza es la situación tributaria del defraudador, lo que exige ante todo el pago de la cantidad defraudada, que obviamente no incluye tales recargos. La imposición de los recargos del artículo 27 es una consecuencia de la extemporaneidad de la declaración.

de la LGT la condiciona al pago dentro del plazo del artículo 62.2 de la LGT del recargo liquidado por la Administración. A favor de la procedencia de tal aplicación dispuesta por la Orden cabe aducir que el artículo 27.5 no contemplaba la reducción en el supuesto de autoliquidación del recargo por el obligado tributario porque este era liquidado en todo caso por la Administración. En este supuesto, la reducción constituía un estímulo para el pago en plazo del recargo. Estando obligado el defraudador a autoliquidar e ingresar el recargo a fin de lograr la regularización este estímulo pierde su sentido; en realidad la reducción se convierte en una rebaja absoluta de la cuantía del recargo.

3. La exigencia de requisitos y formas administrativas para la regularización penal

Al exigir el pago de los recargos por declaración extemporánea el artículo 252 de la LGT demanda implícitamente que la regularización se realice mediante la presentación de una declaración de esta clase. Este requisito formal se confirma por la disposición final 10.^a de la Ley 34/2015 y por la Orden HAC/530/2020 dictada en su cumplimiento. Se trata de una condición formal a la que va unida la consecuencia material del devengo de los recargos. Esta exigencia no ha sido establecida por una ley penal sino por una ley tributaria. Lo adecuado hubiera sido que se incluyese en la norma penal sobre la regularización de la situación fiscal, que no es otra que el apartado 4 del artículo 305 del CP.

La exigencia de una determinada forma tributaria para la regularización como causa de exclusión de la responsabilidad por delito fiscal es contraria a la doctrina penalista en esta materia. Según esta doctrina, lo que en todo caso requiere la regularización penal es una declaración de rectificación, a la que se añade o no la exigencia del pago según las distintas posiciones de los autores; exigencia ahora impuesta por la ley. El requisito de la declaración deriva del fundamento mismo de la exención de responsabilidad en la idea de arrepentimiento o comportamiento opuesto al desvalor de las acciones cometidas. Pero, según la aludida doctrina, esa declaración, mediante la cual el defraudador corrige los datos inexactos o incompletos inicialmente declarados o comunica los omitidos, no está sujeta a forma alguna e incluso puede ser verbal¹⁴. Según Iglesias Río (2003, p. 271)¹⁵, de acuerdo

¹⁴ En este sentido Martínez-Buján Pérez (1996, p. 165). Se basa este autor en que el artículo 349.3 del CP de 1973, introducido por la LO 6/1995, no contenía ninguna precisión sobre la forma de la regularización. Este argumento textual mantiene su validez incluso a la vista de la actual definición de la regularización en el artículo 305.4 del CP como «completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria».

¹⁵ En apoyo de la libertad de formas de la declaración rectificativa aduce este autor la admitida por el artículo 102 de la LGT-63, que aceptaba la declaración verbal cuando lo previese una norma reglamentaria. Por lo demás, expone el autor citado (p. 272) la extrema flexibilidad en cuanto a la forma que sostiene la doctrina alemana en torno a la llamada «autodenuncia» (*Selbstanzeige*) regulada en el § 371 de

con el principio de libertad de formas «se trata de exigir los mínimos requisitos posibles y de flexibilizar al máximo las condiciones que permitan interpretar que la declaración rectificadora presentada cumpla con un contenido básico, objetivo y neutral, que pueda ser lo suficientemente informativo para alzarse como conducto reparador del estado anterior de cosas». Y anticipándose a las actuales exigencias formales añade que «[n]o precisa, en definitiva, de ningún formulario oficial especial como el que es preceptivo utilizar en la originaria declaración incompleta presentada u omitida»¹⁶. Otros autores señalan que la declaración tributaria complementaria es el cauce adecuado para la rectificación, pero no excluyen la eficacia de otras formas de declaración¹⁷.

Los autores partidarios de la libertad de formas en la regularización penal no se plantean las consecuencias de la utilización de una forma distinta de una declaración complementaria, porque bajo las normas vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2015 se trataba de una cuestión irrelevante. En el supuesto de que la Administración tributaria hallase indicios de criminalidad en la situación tributaria del contribuyente y este presentase una declaración complementaria a fin de regularizar su situación, la Administración estaba obligada a suspender el procedimiento y elevar las actuaciones a la jurisdicción penal, incluyendo la declaración presentada. Si la declaración rectificativa se dirigiese a la autoridad judicial, esta tendría conocimiento inmediato de ella. Era el juez penal el que debía determinar la eficacia exoneradora de la mencionada declaración, decidiendo si su contenido y su forma eran adecuados para ello y si la presentación había tenido lugar antes de que se hubiese producido una causa de bloqueo (por ejemplo, la notificación del inicio de actuaciones de comprobación o investigación).

la Ordenanza Tributaria: hay autores «partidarios de admitir la autodenuncia presentada verbalmente, por teléfono, en lenguaje coloquial, no técnico, por escrito, por fax, mail, telex o cualquier otro medio acreditativo de que dicha comunicación dirigida a la autoridad o funcionario no tenga un carácter meramente privado».

¹⁶ Añade, sin embargo, en la nota 590 al pie de la página 272, que «sería conveniente que la Administración aprobase unos modelos de impresos similares a los previstos por la Orden Ministerial de 18-6-91, relativos a la regularización mediante la adquisición de Deuda Pública Especial». Alude a la amnistía concedida por la disposición adicional 13.ª de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). Esta afirmación es contradictoria con la libertad de forma propugnada por Iglesias Río basándose en la doctrina alemana. La exigencia de un formulario en el caso de la disposición adicional 13.ª de la Ley 18/1991 se justifica por la complejidad de la aplicación de esta amnistía fiscal.

¹⁷ En este sentido, Sánchez-Ostiz Gutiérrez (2002, p. 95) observa que las declaraciones complementarias «parecen previstas en el Derecho tributario –entre otras funciones– como el instrumento técnico para llevar a cabo la regularización de la situación tributaria definida en el Código Penal, aunque no cierran la posibilidad de que otros actos posean relevancia a estos efectos. Así, aunque todo conduzca a una declaración complementaria, entiendo que ya la presentación de una declaración no formalizada reconociendo la existencia de irregularidades habría de tener relevancia». En esta misma línea parecen situarse otros autores que, sin pronunciarse explícitamente sobre la forma de la declaración regularizadora, la califican de «complementaria» (Bajo y Bacigalupo, 2000, p. 110) o «tributaria» (Ferré Olivé, 2014, p. 54).

La situación cambia a partir de la modificación del artículo 180 de la LGT por el RD-L 12/2012, que, como sabemos, atribuyó a la Administración tributaria la facultad de determinar la eficacia exoneradora de la regularización. En uso de esta facultad la Administración considerará que el contribuyente que no haya utilizado la vía formal de la declaración complementaria –o, en su caso, el modelo 771– o, tras la entrada en vigor de la Orden, no haya presentado junto con ella la autoliquidación de intereses y recargos modelo 770, no ha regularizado correctamente su situación fiscal. En otras palabras, la Administración estimará que dicho contribuyente no ha reconocido y pagado de manera completa su deuda tributaria en los términos definidos por el artículo 252 de la LGT, y en consecuencia, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción penal. Compete, sin embargo, a esta decidir si, a pesar de sus irregularidades tributarias, la comunicación hecha por el defraudador tiene efectos eximentes de la responsabilidad penal. Podrá considerar, por ejemplo, que un escrito dirigido a la Administración conteniendo los datos inexactos u omitidos es suficiente a estos efectos. Es más, en nuestra opinión podría incluso estimar que la falta de autoliquidación y pago de los intereses de demora o de los recargos del artículo 27 de la LGT no impide que se produzca la exclusión de la responsabilidad penal. Esta posición podría encontrar apoyo en el silencio en este punto del artículo 305.4 del CP, unido a la consideración de que el artículo 252 de la LGT no es adecuado, por su carácter de norma formalmente tributaria (en cuanto está inserta en la LGT, que además es una ley ordinaria), para dictar una interpretación auténtica del significado de la exigencia de completitud del reconocimiento de la deuda tributaria. En nuestra opinión, no podría alegarse que el concepto de «deuda tributaria» remite necesariamente para su interpretación al artículo 58 de la LGT: en el ámbito penal el concepto fundamental es el de «cuota defraudada» del artículo 305.1 del CP, que no comprende los recargos. Estos, como hemos apuntado anteriormente (epígrafe 2), no son resultado del delito sino unas cuasi-sanciones por la presentación extemporánea de la declaración tributaria.

Afirma Iglesias Capellas (2011, pp. 19 y ss.) que, desde una perspectiva formal, el artículo 305.4 del CP (en su redacción anterior a la reforma de 2012) admitiría distinguir dos tipos de regularización: la realizada de conformidad con la normativa tributaria y la realizada «mediante cualquier otro procedimiento administrativo o judicial, de cuyo contenido se evidencie la voluntad regularizadora del contribuyente». Dentro de la regularización del primer tipo, que es la que se efectúa mediante la presentación de una declaración tributaria, distingue el autor citado entre regularización formal e informal. La regularización es formal «cuando se lleva a cabo siguiendo el procedimiento legal y reglamentariamente establecido para ello»; es informal «cuando, mediante un cauce procedimental distinto al reglamentariamente previsto, se consiga el mismo resultado –en este caso, el ingreso de la deuda tributaria inicialmente no satisfecha– pero el sujeto pasivo no se ajuste a las formalidades por las que se rige la regularización tributaria». Más adelante especifica que

la regularización tributaria informal consiste en la inclusión deliberada en una declaración-liquidación de elementos (bases imponibles, cuotas devengadas, cantidades retenidas, etc.) correspondientes a un periodo de liquidación anterior o posterior, cuando dicha circunstancia no viene amparada por una causa o cir-

cunstancia expresamente contemplada en la ley del impuesto o tenga su origen en un error del sujeto pasivo.

Es decir, una declaración informal es una declaración que incumple lo dispuesto en el artículo 27.4 de la LGT. Una regularización formal

no solo exime al contribuyente de su eventual responsabilidad penal en caso de que la cuota supere los 120.000 euros, sino que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 179.3 de la LGT, constituye también una causa legal de exclusión de la responsabilidad por infracción tributaria.

Por el contrario, «desde la perspectiva tributaria una regularización informal no es propiamente una regularización. Sin embargo, desde la perspectiva penal dicha matización no parece que resulte aplicable para negarle el efecto eximente de sanción»¹⁸. En apoyo de esta afirmación aduce Iglesias Capellas la regla según la cual para determinar la cuantía de la cuota defraudada en el caso de que el periodo impositivo o de declaración sea inferior a doce meses el importe de lo defraudado se referirá al año natural (art. 305.2 CP):

resulta, como mínimo, objetable afirmar que el sujeto pasivo ha defraudado a la Hacienda Pública unas cuotas devengadas que, adoptando la anualidad como referencia temporal, voluntariamente ha ingresado al incluirlas en un periodo de liquidación anterior o posterior al que reglamentariamente corresponde.

El segundo tipo de regularización que distingue Iglesias Capellas es el que se realiza al margen del procedimiento tributario; es decir, por un cauce distinto al de una declaración complementaria, reúna o no los requisitos del artículo 27 de la LGT para eximir de la responsabilidad por infracción tributaria (es decir, sea formal o informal en la terminología de este autor). Iglesias designa a esta clase de regularización con la denominación de «impropia». Señala este autor que «la norma penal no exige el cumplimiento de formalidad alguna para rectificar las irregularidades cometidas por un obligado tributario». Luego –prosigue– en aquellos casos en los que, al margen de los procedimientos tributarios, se reconozca la comisión de los hechos constitutivos de la defraudación se cumple con el presupuesto de aplicación de la norma de exención de responsabilidad penal. Como afirma Iglesias Capellas (2011, p. 26), esta actuación no producirá efecto tributario alguno, ni sustantivo ni procedimental.

«Por consiguiente, no afectará al deber de denunciar la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública, ni al ejercicio de la acción penal por parte del

¹⁸ Como recuerda Iglesias Capellas (2011, p. 22), si bien la autoliquidación que incumple la regla del artículo 27.4 de la LGT no exime de la responsabilidad por la infracción, de acuerdo con el artículo 191.6 de la LGT la infracción se califica en todo caso de leve.

Ministerio Fiscal. Solo el juez, en el momento de dictar la resolución, podrá valorar si dicha situación post-delictiva reúne los requisitos necesarios para eximir total o parcialmente de la sanción penal a los responsables de la defraudación tributaria».

Y añade certeramente:

Dicho de otro modo, la regularización realizada mediante la presentación de una declaración-liquidación goza de una presunción de idoneidad formal de la que carece la regularización impropia, de modo que corresponde al imputado probar que su actuación posterior a la comisión del delito responde a una efectiva y espontánea voluntad reparadora.

En conclusión, el incumplimiento de las formalidades y requisitos impuestos por las normas tributarias para la regularización no excluye de manera absoluta que una declaración rectificativa voluntaria en el sentido legal, que comunique de manera completa y veraz los datos inexactamente declarados u omitidos, produzca el efecto exonerador de la responsabilidad penal por el delito fiscal establecida en el artículo 305.4 del CP. La decisión a este respecto incumbe, como es obvio, al juez penal. El fundamento último de esta conclusión es que la regularización administrativa, a efectos de las infracciones tributarias, y la regularización, a efectos del delito fiscal, son dos figuras materialmente distintas, basadas en principios en gran parte diversos, pero conectadas entre sí por las vicisitudes de la Hacienda Pública.

4. La regularización tributaria y la penal son figuras materialmente distintas

La regularización de la situación fiscal como causa de exclusión de la responsabilidad penal no surgió históricamente a impulsos de una decisión autónoma de política criminal emanada de la consideración en sí misma de la defraudación tributaria, sino por la conveniencia de política fiscal de extender al ámbito penal la eficacia exculpatoria de regularizaciones fiscales extraordinarias («amnistías fiscales»). En efecto, la regularización voluntaria como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delito fiscal se introdujo en el artículo 349.3 del CP de 1973 por la LO 6/1995, de 29 de junio, para resolver las dudas que se habían planteado en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de si la regularización tributaria establecida en el artículo 61.2 de la LGT-63 producía también efectos exoneradores en relación con el delito fiscal, con la consiguiente inseguridad jurídica. Tales dudas se habían suscitado especialmente en vista de las medidas de amnistía establecidas por las disposiciones adicionales 13.^a y 14.^a de la Ley 18/1991, del IRPF¹⁹. La disposición adicional primera

¹⁹ Cfr. Martínez-Buján Pérez (1996, pp. 107 ss.); Ballarín Espuña (1997, pp. 185 ss.); Iglesias Río (2003, pp. 92 y ss.).

de la LO 6/1995 declara expresamente exentos de responsabilidad penal a quienes se acogieron a estas disposiciones, dando así eficacia retroactiva a la nueva excusa absolutoria.

El apartado 2 de la disposición adicional 14.^a de la Ley 18/1991 dio una nueva redacción al artículo 61.2 de la LGT-63, estableciendo un recargo del 50 %, que se elevaba al 100 % en caso de falta de ingreso sin solicitud de aplazamiento. La desmesurada cuantía de tales recargos tenía obviamente la finalidad de incitar a los contribuyentes defraudadores a acogerse a las medidas extraordinarias de regularización y la norma fue anulada por el Tribunal Constitucional²⁰. Esta versión del artículo 61.2 de la LGT-63 fue sustituida por la última, establecida por la Ley 25/1995, de 20 de julio, recogida luego por el artículo 27 de la LGT. Esta última versión es el punto final de una compleja evolución en el tratamiento de la presentación extemporánea espontánea («sin requerimiento previo») de declaraciones y autoliquidaciones que acabó con el reconocimiento expreso de su carácter de excusa absolutoria –aceptemos con la doctrina penalista mayoritaria esta calificación– de la responsabilidad por infracciones tributarias por la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986²¹. Por tanto, la atribución de tal eficacia exoneradora a la regularización voluntaria de la situación fiscal no fue fruto de una decisión adoptada por el legislador en un momento determinado con plena conciencia de su alcance, sino que se fue gestando a lo largo de un periodo de varios años.

La evolución histórica de la excusa absolutoria consistente en la regularización voluntaria de la situación fiscal pone de manifiesto las conexiones existentes en esta materia entre el ámbito tributario y el penal. El núcleo central del presupuesto de esta causa de exoneración es común: la rectificación por el defraudador de las infracciones cometidas por él en la aplicación de las normas tributarias mediante el falseamiento (por inexactitud u omisión) de los datos en los que se basó su declaración o autoliquidación inicial, actuación para la que hemos propuesto la denominación de «regularización fiscal». En los dos ámbitos la rectificación consiste en una nueva aplicación de las normas tributarias a los datos correctos; es decir, una operación de naturaleza estrictamente tributaria. La cuestión que entonces se plantea es si la excusa absolutoria es una figura única que opera en las dos esferas según cuál sea la naturaleza de la infracción cometida, administrativa o criminal.

²⁰ SSTC 276/2000, de 16 de noviembre (NFJ009503); 291/2000, de 30 de noviembre (NFJ010684); y 39/2011, de 31 de marzo (NCJ054754).

²¹ Esta evolución está descrita con detalle por Ballarín Espuña (1997, cap. II, pp. 49 ss.). Un episodio interesante de dicha evolución es la «regularización voluntaria de la situación fiscal» aprobada por la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, que no llevaba consigo ni sanciones, ni recargos ni intereses. En esta Ley se introduce la expresión «declaración complementaria», y de ella dice la citada autora (*op. cit.*, p. 62) que, «pese a haber dejado abierta de una forma irreversible la puerta a las declaraciones-liquidaciones complementarias», al ser una norma excepcional no podía «fijar las consecuencias jurídicas que los ingresos realizados a través de complementarias debían llevar aparejadas fuera del ámbito objetivo y temporal de [su] aplicación» (el IRPF de 1976).

Una respuesta positiva a esta pregunta podría encontrar un cierto apoyo en la tesis de la identidad de naturaleza de las infracciones administrativas y las penales en cuanto manifestación ambas de un *ius puniendi* único del Estado, sobre cuya base el Tribunal Constitucional declaró, en su Sentencia 18/1981, de 8 de junio (NCJ065116), que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho administrativo sancionador con los famosos «ciertos matices». Una interpretación simple de esta tesis permitiría concebir el ilícito tributario como un *continuum* dividido artificialmente por una frontera arbitraria marcada por la cuantía de la defraudación. Es evidente, sin embargo, que la teoría de la unidad sustancial de los dos tipos de ilícito no puede llevarse a tal extremo. Como ha puesto de relieve autorizada doctrina administrativista, el Derecho administrativo sancionador es, en primer término, Derecho administrativo (Nieto, 1993, p. 141)²². Esta consideración se refleja claramente en la distinta justificación que tiene la excusa absolutoria consistente en la regularización de la situación fiscal en uno y otro ámbito.

En ocasiones, sin embargo, las normas sobre la regularización parecen inspiradas en la teoría de la identidad de naturaleza entre la infracción tributaria y el delito fiscal en la forma extrema antes mencionada. Esto es lo que sucede con la disposición adicional 2.^a de la LO 6/1995, modificada por la disposición final 5.^a del CP únicamente para adaptar la numeración de los artículos a los que remite a la del Código en la redacción originaria de estos²³. Su texto es el siguiente:

La exención de responsabilidad penal contemplada en los párrafos segundos de los artículos 305, apartado 4; 307, apartado 3, y 308, apartado 4, resultará igualmente aplicable aunque las deudas objeto de regularización sean inferiores a las cuantías establecidas en los citados artículos.

La aludida exención se refiere a «las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regu-

²² Véase en general el profundo estudio de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador realizado en los capítulos tercero y cuarto de esta obra. En otro lugar (p. 153) afirma Alejandro Nieto lo siguiente:

Los juristas formados con una mentalidad jurídico-pública –orientada siempre y en primer término por los intereses colectivos y generales– no pueden evitar un cierto rechazo ante la contaminación penalista del Derecho Administrativo Sancionador inspirada exclusivamente por la obsesión de las garantías individuales. Es obvio, desde luego, que ningún jurista auténtico se opondrá nunca a la ampliación y consolidación de tales garantías, que son irrenunciables; pero tampoco es lícito pretender agotar en ellas el contenido del Derecho público, cuya vertiente fundamental es la promoción y garantía de los intereses generales y colectivos.

²³ En lo que respecta al artículo 305.4, la exención de responsabilidad prevista en el párrafo segundo de su redacción originaria está contemplada en el párrafo tercero de su redacción vigente por la LO 7/2012. Esta redacción modifica además la originaria para adaptarla a la nueva estructura del tipo de la defraudación establecida por la citada LO, en el que se incluye la ausencia de regularización.

larización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria». En el supuesto previsto por la norma citada el ilícito es una infracción administrativa y la regularización que exige al contribuyente de la responsabilidad derivada de esta alcanza a la responsabilidad penal derivada de los delitos de falsedad instrumental cometidos en relación con dicha infracción. Esta norma cierra todo posible resquicio a la subsistencia de algún tipo de responsabilidad una vez que el sujeto ha llevado a cabo la regularización y, al igual que la disposición adicional 1.ª de la LO 6/1995, se dictó para favorecer el éxito de la amnistía concedida por la Ley 18/1991 y en general la regularización fiscal ordinaria. Si la extensión de la excusa absolutoria a las falsedades instrumentales en el caso de delito es criticada por la doctrina penalista, tal extensión en el caso de simple infracción administrativa es objeto de una crítica aún más severa²⁴.

Como hemos afirmado, en la medida en que la regularización de la situación tributaria consiste en todo caso en la rectificación de las inexactitudes y omisiones inicialmente cometidas por el contribuyente, es una actividad que tiene el mismo contenido cualquiera que sea la rama del Derecho, tributario o penal, que tipifique como ilícito dichas inexactitudes u omisiones. Otras consecuencias jurídicas del hecho mismo de la regularización, como el devengo de intereses o recargos, son ajenas al contenido esencial de esta. Su exigencia tiene un fundamento compensatorio o cuasi-sancionador respectivamente, distinto del de la regularización en cuanto causa de exoneración de la responsabilidad penal. Lo esencial de esta es que la rectificación sea íntegra y veraz. Ahora bien, proyectada la regularización sobre la infracción respecto de la que opera como excusa absolutoria o causa de levantamiento de la pena, queda sometida a los principios generales de la respectiva rama del Derecho sancionador, administrativo o penal, que pueden dar lugar a efectos distintos.

Estas diferencias se manifiestan en primer lugar en el distinto fundamento que tiene la exoneración de la sanción o pena en uno y otro ámbito. Por lo que respecta a la regularización tributaria, los comentaristas no suelen plantearse la cuestión de dicho fundamento²⁵, si bien parece razonable pensar que la exclusión de las sanciones persigue en este caso principalmente estimular el pago espontáneo de los tributos con la consiguiente economía de recursos de la Administración tributaria, y que pasan a un segundo plano consideraciones relativas al valor moral de la rectificación por el contribuyente de su conducta anterior

²⁴ Cfr. Martínez-Buján Pérez (1996, pp. 144 y ss.); Iglesias Río (2003, pp. 181 y ss.); Ferré Olivé (2018, pp. 327 y ss.).

²⁵ Ballarín Espuña (1997, p. 172) afirma que el fundamento de la exclusión de la punibilidad establecida por el artículo 61.2 de la LGT-63 en la redacción de la Ley 10/1985, se hallaba en el arrepentimiento espontáneo de los infractores, y señala que esta tesis fue aceptada por el TC en las sentencias relativas al citado precepto. Cita la afirmación de la inicial STC 164/1995 (NFJ003741), FJ 4, letra B, la exclusión de las sanciones se adoptó por el legislador «sin duda para estimular un pago que, aun siendo tardío, se adelanta al requerimiento de la Administración –también en el campo del Derecho Penal el arrepentimiento puede operar como excusa absolutoria, así, art. 226 C.P. →». Por tanto, el TC en realidad atribuye a la eliminación de la sanción, en primer término, un fundamento fiscal o recaudatorio.

(el arrepentimiento). En relación con la regularización como excusa absoluta de la responsabilidad por el delito fiscal, la doctrina penalista española ha importado el amplio debate sobre su fundamento que se ha desarrollado en la doctrina alemana²⁶, en el que básicamente se contraponen una tesis político-fiscal y una tesis jurídico-penal. Según la primera, la exención de la responsabilidad se justifica porque facilita el descubrimiento de recursos fiscales que la Administración no ha sido capaz de encontrar²⁷. En palabras de Martínez-Buján (1996, p. 101), la tesis del fundamento jurídico-penal

considera que el § 371 tiene que incardinarse en el sistema del Derecho penal y, en concreto, en la estructura sistemática de los principios reguladores del desistimiento, incardinación avalada por el moderno pensamiento jurídico-penal de la reparación y por las recientes investigaciones sobre la teoría general del desistimiento y del arrepentimiento activo.

La doctrina penalista española se inclina, en general, si bien en ocasiones con matices, por la tesis del fundamento jurídico-penal (Martínez-Buján Pérez, 1996, p. 124) y, partiendo de esta opción básica, se abre en ella un sutil e interesante debate dogmático acerca del encaje de la regularización fiscal en la teoría del desistimiento o del arrepentimiento activo o, en general, del comportamiento post-delictivo; cuestión relacionada, a su vez, con la naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad y, por tanto, con la consumación del delito fiscal²⁸. La teoría del fundamento jurídico-penal de la exención de la pena lleva a la conclusión de que su aplicación debe hacerse de manera que no se ponga en peligro la prevención especial y general como fines de la pena; por tanto, que únicamente se prescindiera de la pena cuando esta carezca de sentido porque no es necesaria para alcanzar tales fines²⁹. Por tanto, la perspectiva jurídico-penal pone límites a una aplicación de la excusa absoluta exclusiva o predominantemente basada en el interés fiscal del Estado³⁰.

²⁶ La polémica de la doctrina alemana se refiere al fundamento de la «autodenuncia» (*Selbstanzeige*) establecida en el § 371 de la *Abgabenordnung* (AO). Téngase en cuenta que esta causa de levantamiento de la pena solo es aplicable a la defraudación tributaria tipificada en el § 370 y no a otros delitos fiscales ni a las infracciones administrativas tributarias, figuras todas ellas reguladas en la AO.

²⁷ Cfr. Martínez-Buján Pérez (1996, pp. 98 y ss.); Iglesias Río (2003, pp. 191 y ss.). La justificación fiscal suscita la cuestión de la eficacia de la exoneración como «estímulo» para la regularización, que es una interesante cuestión empírica suscitada por las posiciones críticas a dicha justificación en la doctrina alemana, como expone detenidamente Iglesias Río (2003, pp. 207 y ss.). Alude también a esta cuestión Martínez-Buján Pérez (1996, p. 100).

²⁸ Cfr., además de Martínez-Buján, Sánchez-Ostiz Gutiérrez (2002, cap. IV, pp. 137 y ss.) –que, no obstante, atribuye una importancia relevante a la finalidad fiscal– e Iglesias Río (2003, pp. 222 y ss.).

²⁹ Cfr. Martínez-Buján Pérez (1996, pp. 126 ss.); Sánchez-Ostiz Gutiérrez (2002, pp. 170 y ss.); Iglesias Río (2003, pp. 247 y ss.).

³⁰ Martínez-Buján Pérez (1996, p. 126); Sánchez-Ostiz Gutiérrez (2002, p. 168) (con algunas reservas).

La cuestión de la igualdad o diversidad de la regularización tributaria y penal se plantea en la Circular 2/2009, de 4 de mayo, de la Fiscalía General del Estado (FGE), «sobre la interpretación del término regularizar en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código Penal». La única cuestión que se plantea esta instrucción es si las mencionadas excusas absolutorias exigían o no el pago de la deuda tributaria o a la Seguridad Social, duda que, como sabemos, no fue resuelta legislativamente hasta el RD-L 12/2012 y sobre la cual existían posturas distintas en la jurisprudencia. El mantenimiento por la FGE de la tesis favorable a la exigencia del pago, requería diferenciar la regularización tributaria, que no impone tal exigencia, de la penal. En defensa de esta tesis la circular esgrime, junto con argumentos de carácter textual o sistemático, uno dogmático consistente en la diversidad de fines de la exención de la sanción administrativa y de la pena.

Resulta obvio –afirma– que las disposiciones exoneradoras y/o atenuantes de la responsabilidad administrativa y las excusas absolutorias en el Derecho penal responden a fines no coincidentes, derivados principalmente de la distinta antijuridicidad material o entidad de la lesión al bien jurídico propio de unas y otras infracciones³¹.

Más adelante³² dice lo siguiente:

Si bien es cierto que la incorporación en 1995 del término regularización en nuestro Código Penal estuvo en alguna medida condicionado por la necesidad de armonizar el reproche penal con determinadas decisiones propias de la política fiscal del momento, la fundamentación de las excusas absolutorias de los artículos 305.4 y 307.3 del Código Penal no es meramente fiscal, por lo que la interpretación de la expresión no debe quedar condicionada por aquellas concretas circunstancias hasta el punto de hacer inviable un entendimiento de los preceptos a la luz de la teleología y naturaleza jurídico penal de las dos excusas absolutorias. Otorgar la prioridad a esta última opción evita la instrumentalización de la norma penal que supone ponerla al servicio exclusivo de los intereses de la política fiscal o recaudatoria, lo que no haría sino degradar su necesidad en un ámbito de la conducta en el que la presencia del derecho penal ya no se discute.

Estas afirmaciones concuerdan con la doctrina penalista sobre el fundamento de la excusa absolutoria en el ámbito penal. En nuestra opinión, sin embargo, es discutible que del distinto fundamento de una y otra disposición exoneradora de la responsabilidad se derive el requisito del pago de la deuda en el caso de la regularización penal. En todo caso, parecería que la exigencia del pago, además de la declaración rectificativa, está más en con-

³¹ Epígrafe 2, B).

³² Epígrafe 3.

sonancia con una finalidad fiscal de la excusa absolutoria que es más propia del ámbito tributario (donde paradójicamente dicha exigencia no existe) que del penal.

La conclusión tercera de la citada circular sostiene que en la excusa absolutoria del artículo 305.4 del CP

la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye, la auto-denuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al *ius puniendi* respecto del delito principal y sus instrumentales.

Sin embargo, a nuestro juicio, el desvalor esencial de la defraudación tributaria radica en la inexactitud o falta de la declaración y no en la falta de pago. Esto, que es evidente en el caso de tributos con liquidación administrativa, vale también para los tributos con auto-liquidación, en los que la falta de pago es una consecuencia de la declaración incorrecta u omitida³³. Si esto es así, es la exigencia del pago, en cierto sentido accesoria desde el punto de vista de la teoría penal de la reparación, la que constituye una instrumentalización del Derecho penal. Pero esta es una cuestión permanente en relación con el delito fiscal.

El hecho de que la regularización tributaria y la penal sean figuras distintas debería llevar a que cada una de ellas se regulase autónomamente, por normas pertenecientes a la respectiva rama del Derecho; en concreto, la tributaria en la LGT y, en su caso, en las normas reglamentarias de desarrollo de esta y la penal en el Código Penal y, para los aspectos estrictamente procesales, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.). Como es obvio, la situación actual del panorama normativo en esta materia es muy distinta. Sobre ella ha lla-

³³ Blázquez Lidoy (2011) sometió a una profunda crítica la Circular 2/2009 de la FGE, fundamentalmente con argumentos de carácter procedimental con los que demostró los problemas jurídicos, muchas veces insolubles, que causa el requisito del pago para la regularización penal. Uno de los argumentos «materiales» en favor de la no exigencia del pago, que el citado autor contrapone a los de la Circular, es que «en un delito de defraudación frente a la Hacienda Pública lo significativo no es el impago o el perjuicio al patrimonio de la Hacienda Pública, sino la maniobra fraudulenta» (*ibidem*, p. 95). Creemos, no obstante, que este argumento no se basa necesariamente en una versión radical de la tesis político-fiscal sobre el fundamento de la excusa absolutoria, como parece sostener Blázquez Lidoy cuando afirma que

se ha entendido que las tesis que exigen el pago se fundamentan en la preexistencia del desvalor del resultado, olvidando que la cláusula no responde a criterios de desvalor, al no ubicarse en sede de antijuridicidad, sino que nos encontramos en sede de utilidad político-criminal...

mado la atención en la doctrina tributarista Sánchez Huete (2016, p. 501), quien afirma, en lo que parece ser una descripción de la situación ideal, no de la realmente existente, que existen regularizaciones penales y fiscales (tributarias en nuestra terminología) «que aparecen regidas por normativas diversas y son apreciadas por autoridades diferenciadas», y añade que «[t]al pluralidad aboca a que su operatividad –los requisitos exigidos– y su eficacia sea diferente según el ámbito en que operen». Pero –añade– en esta separación (la palabra que emplea es «segmentación»)

se introduce en la LGT la posibilidad de que exista una situación híbrida: regularizaciones penales por autoridades tributarias, regularizaciones aplicando normas tributarias que son traslación de criterios penales. Esta regularización voluntaria en sede administrativa determina que no exista obligación de pasar tanto de culpa a la jurisdicción penal. La Administración, parece afirmarse con tal institución, decide sobre la regularización originada respecto del delito, por lo que no resulta necesario dar cuenta a la jurisdicción ni, consiguientemente, abrir procedimiento penal alguno.

Alude Sánchez Huete, claro está, al artículo 252 de la LGT, heredero del artículo 180.2 de la LGT introducido por el RD-L 12/2012. El autor citado muestra su perplejidad ante esta norma y, ante las discrepancias que observa entre ella y el artículo 305.4 del CP, cree necesario poner de manifiesto «su relación con la regulación [sic; quizá deba decir "regularización"] penal». En vista de esta situación, Sánchez Huete (2016, p. 502) hace el siguiente certero comentario:

Ahora bien, tal regulación no puede solapar o alterar la prevista en el Código penal, pues se trata de una norma orgánica y se efectúa con una finalidad tipificadora de la conducta delictiva. Los eventuales efectos que origina la regularización trascienden al hecho de si la Administración debe o no dar noticia del hecho delictivo. De ahí que resulte necesario clarificar si la Administración tributaria es competente para apreciar la regularización del delito contra la Hacienda Pública. En otros términos, resulta básico determinar la naturaleza de la institución, si es penal o tributaria, lo que nos permitirá dilucidar si la Administración tributaria está decidiendo sobre cuestiones penales.

En opinión del citado autor, en la disciplina actual la regularización ha dejado de ser una excusa absoluta para pasar a ser un elemento negativo del delito, por lo que al decidir sobre la regularización la Administración está decidiendo acerca de este, función que incumbe exclusivamente a la jurisdicción, cuya competencia no puede ser alterada por una norma tributaria. Que la Administración tributaria no puede decidir sobre la eficacia eximente de la pena de la regularización es una afirmación indiscutible, que no depende de la naturaleza jurídica que se atribuya a esta figura; naturaleza que sigue siendo discutida después de la modificación del artículo 305 del CP por la LO 7/2012. El propio Sánchez Huete rechaza la teoría de la regularización como elemento del tipo (p. 505). Para salvar la inconstitucio-

nalidad del artículo 252 de la LGT, este autor cree necesario introducir un trámite judicial, incluso «violentando la dicción legal».

Es perfectamente comprensible la perplejidad de Sánchez Huete ante la actual disciplina de la regularización penal, a la que con razón califica de «institución confusa», que «[n]o puede ser una regularización penal, pues enjuiciar los delitos –y apreciar un elemento negativo del tipo lo es– resulta una competencia jurisdiccional». Respecto del artículo 252 de la LGT, del que antes ha afirmado que se refiere a la regularización penal, cuya norma reguladora básica es el artículo 305.4 del CP, concluye que

no puede verse como un desarrollo de la previsión del art. 305 del Cp. pues este precepto alude a las tareas del Juez y el otro a las tareas de la Administración; uno supone delimitar un tipo delictivo –tarea de ley orgánica– y otro regular la actuación administrativa. Es una normativa para ser aplicada por la Administración en relación a sus procedimientos, y no por el juez penal en relación al enjuiciamiento de la actividad delictiva (p. 506).

Algunos autores destacan que la facultad de la Administración de decidir sobre el pase del tanto de culpa a la jurisdicción produce el efecto de enervar el deber de denunciar que el artículo 262 de la LECr. impone a «[l]os que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público», entre los que se encuentran obviamente los funcionarios de la Administración tributaria. Iglesias Capellas (2011, p. 24) manifiesta «recibir con cierta satisfacción la decisión de proporcionar seguridad jurídica tanto a la Administración como a los contribuyentes, mediante la cobertura legal de una práctica común en los supuestos de regularización». Critica, no obstante, la facultad de la Administración de «estimar» que el obligado tributario ha regularizado, que, afirma, confiere a la Administración una potestad que corresponde exclusivamente al Ministerio Fiscal (Iglesias Capellas, 2011, p. 28)³⁴. También García Díez (2014, pp. 27 y ss.) señala la excepción que constituye la norma introducida en el artículo 180.2 por el RD-L 12/2012 respecto a la obligación impuesta por el artículo 262 de la LECr. El autor citado califica a la facultad que dicha norma atribuye a la Administración tributaria de «nueva regularización administrativa con trascendencia penal», lo cual es muy interesante, porque sugiere que esa facultad implica un cambio de naturaleza en la regularización; hasta entonces la regularización era penal en el sentido de que era apreciada exclusivamente por los tribunales y la Administración tenía obligatoriamente que pasarles el tanto de culpa en el momento en que apareciesen indicios de delito. García Díez afirma que la nueva norma

ha tenido una acogida favorable pues, en principio, supone librar al contribuyente de una futuras Diligencias previas ante el Ministerio Fiscal o ante el Juzgado de

³⁴ Obsérvese que la redacción del artículo 252 de la LGT evita la utilización del verbo «estimar», presumiblemente para salir al paso de esta crítica.

Instrucción, puede convertirse (y solo manifestamos una posibilidad) en manos de la Administración tributaria en un *instrumento de presión* sobre los obligados tributarios, con el objeto de que estos acepten otras regularizaciones puramente tributarias que se encuentren *conectadas* con las que eventualmente puedan tener relevancia penal (p. 30)³⁵.

A juicio del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) la previsión del 180.2 de la LGT (siempre en la redacción del RD-L 12/2012), según la cual «la Administración tributaria puede apreciar "motu proprio" la operatividad de la regularización y, en consecuencia, abstenerse de pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial», «resulta acertada de todo punto, ya que carece de sentido iniciar un procedimiento penal cuando no resulta viable la imposición de penas»³⁶. Por consiguiente, al CGPJ el precepto en cuestión no le suscita ningún reparo o reflexión la atribución a la Administración de funciones propias de los tribunales.

La causa última de las ambigüedades de la figura de la regularización penal reside, a nuestro juicio, en que esta figura nunca ha conseguido independizarse de unos orígenes en los que estaba vinculada a la regularización tributaria y, por tanto, subordinada a la finalidad de favorecer los ingresos tributarios. Como hemos visto anteriormente, la regularización penal se crea por la LO 6/1995 en conexión con las regularizaciones de la Ley 18/1991, y el artículo 180.2 de la LGT, vertido ahora en el 252, que es el epitome de la actual normativa sobre la figura, se adoptó por el RD-L 12/2012 con el fin de asegurar el éxito de la «declaración tributaria especial» aprobada por esta disposición. Sanz Gadea (2013, p. 187) ha explicado que «[l]a declaración tributaria especial no hubiera sido en modo alguno apetecible si no fuera causa determinante de la exención de responsabilidad penal, y poco apetecible si, aun siéndolo, hubiera debido sustanciarse tal exención ante órganos judiciales». Despejar estas dudas fue la función del nuevo apartado 2 del artículo 180 de la LGT³⁷.

³⁵ La cursiva es del original. Añade que

esto puede ocurrir porque la redacción del artículo 180.2 LGT no deja claro si esta regularización administrativa *tiene o no carácter indisponible* para la Administración tributaria; es decir, si aquella está obligada o no a denunciar a la Autoridad penal, ya que dicho precepto solo prevé que en tales casos «la Administración **podrá** continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal» (artículo 180.2, in fine, LGT),

y para evitarlo propone que se establezca el carácter obligatorio «de esta regularización administrativa con trascendencia penal». En nuestra opinión, la Administración está ya obligada a pasar el tanto de culpa a los tribunales si «estima» que el contribuyente ha cumplido con los requisitos de la regularización tal como estos se definen por las normas tributarias (originariamente, el art. 180.2 LGT, en la redacción del RD-L 12/2012, y actualmente el art. 252 LGT). Cuestión distinta es la amplitud del margen de apreciación de que goza para tomar esa decisión.

³⁶ Informe de 28 de junio de 2012 al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, página 15.

³⁷ Como señala Sanz Gadea, por si acaso este precepto no fuese suficiente para lograr el propósito pretendido, la disposición adicional única de la LO 7/2012 declara expresamente la eficacia exoneradora

5. La administrativización del Derecho penal en materia de regularización

Las últimas disposiciones dictadas en materia de regularización fiscal como causa de exoneración de la responsabilidad penal derivada del delito fiscal suponen la regulación de aspectos de dicha figura por normas tributarias (es decir, normas administrativas) y la atribución a la Administración tributaria de funciones propias de la jurisdicción penal. Por consiguiente, dichas disposiciones parecen constituir un ejemplo del fenómeno designado por la doctrina penalista como «administrativización del Derecho penal»³⁸. Sin embargo, dependiendo de cómo se defina este concepto, las nuevas disposiciones tributarias podrían ser consideradas como un fenómeno inverso a esta administrativización.

Sin intentar siquiera una descripción por imprecisa que sea de este concepto, para lo cual carecemos como es obvio de la indispensable competencia, recogemos a continuación algunas pinceladas doctrinales que nos permitan aproximarnos a él y obtener una visión intuitiva de qué se quiere decir con la expresión «administrativización del Derecho penal». Se señala, en primer lugar, que se trata de una manifestación expansiva, en virtud de la cual se utiliza al Derecho penal como instrumento de gestión de los problemas sociales (Feijoo Sánchez, 2017, pp. 230 y ss.), reemplazando en esta función al Derecho administrativo. Es una forma de designar a un «nuevo Derecho penal», que es criticado por los sectores de la doctrina penalista partidarios de una concepción clásica o «liberal» del Derecho penal (que se considera representada por la denominada «escuela de Frankfurt»), que lo considera una patología. Desde este punto de vista se señalan como características negativas de este nuevo Derecho penal que deben ser rechazadas las siguientes (Feijoo Sánchez, 2017, pp. 241 y ss.): 1) Se trata de un Derecho penal expansivo, que se caracteriza por crear nuevos bienes jurídicos definidos de manera imprecisa y por anticipar la protección de los bienes jurídicos que se pueden considerar clásicos; 2) Se criminalizan comportamientos no porque sean socialmente inadecuados, sino para que pasen a serlo; en lugar de respuesta y retribución se pone el acento en la prevención de futuras perturbaciones de gran magnitud, en ámbitos como los delitos medioambientales o económicos; 3) Se trata de un Derecho

de la declaración tributaria especial. Se repite así la técnica de la disposición adicional primera de la LO 6/1995. Isabel Espejo (2013, p. 407) afirma que

aunque la introducción del nuevo párrafo 2 del artículo 180 de la LGT supone que la Administración no enviará a la Jurisdicción Penal a quienes se acojan a la amnistía fiscal, los antecedentes de la amnistía fiscal de 1991 alertan sobre la necesidad de que en la reforma del Código Penal se regulen expresamente los efectos de la «amnistía».

En el mismo sentido, Herrera Molina (2012, p. 26).

³⁸ Así lo estima García Díez, para quien la facultad de la Administración de decidir acerca del pase del tanto de culpa a los tribunales, pasando a «usurpar el papel del Ministerio Fiscal o del juez penal», «constituye una de las primeras manifestaciones en la esfera del régimen sancionador tributario de lo que ha venido en llamarse la *administrativización del Derecho penal*» (García Díez, 2014, p. 29).

penal principalmente preventivo, orientado a la reducción de riesgos y a una intervención que proporciona seguridad; 4) En el nuevo Derecho penal va desapareciendo el perfil de un Derecho penal propio de un Estado liberal sustituido por el de un Estado de seguridad; 5) El nuevo Derecho penal del riesgo no solo restringe garantías político-criminales clásicas sino también erosiona las garantías procesales. Desde posiciones menos radicales se alega que el Derecho penal no puede desconocer el mayor papel intervencionista del Estado (Feijoo Sánchez, 2017, p. 249)³⁹. La administrativización del Derecho penal es una patología en la medida en que suponga una utilización ilegítima de la pena, lo cual conduce a la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. «El injusto penal tiene que ir más allá de la mera desobediencia administrativa e implicar un plus que justifique la pena» (Feijoo Sánchez, 2017, p. 253).

Terradillos Basoco (2006, p. 88) alude a la crítica creciente en la doctrina española a «la orientación expansiva de la actual política criminal que, en una intolerable huida hacia el Derecho penal, estaría traicionando las exigencias derivadas de su condición de *ultima ratio*, con la consiguiente postergación de los clásicos criterios limitadores del *ius puniendi*». Señala este autor que

caracterizaría al nuevo Derecho penal una profunda administrativización, dado que la intervención en el ámbito económico –dinámico y complejo–, exige un generoso recurso a leyes penales en blanco, que confían la definición de lo prohibido a la normativa administrativa. Con el consiguiente vaciamiento de la antijuricidad, que pasaría a ser puramente formal. El Derecho penal de protección de bienes jurídicos se habría convertido en un Derecho de gestión de riesgos (p. 90).

Manifestaciones de esta expansión serían, según este autor (2006, pp. 99 y ss.), la artificial búsqueda de bienes jurídicos, el recurso a tipos de peligro abstracto o incluso acumulativo⁴⁰ y, en el ámbito procesal, «se detecta cierta orientación expansiva en los supuestos en los que el sistema incentiva el recurso a la acción penal para solventar problemas que

³⁹ «Es lógico –añade– que los nuevos procesos de criminalización tengan que ver en muchos casos con ámbitos previamente regulados por un orden primario que intenta regular un problema o subsistema social. De esas nuevas intervenciones o políticas jurídicas se deriva la necesidad de que el Derecho Penal intervenga en los casos más graves».

⁴⁰ La idea de «acumulación», unida a las de «responsabilidad colectiva» o «autor colectivo», se ha elaborado por la doctrina penalista en relación con el Derecho penal destinado a prevenir grandes riesgos, en especial los medioambientales. En relación con la administrativización, cfr. Feijoo Sánchez (2017, pp. 258 y ss.). Alcácer Guirao (2001, p. 151), que es uno de los autores citados por Feijoo, describe estas nociones con gran claridad: la protección de los nuevos intereses globales o colectivos, afirma este autor, conlleva la asunción de una *responsabilidad colectiva o vicaria*, desde la cual la imputación de responsabilidad por esos grandes riesgos globales habrá de reconducirse a acciones mínimas, dado que esos riesgos se originan a partir de una *acumulación* de actos individuales que, siendo en sí inocuos, podrían llevar, *si todos los hiciéramos*, a la destrucción futura del planeta...

podieran alcanzar cumplida respuesta en el ámbito mercantil» (alude al plazo de prescripción de tres años de los delitos societarios cuando el plazo para impugnar acuerdos del Consejo de Administración es de 30 días). Frente a esta tendencia, Terradillos Basoco indica, como posible propuesta, una «administrativización del sistema sancionador» –que, advierte, tiene un significado distinto de la administrativización del Derecho penal– consistente en un «recorte de pretensiones criminalizadoras y confiando al sistema sancionador administrativo lo que no puede alcanzar relevancia penal». Otra propuesta distinta (que designa con la expresión «Derecho penal de dos velocidades») es sacar a las conductas que integran el nuevo Derecho penal del núcleo duro de este, manteniéndolas dentro del Derecho penal pero excluyendo para ellas la pena carcelaria.

Desde el punto de vista del Derecho administrativo, el fenómeno del «empleo instrumental del Derecho penal para la consecución del éxito en el control social o para la evitación del completo fracaso en el control administrativo» ha sido puesto de manifiesto por Luciano Parejo Alfonso (2009, p. 279). Pero, al lado de esta expansión, que coincide con la administrativización denunciada por la doctrina penalista, aunque el autor no utiliza este término, señala Parejo (2009, pp. 282 y ss.) la existencia de una «impronta administrativa» en el Derecho penal, la cual «ha determinado una correlativa e importante, aunque parcial, "dependencia" de aquel respecto del Derecho Administrativo». Se trataría de un fenómeno ambivalente:

Visto desde el Derecho Administrativo se ofrece, en efecto, en el contexto de su relación funcional con el Derecho penal a título de «reserva de implementación» de *ultima ratio*, por lo que –en virtud del principio de coherencia del ordenamiento– se entiende que todo lo lícito jurídico-administrativamente debe serlo también penalmente, comenzando así el ilícito penal solo a partir de la frontera exterior del campo así acotado. Pero, al propio tiempo, es lógico, aunque no necesariamente justificable, que la relación pueda ser vista, desde el Derecho penal, como una indebida limitación de la autonomía de este, una lesión de su posición y función sistémicas propias.

Expone luego Parejo (2009, pp. 284 y ss.) los tipos básicos de dicha impronta: a) Empleo de conceptos jurídico-administrativos o de conceptos penales cuyo manejo implica el auxilio del Derecho administrativo; b) Conexión con normas, medidas, actuaciones o actos, así como con conceptos, categorías o técnicas jurídico-administrativos (modulándolos o modificándolos o no) en la tipificación penal del supuesto de hecho; c) Consideración del Derecho administrativo en la consecuencia penal; y d) Consideración del Derecho administrativo para la atenuación o, incluso, la exención de la responsabilidad penal. Dentro del tipo b) incluye, entre otros muchos supuestos, a los conceptos tributarios empleados en la regulación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, entre ellos el de regularización fiscal. Esta figura encajaría más específicamente dentro del tipo d), que comprende «la ponderación por el Derecho penal de la valoración jurídico-administrativa de bienes a efectos de la modulación o exclusión de la responsabilidad criminal».

La justificación última de esta «impronta» administrativa en el Derecho penal residiría en «la unidad y, por tanto, coherencia del ordenamiento como un todo, que descansa en la superioridad de la Constitución», la cual, no obstante, «debe convivir con el principio de la diferenciación interna de este por razón de la necesaria diversificación de las perspectivas de valoración de los bienes jurídicos merecedores de protección en atención a la de los fines a alcanzar (de donde deriva la especificidad de la función ordinamental de cada rama del Derecho)» (Parejo Alfonso, 2009, p. 289). Esto exige, en términos organizativos, «respeto por la competencia del complejo orgánico-funcional "gobierno-administración" en los ámbitos administrativizados por el legislador (lo que conduce, en último término, al principio de división de poderes)» y, en consecuencia, «postula la obligada deferencia penal para con respecto a la impronta administrativa cuando la interpretación consecuente de las normas aplicables determine la prevalencia de la valoración normativa o la decisión administrativas sobre la penal» (Parejo Alfonso, 2009, p. 290).

Seguidamente estudia Parejo los principales tipos de relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, comenzando por las existentes en el plano de la legislación, es decir, fundamentalmente las remisiones al Derecho administrativo por la norma penal. En relación con estas remisiones se refiere el citado autor (2009, p. 293) a los supuestos en los que la norma penal utiliza el estándar administrativo como elemento de dicha norma, en sí misma completa. En estos casos el supuesto de hecho

se define directamente por la norma penal, ocurriendo solo que esta, o bien fija la frontera «interior» del ilícito penal a partir de la frontera «exterior» del campo de lo lícito administrativamente, o bien incluye necesariamente en la caracterización de aquel la existencia de un ilícito administrativo.

Tal cosa sucedería

siempre que el CP se refiere a la situación de «autorización» o «licencia» (o no), «permiso» (o no) o «aprobación» (o no), así como de «funcionamiento clandestino», o, en su caso, vigencia o no de la autorización o el permiso de que se trate, así como a «la resolución arbitraria» o «en el ejercicio de su competencia».

Como ejemplo que representa «muy claramente» la situación descrita, menciona Parejo justamente «el caso en que, aun habiendo existido un ilícito administrativo, la tempestiva "regularización de la situación" en sede administrativa y antes de la reacción, también en tal sede, frente a aquella excluye la "perseguidabilidad" penal (así en el art. 305.4 CP)». Y añade lo siguiente:

Es este un modo de proceder del Derecho penal «sistémicamente» correcto con carácter general, en la medida en que –conforme a su función propia– hace operar a dicho Derecho como «reserva de implementación» del Derecho admi-

nistrativo (refuerza, con el cualificado reproche penal, la eficacia de las normas administrativas).

En nuestra opinión, sin embargo, el ejemplo no es acertado, puesto que presupone dos cosas inexactas: primera, que la regularización se refiere a un ilícito administrativo, cuando en realidad es una causa de exoneración de un delito; segunda, que dicha regularización es una actividad que tiene lugar «en sede administrativa» de manera semejante a los otros ejemplos citados de esta especie de remisión al Derecho administrativo (la licencia, la aprobación, etc.). Anteriormente hemos sostenido, por el contrario, que si bien la regularización fiscal en cuanto rectificación de la conducta anterior del contribuyente es materialmente administrativa (tributaria), en cuanto a sus efectos como excusa absoluta la regularización es una figura propia del Derecho penal y se realiza en el ámbito de este. En consecuencia, ni el estándar con el cual han de apreciarse estos efectos es administrativo sino penal, ni la autoridad a la que compete adoptar la decisión sobre la regularización es la administrativa sino la judicial.

Del brevísimo recorrido doctrinal que acabamos de hacer resulta que lo que la doctrina penalista entiende por administrativización del Derecho penal es un fenómeno en virtud del cual este penetra en ámbitos sociales cuya regulación sería más adecuado dejar en manos del Derecho administrativo, incluyendo el Derecho sancionador. Semejante expansión es rechazada por amplios sectores de la doctrina penalista, que ven en él un riesgo importante para principios capitales del Derecho penal. El fenómeno que Parejo denomina «impronta del Derecho administrativo en el Derecho penal» es de signo contrario, ya que consiste en la penetración del primero en el segundo. Mientras la administrativización es un hecho de carácter material, en la medida en que afecta a elementos constitutivos del delito, este segundo fenómeno es de naturaleza principalmente técnica, en cuanto afecta sobre todo, entendemos, a la técnica normativa en aquellos ámbitos en los que las conductas sancionadas se relacionan con la Administración; no ocurre, por tanto, únicamente en los sectores del Derecho penal producto de la «administrativización». Por consiguiente, se trata de dos fenómenos independientes, si bien es verosímil que en estos últimos sectores del «nuevo» Derecho penal la impronta administrativa sea más intensa.

En vista de la noción de «administrativización» que resulta de la doctrina examinada pudiera parecer a primera vista que la evolución de la normativa en materia de regularización como excusa absoluta del delito fiscal no encaja cómodamente en dicho concepto. En efecto, dicha evolución ha ido en el sentido de la penetración de las normas tributarias en el campo propio del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Según esto se trataría de un fenómeno de signo opuesto al de la administrativización. Sin embargo, la doctrina penalista que ha estudiado específicamente dicha evolución la caracteriza como administrativización. Para ello tiene en cuenta que lo que significa este fenómeno es la utilización del Derecho penal para fines distintos del castigo de conductas merecedoras de ello, teniendo en cuenta el principio de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* de la sanción penal; en otras palabras, la instrumentalización del Derecho penal.

Sánchez-Ostiz Gutiérrez (2002, p. 181) observa que en materia tributaria, «como en muchas otras manifestaciones de la política criminal actual en las sociedades postindustriales, el Derecho penal da muestras de un fenómeno de *expansión*»⁴¹. Esta expansión se manifiesta por lo general en un incremento de la intervención penal que, sin embargo, viene acompañada en esta materia de una vía de liberación de pena, la regularización. «La regularización sería, no una excepción, sino la muestra de la administrativización a que da lugar un Derecho penal expansivo en manos de un legislador que busca una mayor efectividad». La vía de liberación de la pena «pone de relieve cómo el Derecho penal se pone al servicio de objetivos de política criminal, que aconsejan en este ámbito, tanto intensificar la respuesta penal (1985-1995), como asegurar la eficacia de la recaudación (1995)». Más adelante añade: «La tipificación de delitos para proteger a la Hacienda Pública, acompañada de un instrumento de política criminal como la regularización, pone de manifiesto que el Derecho penal en este ámbito se ha administrativizado».

Estas consideraciones llevan al citado autor a plantearse radicalmente la justificación misma del delito fiscal: «en un sistema dispuesto a transigir con el contribuyente, [...] dispuesto a no sancionar o a sancionar *menos* si se regulariza, puede decirse que el delito de defraudación "no merece la pena"». En consecuencia, Sánchez-Ostiz Gutiérrez se cuestiona el ámbito respectivo del delito y las infracciones tributarias y la justificación del primero en su regulación actual, y propone centrar la tutela penal no sobre la base del tipo básico de defraudación, sino sobre la realización de conductas especialmente graves. Se refiere expresamente a los subtipos del artículo 305.1 párrafo 2.º del CP (en la versión anterior a la LO 7/2012; tras esta la referencia habría que hacerla al art. 305 bis.1 CP). Aclara el autor, que su propuesta no es abolicionista o despenalizadora, sino garantista y realista:

no se trata de abandonar esta materia a merced de los defraudadores que regularicen, ni de relegarla al ámbito del Derecho sancionador a pesar de su gravedad... debe ser el Derecho penal el que ha de aplicarse cuando se dan suficientes elementos de merecimiento y necesidad de pena.

Más recientemente Serrano González de Murillo y Merino Jara (2013, p. 5) realizaron un examen crítico de la legislación de 2012 relativa al delito fiscal, especialmente en materia de regularización, que les llevó a formular juicios muy negativos. Afirman así, entre otras cosas, que

[e]n la reciente política jurídico-penal contra el fraude, orientada excesivamente a conseguir el incremento de la recaudación tributaria estimulando el cumplimien-

⁴¹ Esta cita, al igual que las siguientes, corresponde al epílogo de esta obra, titulado «Una propuesta de reinterpretación de los delitos contra la Hacienda Pública desde la regularización» (pp. 181-190). Dada la facilidad de su localización por el lector, prescindiremos de señalarlas para no recargar el texto de notas.

to voluntario, se advierte un efecto secundario de progresivo deterioro de la conciencia fiscal, lo que va mucho más allá de afectar al efecto preventivo-general del delito (su credibilidad, su seriedad), y probablemente repercute en general en el grado de disposición del destinatario de la norma al cumplimiento de las obligaciones fiscales.

Acerca de la razón de ser de la reforma realizada por la LO 7/2012 sostienen que «se trata aquí de incentivar aún más el retorno a la legalidad, no obstante ser extemporáneo, y sobre todo de impulsar el pago de los tributos inicialmente defraudados»; se trata, dicen, «de evitar a toda costa la posible intervención de la Administración de Justicia» (Serrano González de Murillo y Merino Jara, 2013, p. 9). Los efectos de estos fines de política legislativa sobre la disciplina del delito fiscal son los característicos de la administrativización:

al dejarse guiar por la finalidad recaudatoria a toda costa, traza el legislador una configuración de la responsabilidad reveladora de que no se toma en serio el despliegue de efectos de la conminación penal, sino que se limita a instrumentalizar la pervivencia de sus efectos intimidatorios hasta tanto se determina al pago de los tributos. Solo importa en aras de esa meta el cumplimiento efectivo de la obligación tributaria, tempestiva o extemporáneamente, aunque al regular el cumplimiento extemporáneo y promoverlo a toda costa se sacrifiquen las reglas generales (p. 15).

A continuación añaden lo siguiente:

En realidad, la nueva norma deja traslucir el desinterés de la Administración tributaria por reprimir el delito fiscal, una vez descubierto, olvidando que de la aplicación *efectiva* de la norma penal depende su efecto de prevención general tanto positiva (seguridad del ciudadano cumplidor en que sigue rigiendo la norma) como negativa (intimidación a potenciales infractores). Bien es verdad que le interesa disuadir del incumplimiento, pero su objetivo se centra ante todo en la conminación penal en tanto que espada de Damocles que pende sobre el concreto contribuyente infractor aún a tiempo de regularizar, o incluso en una situación en que los términos de la regularización aún se disputan con tal contribuyente. Pero no le interesa su aplicación al caso concreto, como instrumento represor con efectos *pro futuro*.

El examen crítico llevado a cabo por Serrano González de Murillo y Merino Jara (2013, 17) lleva despierta en estos autores unas dudas sobre la justificación del delito fiscal parecidas a las de Sánchez-Ostiz Gutiérrez:

A partir de este proceder legislativo, cabe preguntarse si resulta legítimo servirse del Derecho penal como instrumento meramente incentivador de la recaudación fiscal, con la consiguiente tensión sobre la estructura del comportamiento delictivo y postdelictivo y con las finalidades de la pena, basadas en la certeza y seriedad de la conminación.

Parece, pues, innegable que como consecuencia de las últimas reformas de la legislación sobre el delito fiscal se ha producido una administrativización de la normativa en esta materia, con los efectos degradantes que tiene este fenómeno sobre los principios del Derecho penal, que ha afectado de manera particular a la regularización como causa de exoneración del delito fiscal. La administrativización de la regularización está en el origen mismo de esta figura, podría decirse que en sus propios genes, en cuanto, como hemos visto, se importó al Derecho penal desde el tributario con el fin de extender a aquel los efectos de la regularización tributaria y garantizar así el éxito de las amnistías fiscales.

6. Conclusiones

La Orden HAC/530/2020 es una norma de ejecución del artículo 252 de la LGT, a través de la disposición adicional 10.^a de la Ley 34/2015. El citado artículo de la LGT se refiere a la regularización fiscal como causa de exoneración de la responsabilidad derivada de la defraudación tributaria y contiene normas relativas a la actuación de la Administración tributaria, por tanto de naturaleza administrativa, y normas relativas a los requisitos de la regularización penal, es decir, normas de carácter penal, complementarias del artículo 305.4 del CP. Esta inserción de normas penales en la LGT no solo es censurable desde el punto de vista de la técnica legislativa, sino que suscita dudas fundadas acerca de su eficacia en el ámbito penal. La mezcla de preceptos tributarios de naturaleza administrativa con otros de naturaleza penal se produce también en el propio artículo 305 del CP, cuyo apartado 5 contiene una norma de carácter administrativo, que establece las líneas básicas de las relaciones entre los procedimientos tributarios y el proceso por delito fiscal, desarrolladas por el nuevo título VI de la LGT aprobado por la Ley 34/2015.

El artículo 252 de la LGT no solo establece implícitamente la exigencia de una declaración tributaria complementaria para la regularización penal sino que además impone el devengo de intereses de demora y de los recargos por declaración extemporánea. Estas exigencias son contrarias a la posición dominante en la doctrina penalista, según la cual no puede negarse la eficacia penal de una declaración rectificativa veraz y completa de las inexactitudes u omisiones cometidas por el contribuyente aunque no se ajuste a la forma requerida por el Derecho tributario; en particular, aunque no vaya acompañada del pago de intereses y recargos. El artículo 252 de la LGT no puede impedir que el juez penal estime la eficacia exigente de semejante declaración.

El fundamento último de las anteriores afirmaciones es que la regularización tributaria (a efectos de las infracciones de esta naturaleza) y la penal son figuras distintas. Esta diversidad resulta oscurecida por el hecho de que la regularización penal nace estrechamente vinculada a la tributaria; se establece para extender a la esfera penal los efectos de regularizaciones extraordinarias concedidas con ocasión de amnistías fiscales. Ambas tienen en común la rectificación de las infracciones cometidas por el obligado tributario (lo que hemos

denominado «regularización fiscal»), pero en la medida en que esta común actividad se inserta en el marco sea del Derecho administrativo sancionador, sea en el del Derecho penal queda sometida a los principios de la respectiva rama del Derecho. La diferencia entre los principios del Derecho penal y los del Derecho tributario en materia de regularización se manifiesta claramente en la distinta justificación que tiene esta figura en uno y otro campo. Sin embargo, lo que revela la normativa vigente en materia de regularización penal es el afán por someter a la regularización penal a la disciplina propia de la tributaria. Lo que sucede es que la regularización penal nunca se desprendió de la impronta de sus orígenes. La diferencia de naturaleza entre ambas clases de regularización postula, en cambio, su regulación claramente separada, en la LGT y sus normas reglamentarias de desarrollo, por un lado, y en el CP y la LECr., por otro.

El sometimiento de la regularización penal a las normas y requisitos de la tributaria, en especial la facultad que el artículo 252 de la LGT concede a la Administración tributaria de decidir si la regularización efectuada es o no correcta y, en consecuencia, pasar o no el tanto de culpa a la jurisdicción, supone la instrumentalización de esta figura con fines principalmente recaudatorios. Por consiguiente, dicho sometimiento es un ejemplo del fenómeno que la doctrina penalista denomina «administrativización» del Derecho penal. Se trata de una patología de esta rama del Derecho, que en la materia que nos ocupa puede tener efectos muy negativos sobre la eficacia preventiva general del delito fiscal, por lo que un sector de la doctrina llega incluso a propugnar una profunda revisión de la disciplina actual de esta figura delictiva.

En virtud de las consideraciones anteriores, pensamos que las normas que gobiernan la regularización penal requieren una reflexión crítica y eventualmente una reforma, que reinserte a dicha figura en su marco natural, que es el Derecho penal. La mínima reforma consistiría en la total separación de la regularización penal de la tributaria en el sentido indicado anteriormente. Una reforma más radical sería la eliminación de esta figura, con lo cual la conducta del contribuyente encaminada a rectificar su anterior comportamiento ilícito quedaría sujeto a las normas comunes del CP reguladoras de las conductas postdelictivas (arrepentimiento espontáneo, desistimiento, etc.). En cualquier caso, debe suprimirse la potestad decisoria de la Administración tributaria sobre la remisión de las actuaciones a la autoridad judicial; esto no sería más que una vuelta, limitada al ámbito sancionador, a la situación previa a la modificación del artículo 180 de la LGT por el RD-L 12/2012.

Referencias bibliográficas

- Alcácer Guirao, R. (2001). La protección del futuro y los daños cumulativos. En *ADPCP* (pp. 143-174). BOE. Vol. LIV.
- Bajo, M. y Bacigalupo, S. (2000). *Delitos contra la Hacienda Pública*. CEURA.
- Ballarín Espuña, M. (1997). *Los ingresos tributarios fuera de plazo sin requerimiento previo*. Marcial Pons.
- Blázquez Lidoy, A. (2011). Regularización del delito fiscal: ¿es necesario el pago?, *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 343, 87-128.
- Espejo Poyato, I. (2013). *Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*. Marcial Pons.
- Espejo Poyato, I. (2014). La adaptación de la Ley General Tributaria a la reforma del Código Penal de 2012. En F. A. García Prats (Dir.), *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal* (pp. 77-98). IEF.
- Feijoo Sánchez, B. J. (2017). Sobre la «administrativización» del Derecho penal en la «sociedad de riesgo». Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI. En *Normativización del Derecho penal, teoría de la pena y realidad social* (pp. 229 y ss.). Ediciones Olejnik.
- Ferré Olivé, J. C. (2014). Una nueva trilogía en Derecho penal tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 372, 41-82.
- Ferré Olivé, J. C. (2018). *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch.
- García Díez, C. (2014). Recargos por presentación extemporánea e interpretación razonable de la norma tributaria. *Quincena Fiscal*, 3, 31-63. (Base de datos Aranzadi BIB 2014\430).
- Gómez Mourelo, C. (2017). Regularización por el obligado tributario de los incumplimientos constitutivos de infracción tributaria o de delito fiscal. *Quincena Fiscal, Número especial-Garrido Abogados*, septiembre 2017.
- Herrera Molina, P. M. (2012). El nuevo régimen de la regularización tributaria penal en la Ley General Tributaria y su relación con la *amnistía fiscal*. *Crónica Tributaria, Número extraordinario 3*, 17-26.
- Iglesias Capellas, J. (2011). La regularización de la defraudación tributaria constitutiva de delito contra la Hacienda Pública. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 341-342, 5-50.
- Iglesias Río, M. A. (2003). *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la «autodenuncia»*. Art. 305.4 CP). Tirant lo Blanch.
- Martínez-Buján Pérez, C. (1996). *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*. Tecnos.
- Nieto, A. (1993). *Derecho administrativo sancionador*. Tecnos.
- Palao Taboada, C. (2015). Los procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delitos contra la Hacienda Pública. *REDF*, 167, 45-74.
- Parejo Alfonso, L. (2009). La deriva de las relaciones entre los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática. *Documentación Administrativa*, 284-285, 273-304.
- Sánchez Huete, M. A. (2016). Procedimientos tributarios ante el delito contra la Hacienda Pública. En I. Merino Jara (Dir.) y J. Calvo Vérguez (Coord.), *Estudios sobre la reforma de la Ley General Tributaria* (cap. XVII). Huygens Editorial.



- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (2002). *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Sanz Díaz-Palacios, J. A. (2018). A vueltas con la regularización tributaria en supuestos de delito fiscal. *Quincena Fiscal*, 6, 159-170. (Base de datos Aranzadi BIB 2018\6985).
- Sanz Gadea, E. (2013). El Impuesto sobre Sociedades en 2012 (I). El elenco de modificaciones, la regularización voluntaria extraordinaria. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 360, 109-188.
- Serrano González de Murillo, J. L. y Merino Jara, I. (2013). Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal. *Diario La Ley*, 8036.
- Terradillos Basoco, J. M. (2006). Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. *Nuevo Foro Penal*, 70, 86-115.



La inversión del sujeto pasivo en el IVA: análisis específico del supuesto relativo a aquellas entregas realizadas en ejecución de garantía constituida sobre bienes inmuebles

Juan Calvo Vérguez

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

Extracto

El presente trabajo tiene por objeto analizar, a la luz de la doctrina administrativa elaborada por la Dirección General de Tributos, el alcance del supuesto de inversión del sujeto pasivo del IVA regulado en la letra e) del artículo 84.Uno.2.º de la Ley del Impuesto, relativo a aquellas operaciones de entrega de inmuebles en ejecución de la garantía constituida sobre los mismos; entrega de inmuebles a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada; y entrega de inmuebles a cambio de la obligación de extinguir la deuda garantizada por el adquirente.

Palabras clave: impuesto sobre el valor añadido; inversión del sujeto pasivo; inmuebles; garantía hipotecaria; renuncia a la exención.

Fecha de entrada: 16-05-2020 / Fecha de aceptación: 16-06-2020

Cómo citar: Calvo Vérguez, J. (2020). La inversión del sujeto pasivo en el IVA: análisis específico del supuesto relativo a aquellas entregas realizadas en ejecución de garantía constituida sobre bienes inmuebles. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, 39-66.



The reversion of the passive subject in the VAT: specific analysis of the supposed release to those deliveries carried out in execution of the guarantee constituted on the real estate

Juan Calvo Vérguez

Abstract

The purpose of this paper is to analyze, in the light of the administrative doctrine developed by the General Directorate of Taxes, the scope of the reversion of the taxpayer of VAT regulated in letter e) of article 84.One.2.º of the VAT Law, relating to those operations of delivery of real estate in execution of the guarantee constituted on them; delivery of real estate in exchange for the total or partial extinction of the guaranteed debt; and delivery of real estate in exchange for the obligation to extinguish the debt guaranteed by the purchaser.

Keywords: value added tax; reversion of the taxpayer; real estate; mortgage guarantee; waiver of the exemption.

Citation: Calvo Vérguez, J. (2020). La inversión del sujeto pasivo en el IVA: análisis específico del supuesto relativo a aquellas entregas realizadas en ejecución de garantía constituida sobre bienes inmuebles. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, 39-66.





Sumario

1. Consideraciones generales a la luz de las distintas reformas normativas introducidas
2. Alcance de la doctrina administrativa elaborada por la DGT
3. Reflexiones finales

Referencias bibliográficas

1. Consideraciones generales a la luz de las distintas reformas normativas introducidas

Como seguramente se recordará, con motivo de la aprobación de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, la cual incorporó una serie de modificaciones en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), con el fin de evitar comportamientos fraudulentos (en especial tratándose de aquellas operaciones de entregas de inmuebles y en situaciones en las que se haya producido una declaración de concurso), se establecieron dos nuevos supuestos de inversión del sujeto pasivo en los citados casos de entregas de inmuebles. De una parte, cuando se renuncie a la exención. Y, de otra, cuando la entrega de los bienes inmuebles se produzca en ejecución de la garantía constituida sobre los mismos, supuesto que será objeto de análisis a través del presente trabajo y que se extiende expresamente a las operaciones de dación del inmueble en pago y a aquellas otras en las que el adquirente asume la obligación de extinguir la deuda garantizada.

Con carácter general estos supuestos de inversión del sujeto pasivo se ajustan a lo establecido en la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (Directiva IVA). Con ello se pretende evitar el perjuicio que se produce a la Hacienda pública cuando el impuesto sobre el valor añadido (IVA) no se ingresa en el Tesoro y, a continuación, se solicita el aplazamiento o se declara el concurso de la entidad transmitente. Piénsese que el daño que se causa a la Hacienda Pública resulta doble, ya que el IVA no ingresado es deducido por el adquirente. Con el mecanismo de la inversión del sujeto pasivo se garantiza, pues, el ingreso del IVA en la Hacienda Pública.

Sabido es que la letra e) del número 2.º del apartado uno del artículo 84 de la LIVA se refiere a determinados supuestos relativos a entregas de bienes inmuebles. Dichos supuestos se concretan en los siguientes: entregas efectuadas como consecuencia de un proceso concursal; entregas exentas a que se refieren los apartados 20.º y 22.º del artículo 20.º de la LIVA en las que el sujeto pasivo hubiera renunciado a la exención; y entregas efectuadas en ejecución de la garantía constituida sobre los bienes inmuebles, entendiéndose, asimismo, que se ejecuta la garantía cuando se transmite el inmueble a cambio de la

extinción total o parcial de la deuda garantizada o de la obligación de extinguir la referida deuda por el adquirente.

Dentro del marco comunitario la posibilidad de establecer la aplicación del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo se regula en el artículo 199 de la Directiva armonizada, que se refiere a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan un supuesto de inversión del sujeto pasivo en los siguientes términos: «c) la entrega de bienes inmuebles, prevista en el artículo 135, apartado 1, letras j) y k), cuando el proveedor haya optado por la imposición de la entrega con arreglo a lo dispuesto en el artículo 137». Téngase presente además que el artículo 135, apartado 1, letras j) y k) de la Directiva IVA se refiere a la exención aplicable a las segundas transmisiones de edificios o partes de los mismos, incluido el terreno en el que se levanten, y a las entregas de bienes inmuebles no edificados, posibilitando además el artículo 137 de la norma comunitaria la práctica de la renuncia a la exención. En consecuencia, cabe estimar que la transposición realizada por la LIVA se ajusta exactamente al contenido de la directiva.

En el caso específico de aquellas entregas a que se refieren los apartados 20.º y 22.º del artículo 20.Uno de la LIVA en las que el sujeto pasivo hubiese renunciado a la exención la razón de ser de la aplicación del mecanismo de inversión parece ser, no ya solo evitar un perjuicio económico a la Hacienda Pública, sino clarificar la relación IVA-transmisiones patrimoniales onerosas en relación con la tributación de esta clase de operaciones. Así las cosas debe tratarse de una entrega exenta del artículo 20.Uno.20.º de la LIVA (relativa a terrenos rústicos y no edificables) o, en su caso, de una segunda entrega de edificaciones después de terminada la construcción o rehabilitación de la misma. Y ha de tener lugar la renuncia a la aplicación de la exención en los términos establecidos en el artículo 20.Dos de la LIVA¹.

¹ En todo caso el transmitente deberá tener conocimiento de que la operación queda sujeta y no exenta del IVA así como de que el sujeto pasivo de la misma va a ser el adquirente. Y en la factura que emita el transmitente para documentar la operación habrá de incluirse la mención «inversión del sujeto pasivo», tal y como establecen los artículos 6 y 7 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. Véase a este respecto la contestación de la Dirección General de Tributos (DGT) de 14 de marzo de 2013 (V0815/2013, de 14 de marzo -NFC047040-), en la que se señala que, tratándose de ejecuciones de obra con o sin aportación de materiales, así como de cesiones de personal para su realización consecuencia de contratos directamente formalizados entre el promotor y el contratista que tengan por objeto la urbanización de terrenos o la construcción o rehabilitación de edificaciones existirá obligación por parte de las entidades contratistas de expedir factura en el momento en que se produzca el devengo del impuesto, debiendo hacerse constar en la misma que el sujeto pasivo del impuesto es el destinatario de la operación o, con efectos desde el 1 de enero de 2013, la mención «inversión del sujeto pasivo». De cualquier manera el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto debe actuar con la condición de empresario o profesional. Las operaciones realizadas deben tener por objeto la urbanización de terrenos o la construcción o rehabilitación de edificaciones. Con carácter adicional dichas operaciones deben tener la naturaleza jurídica de ejecuciones de obra, con o sin aportación de materiales, incluida la cesión de personal necesario para su realización, debiendo ser consecuencia de contratos directamente formalizados entre el

Tal y como afirma Martín Martín (2013, p. 47), nos hallamos ante un supuesto de carácter preventivo en el que:

[...] el insolvente que no tiene intenciones de pagar el IVA que repercute (e incluso pretenda levantarlo) tiene un especial incentivo a renunciar a la exención del impuesto y a repercutirlo. La forma de cerrar esta oportunidad de defraudar, compatible con la renuncia a la exención, es la de establecer un supuesto de inversión del sujeto pasivo, vinculando de nuevo devengo y derecho a deducir en sede del adquirente.

Como es lógico, ambas partes han de ser empresarios o profesionales, dado que en otro caso no podría aplicarse la regla de inversión del sujeto pasivo. En efecto, quien efectúe la entrega del inmueble y el adquirente o destinatario de la edificación o del terreno han de tener la condición de empresario o profesional a efectos del IVA. Con carácter adicional el bien o el servicio debe encontrarse afecto a su patrimonio empresarial o profesional. Por su parte el destinatario deberá realizar la adquisición con la intención de afectarlo a su propio patrimonio empresarial o profesional.

En relación con la regulación reglamentaria de la renuncia a la exención, dado que en el presente caso es el transmitente, cumplidos los requisitos del adquirente, el que ha de renunciar a la exención, el propio adquirente habrá de convertirse en sujeto pasivo al producirse el supuesto de inversión del sujeto pasivo.

Apunta, no obstante, Álvarez Arroyo (2013, p. 7) que podría llegar a plantearse igualmente la posibilidad de que el propio adquirente con derecho a la deducción del impuesto pudiera unilateralmente optar por la no aplicación de la exención, al convertirse en sujeto pasivo de la operación por aplicación del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo. De este modo ya no sería necesaria la comunicación fehaciente al adquirente de que ha de producirse la renuncia a la exención por parte del transmitente a la que se refiere el artículo 8 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (RIVA), sino que sería el adquirente quien habría de comunicar al transmitente que se va a producir la renuncia a la exención porque cumple los requisitos necesarios y así lo ha decidido. Asimismo no habría que justificar la renuncia mediante declaración suscrita por el adquirente en la que hiciese constar su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción, sino únicamente una comunicación en la que, cumplidos

promotor y el o los contratistas principales, si bien la inversión del sujeto pasivo también se producirá, en los casos de ejecuciones de obra y cesiones de personal efectuadas para el contratista principal u otros subcontratistas, cuando las mismas sean consecuencia o traigan causa en un contrato principal, que tenga por objeto la urbanización de terrenos o la construcción o rehabilitación de edificaciones. A este respecto la expresión «directamente formalizados» debe considerarse equivalente a «directamente concertados» entre el promotor y el contratista, cualquiera que sea la forma oral o escrita de los contratos celebrados.

estos requisitos, el adquirente renunciase a la exención como sujeto pasivo que aplica, a su vez, la inversión del sujeto pasivo. Matiza, no obstante, el citado autor que igualmente cabría considerar que la aplicación de este supuesto de inversión del sujeto pasivo precisa la renuncia a la exención por el sujeto pasivo original (el transmitente). Y solo después de que esta se produjese se convertiría el adquirente en sujeto pasivo de la operación a través de la aplicación del mecanismo de la inversión.

De cualquier manera, tratándose de entregas realizadas en ejecución de la garantía constituida sobre los bienes inmuebles, y estimándose además que se ejecuta la garantía cuando se transmite el inmueble a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada o de la obligación de extinguir la referida deuda por el adquirente, estaremos en presencia de aquellas entregas que se realizan en ejecución de la garantía constituida sobre los mismos y, en particular, de aquella entrega que se produzca como consecuencia de una ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (LH), ya tenga lugar dicha entrega al acreedor hipotecario o a un tercero por el deudor hipotecario². Se trata además de un supuesto en relación con el cual ha de estimarse que el destinatario tiene la consideración de deudor del impuesto, no siendo en realidad el sujeto pasivo que realiza la entrega del bien, a pesar de la calificación efectuada a este respecto por el legislador³.

Dicha garantía hipotecaria se ejecutará cuando se transmita el inmueble a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada o de la obligación de extinguir dicha deuda por el adquirente. Así las cosas, o bien el deudor acometerá el pago de la deuda mediante la entrega del inmueble que garantiza aquella, o bien el deudor entrega el bien asumiendo el adquirente la obligación de extinguir la deuda de aquel frente al acreedor, debiendo tratarse no obstante en ambos supuestos de dos empresarios o profesionales.

En líneas generales se trata de un supuesto a través del cual se pretende limitar el fraude existente en las adjudicaciones de inmuebles por parte de los acreedores de inmuebles

² Recuérdese que, en el presente caso, el punto de referencia se sitúa en el artículo 199 de la Directiva IVA, el cual contempla la posibilidad de que los Estados miembros establezcan un supuesto de inversión del sujeto pasivo en relación con la entrega de bienes entregados como garantía por un sujeto pasivo a otro en ejecución de dicha garantía.

³ No parece en consecuencia que deba modificarse la situación del destinatario en relación con la aplicación de la regla de prorrata y el ejercicio del derecho a la deducción en el supuesto de que la operación se halle exenta, no debiendo tenerse en cuenta dichas operaciones para el cálculo del porcentaje de prorrata. Esta regla solo habrá de tomar en consideración la actividad realizada por el destinatario empresario o profesional, es decir, aquellas operaciones llevadas a cabo por este como sujeto pasivo en el ejercicio de sus actividades sujetas a gravamen. No obstante, en el supuesto de que el empresario o profesional adquirente aplique la regla de prorrata para el cálculo del importe a deducir por las cuotas soportadas en el ejercicio de su actividad económica la adquisición del inmueble que le haga ser sujeto pasivo por inversión motivará que aquel declare el impuesto repercutido en su integridad, el cual únicamente podrá ser objeto de deducción en la medida en que tenga derecho a ello, siempre y cuando se trate de una entrega sujeta y no exenta.

garantizados, especialmente tratándose de aquellos supuestos de dación en pago⁴ y ejecuciones de garantía inmobiliaria sobre los préstamos o hipotecas concedidas por las propias financieras de las promotoras.

Así las cosas, se persigue evitar comportamientos fraudulentos, en especial en las operaciones de entregas de inmuebles en las que el IVA devengado no se ingresa en el Tesoro Público por el transmitente y es deducido por el adquirente. A tal efecto se dispone la equiparación a la ejecución de garantía de las transmisiones de inmuebles previas a la propia ejecución de la garantía, pero cuya eventual ejecución se evita precisamente con la transmisión del bien inmueble, incluso en aquellos casos en los que este se transmite a un tercero distinto del propio acreedor garantizado.

Con carácter general quien realice la entrega del inmueble, así como el adquirente o destinatario de la edificación o del terreno han de tener la condición de empresario o profesional a efectos del IVA. Debe tratarse de una primera entrega de inmueble cuya construcción o rehabilitación haya finalizado o de solar o terreno urbanizado. Tratándose de una segunda entrega de edificación o terreno rústico con renuncia, se aplicaría el mecanismo de la inversión, aunque no hubiese ejecución de garantía. La entrega ha de tener lugar al margen de un proceso concursal. En el supuesto de que dicha entrega se realizase dentro de un proceso concursal también se produciría la inversión del sujeto pasivo, si bien con independencia de la ejecución de la garantía. Finalmente la transmisión del inmueble ha de efectuarse en ejecución de garantía o con el compromiso de extinción total o parcial de la deuda por el adquirente.

Por otra parte, como seguramente se recordará, la exclusión de la disposición adicional sexta de la LIVA de las operaciones previstas en el artículo 84.Uno.2.º e) de dicha ley⁵ im-

⁴ Refiriéndose al alcance de las citadas operaciones afirma Santolaya Blay (2014, p. 31) que:

Desde un punto de vista jurídico, la dación se instrumenta como una compraventa en la cual el precio, abonado en especie, es el saldo vivo de la hipoteca. A cambio de desprenderse del inmueble, el propietario se libera de la carga real que, correlativamente, la entidad de crédito acepta perder a cambio, a su vez, de la adquisición del bien. Esta operación –estrictamente financiera, según decimos– fue la causa de un nuevo supuesto de fraude, que se superponía a los tradicionalmente conocidos en este sector por las autoridades fiscales [...] El fraude que encierran las daciones en pago es doble. Por un lado, la entidad adquirente del inmueble no es la de crédito que concedió la hipoteca, sino una filial suya. La interposición de este sujeto forzado obedece a la intención de poder deducirse el IVA soportado, cosa que no sucedería si adquiriera directamente la entidad, al hallarse sus operaciones total o mayoritariamente exentas y tratarse de una exención limitada (fraude liquidativo). De otro lado, el IVA repercutido ha sido sistemáticamente deducido por dichas filiales, sin que los obligados a su ingreso (los promotores) hayan procedido como les correspondía. El IVA repercutido ha sido autoliquidado sin ingreso, esto es, incurriendo en el mero reconocimiento formal de la deuda (fraude recaudatorio).

⁵ Como es sabido, este precepto de la LIVA atribuye la condición de sujeto pasivo al adquirente o adjudicatario, clarificando que tendrá la consideración de sujeto pasivo en las entregas efectuadas en ejecución

plicaba que la facultad otorgada al adquirente para efectuar la renuncia a la exención quedase fuera de lugar. Pues bien, a resultas de la reforma operada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, se eliminó dicha facultad que la anterior redacción otorgaba al empresario o profesional adquirente, disponiéndose que a las transmisiones de bienes inmuebles exentas se les aplique la regla de inversión del sujeto pasivo cuando se renuncie a la exención, quedando así excluidas del ámbito de aplicación de la disposición adicional sexta de la LIVA, al ser en dichos supuestos el sujeto pasivo el adquirente, no el transmitente. En aquellos casos en los que el procedimiento administrativo o judicial de ejecución forzosa implique la transmisión de un bien mueble el empresario o profesional adjudicatario ejercerá las facultades reguladas en la citada disposición adicional en nombre y por cuenta del empresario o profesional transmitente, quien continuará manteniendo la posición de sujeto pasivo.

Dentro del ámbito reglamentario del impuesto, y tras la aprobación del Real Decreto 828/2013, de 25 de octubre, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, fue objeto de reforma el apartado 2 del artículo 8 del RIVA señalándose que, a efectos de lo dispuesto en la letra A) del número 22.º del apartado uno del artículo 20 de la LIVA, se aplicarán los criterios sobre definición de rehabilitación contenidos en la letra B) del citado número 22.º.

Por otra parte, el citado Real Decreto 828/2013 añadió en el título IV bis un nuevo artículo 24 *quater*, relativo a la aplicación de las reglas de inversión del sujeto pasivo, y de conformidad con el cual el empresario o profesional que realice la entrega a que se refiere el artículo 84, apartado uno, número 2.º, letra e), segundo guion, de la LIVA deberá comunicar expresa y fehacientemente al adquirente la renuncia a la exención por cada operación realizada⁶. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado cinco del artículo 163 *sexies* de la

de la garantía constituida sobre inmuebles el adquirente, entendiéndose, asimismo, que se ejecuta la garantía cuando se transmite el inmueble a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada o de la obligación de extinguir la referida deuda por el adquirente. El adjudicatario del inmueble en un procedimiento de ejecución forzosa asume la subjetividad tributaria por la técnica de la inversión del sujeto pasivo en el IVA. Adviértase además que el hecho de que el adjudicatario tenga la condición de sujeto pasivo le proporciona ciertos derechos y obligaciones en determinadas operaciones relacionadas con los inmuebles como por ejemplo la autorrepercusión del impuesto. Con carácter adicional, tratándose de una transmisión del inmueble sujeta y exenta del IVA que responda a una segunda o ulterior transmisión de una edificación, el adjudicatario podrá optar a la renuncia de la exención del IVA, tal como dispone el artículo 20.Dos de la LIVA.

⁶ Dispone concretamente este precepto reglamentario, refiriéndose a la aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo, lo siguiente:

1. El empresario o profesional que realice la entrega a que se refiere el artículo 84, apartado uno, número 2.º, letra e), segundo guion, de la Ley del Impuesto, deberá comunicar expresa y fehacientemente al adquirente la renuncia a la exención por cada operación realizada.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado cinco del artículo 163 *sexies* de la Ley del Impuesto, el transmitente solo podrá efectuar la renuncia a que se refiere el párrafo anterior cuando el ad-

LIVA el transmitente solo podrá efectuar la renuncia a la exención cuando el adquirente le acredite su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción total del impuesto soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes inmuebles.

Los destinatarios de las operaciones a que se refiere el artículo 84, apartado uno, número 2.º, letra e), tercer guion, de la LIVA deberán comunicar expresa y fehacientemente al empresario o profesional que realice la entrega que están actuando, con respecto a dichas operaciones, en su condición de empresarios o profesionales. Y, en todo caso, el transmitente

quirente le acredite su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción total del Impuesto soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes inmuebles.

2. Los destinatarios de las operaciones a que se refiere el artículo 84, apartado uno, número 2.º, letra e), tercer guion, de la Ley del Impuesto, deberán comunicar expresa y fehacientemente al empresario o profesional que realice la entrega, que están actuando, con respecto a dichas operaciones, en su condición de empresarios o profesionales.

3. Los destinatarios de las operaciones a que se refiere el artículo 84, apartado uno, número 2.º, letra f), párrafo primero, de la Ley del Impuesto, deberán, en su caso, comunicar expresa y fehacientemente al contratista o contratistas principales con los que contraten, las siguientes circunstancias:

- a) Que están actuando, con respecto a dichas operaciones, en su condición de empresarios o profesionales.
- b) Que tales operaciones se realizan en el marco de un proceso de urbanización de terrenos o de construcción o rehabilitación de edificaciones.

4. Los destinatarios de las operaciones a que se refiere el artículo 84, apartado uno, número 2.º, letra f), párrafo segundo, de la Ley del Impuesto, deberán, en su caso, comunicar expresa y fehacientemente a los subcontratistas con los que contraten, la circunstancia referida en la letra b) del apartado anterior de este artículo.

5. Las comunicaciones a que se refieren los apartados anteriores deberán efectuarse con carácter previo o simultáneo a la adquisición de los bienes o servicios en que consistan las referidas operaciones.

6. Los destinatarios de las operaciones a que se refieren los apartados anteriores podrán acreditar bajo su responsabilidad, mediante una declaración escrita firmada por los mismos dirigida al empresario o profesional que realice la entrega o preste el servicio, que concurren, en cada caso y según proceda, las siguientes circunstancias:

- a) Que están actuando, con respecto a dichas operaciones, en su condición de empresarios o profesionales.
- b) Que tienen derecho a la deducción total del Impuesto soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes inmuebles.
- c) Que las operaciones se realizan en el marco de un proceso de urbanización de terrenos o de construcción o rehabilitación de edificaciones.

7. De mediar las circunstancias previstas en el apartado uno del artículo 87 de la Ley del Impuesto, los citados destinatarios responderán solidariamente de la deuda tributaria correspondiente, sin perjuicio, asimismo, de la aplicación de lo dispuesto en el número 2.º del apartado dos del artículo 170 de la misma Ley.

del inmueble no repercutirá en factura cantidad alguna en concepto de IVA, debiendo incluir en la factura la mención «inversión del sujeto pasivo», tal y como prevé el artículo 6.1 m) del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

Para finalizar, teniendo presente que en los supuestos de inversión del sujeto pasivo en materia inmobiliaria establecidos en el artículo 84.Uno.2.º, letra e), segundo y tercer guion y letra f), de la LIVA (relativos, como se ha analizado, a entregas inmobiliarias exentas en las que se renuncie a la exención del art. 20.Uno.20.º o 22.º; de entregas inmobiliarias efectuadas en ejecución de garantías constituidas sobre los bienes inmuebles; de ejecuciones de obra entre promotor y contratista que tienen por objeto la urbanización de terrenos o la construcción o rehabilitación de edificaciones y la extensión de este último supuesto a las operaciones entre contratista principal y otros subcontratistas) resulta exigible el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 24 *quater* del RIVA, entre los que se encuentra (apartado 7) la obligación de que los destinatarios emitan una declaración escrita en la que declaren, bajo su responsabilidad, que concurren las circunstancias que se indican⁷, a través de la aprobación del Real Decreto 1512/2018, de 28 de diciembre, que modificó varios reglamentos, entre otros, el RIVA, se dio nueva redacción a la letra b) de dicho apartado 7, para adaptar esta circunstancia que debe hacer constar el destinatario de las adquisiciones de bienes inmuebles por las que se renuncie a la exención y en las que se produzca la inversión del sujeto pasivo prevista en el artículo 84.Uno.2.º, letra e), segundo guion, introduciéndose así una novedad eminentemente técnica y de ajuste de la norma reglamentaria a la ley. De esta forma en la declaración que debe emitir el destinatario, entre otras circunstancias, deberá hacer constar (letra b) que tiene derecho a la deducción «total o parcial» del impuesto soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes inmuebles. De este modo se ajusta el contenido reglamentario con lo establecido en la Ley del Impuesto, en materia de renuncia a las exenciones inmobiliarias.

2. Alcance de la doctrina administrativa elaborada por la DGT

Refiriéndose al alcance de este mecanismo de inversión del sujeto pasivo previsto en el tercer guion del artículo 84.Uno.2.º e) de la LIVA afirmó la DGT mediante sendas contestaciones a las Consultas de 24 de abril de 2013 (V1418/2013 –NFC047717– y V1419/2013 –NFC047718–) y que, con carácter general, el análisis del mecanismo de inversión del sujeto pasivo previsto en el citado precepto exige una delimitación positiva de las operaciones incluidas y otra negativa de las excluidas. Y en el propio tercer guion del artículo 84.Uno.2.º e)

⁷ Entre dichas circunstancias, y solo para los supuestos previstos en el artículo 84.Uno.2.º, letra e), segundo guion, de la LIVA, se encontraba la de declarar que tienen derecho a la deducción total del impuesto, lo que no se ajustaba con la dicción del artículo 20.Dos de la LIVA que recoge la posibilidad de renunciar a las exenciones inmobiliarias anteriores cuando el destinatario genera el derecho a deducir total o parcialmente el impuesto soportado al realizar la adquisición.

de la LIVA se incluye la delimitación positiva, regulándose en el primer y segundo guion de dicho precepto los supuestos excluidos (delimitación negativa).

Ambas contestaciones a las consultas de la DGT vinieron a fijar el criterio administrativo en relación con el presente supuesto de aplicación de la regla de inversión del sujeto pasivo introducido al efecto por la Ley 7/2012 para aquellos casos de entregas de inmuebles en ejecución de la garantía constituida sobre los mismos, o bien en las de los otorgados en garantía a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada o de la obligación de extinguir tal deuda por el adquirente, procediéndose a enunciar el conjunto de requisitos subjetivos y objetivos que han de concurrir para que resulte de aplicación dicha regla.

En relación con la delimitación positiva, y con carácter previo al estudio de las operaciones contempladas en el supuesto regulado en el artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA, aclaró la DGT la finalidad de la inclusión de este nuevo supuesto de inversión del sujeto pasivo llevada a cabo por la Ley 7/2012. De acuerdo con la exposición de motivos de dicha ley, la finalidad de la modificación del precepto es evitar comportamientos fraudulentos, en especial en las operaciones de entregas de inmuebles en las que el IVA devengado no se ingresa en el Tesoro Público por el transmitente y es deducido por el adquirente.

Atendiendo a dicha finalidad el propio artículo 84.Uno.2.º, letra e), de la LIVA, en su tercer guion contempla tres operaciones a las que resulta de aplicación la inversión del sujeto pasivo: entrega de inmuebles en ejecución de la garantía constituida sobre los mismos; entrega de inmuebles a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada; y entrega de inmuebles a cambio de la obligación de extinguir la deuda garantizada por el adquirente.

Por lo que se refiere a cada una de las operaciones mencionadas estima la DGT que, tratándose de entregas efectuadas en ejecución de la garantía constituida sobre los bienes inmuebles, la garantía podrá haberse otorgado con anterioridad al inicio del proceso ejecutivo (por ejemplo, hipoteca) o bien constituirse durante el mismo a solicitud del ejecutante, para garantizar el buen fin de la ejecución (por ejemplo, anotación preventiva de embargo). Dicha garantía real podrá respaldar, frente al acreedor garantizado, el cumplimiento de una obligación del otorgante o bien del deudor, por ejemplo, si un tercero actuó en calidad de otorgante. Lo anterior implica que el transmitente del bien dado en garantía puede o no coincidir con el deudor. El incumplimiento de la obligación principal garantizada, esto es, su impago, facultará al acreedor a ejecutar la garantía real, si bien la ejecución de la garantía podrá derivar también de otros supuestos de incumplimiento distintos.

A juicio de la DGT, tratándose de entregas efectuadas en ejecución de la garantía constituida sobre los bienes inmuebles, la citada garantía podrá haberse otorgado con anterioridad al inicio del proceso ejecutivo (por ejemplo, hipoteca) o bien constituirse durante el mismo a solicitud del ejecutante, para garantizar el buen fin de la ejecución (por ejemplo, anotación preventiva de embargo). Dicha garantía real podrá respaldar, frente al acreedor

garantizado, el cumplimiento de una obligación del otorgante o bien del deudor, por ejemplo, si un tercero actuó en calidad de otorgante, implicando lo anterior que el transmitente del bien dado en garantía podrá o no coincidir con el deudor. El incumplimiento de la obligación principal garantizada, esto es, su impago, facultará al acreedor a ejecutar la garantía real, si bien la ejecución de la garantía podrá derivar también de otros supuestos de incumplimiento distintos. Dicha ejecución de la garantía podrá llevarse a cabo en vía judicial o, en su caso, por el procedimiento extrajudicial previsto en el artículo 129 de la LH.

En todo caso la finalidad de la ejecución de la garantía ha de ser utilizar la suma realizable con la venta del inmueble sobre el que recaiga la misma para extinguir, total o parcialmente, la correspondiente deuda, pudiendo recaer la condición de adquirente sobre un tercero al que, por ejemplo, el ejecutante le haya cedido el remate en los términos previstos en el artículo 647, apartado 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) o, en su caso, sobre el acreedor garantizado.

Tratándose de entregas de inmuebles a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada con tales inmuebles o a cambio de la obligación de extinguir dicha deuda por el adquirente, señala la DGT en las mencionadas contestaciones a las Consultas de 24 de abril de 2013 que, al igual que sucede en relación con el supuesto anterior, el transmitente no tiene que coincidir necesariamente con el deudor, sino que cabe la posibilidad de que un tercero garantice con un bien inmueble de su propiedad el cumplimiento de una deuda contraída por otra persona, no siendo necesario en dichos casos que se incurra en incumplimiento de la obligación principal garantizada. No obstante, las referidas operaciones suelen reflejar las dificultades financieras por las que atraviesa el deudor y que determinan que no pueda cumplir normalmente sus obligaciones en la forma pactada, todo lo cual conlleva que aquel se sirva del inmueble dado en garantía para de este modo liquidar la obligación garantizada ya que, en otro caso, la referida garantía sería ejecutada.

La finalidad de estas operaciones consistentes en la entrega de un inmueble dado en garantía del cumplimiento de una deuda ha de ser, en un caso, extinguir total o parcialmente tal deuda en sede del transmitente o bien del deudor y, en el otro, que, manteniéndose la deuda viva para el transmitente, el adquirente del bien gravado se obligue directa o indirectamente a extinguir dicha deuda. También en el presente caso el adquirente podrá ser el acreedor garantizado (por ejemplo, en daciones en pago) o un tercero. Existiendo acuerdo entre las partes para extinguir la deuda garantizada mediante la entrega de diversos bienes inmuebles, algunos de los cuales no fue otorgado en garantía del cumplimiento de dicha deuda, el mecanismo de inversión del sujeto pasivo operará respecto de la totalidad de las transmisiones. E idéntico criterio ha de observarse (esto es, operará el citado mecanismo de inversión del sujeto pasivo) cuando tenga lugar la entrega de un inmueble que se destine, simultáneamente, a extinguir la deuda garantizada con dicho inmueble y otras deudas. En cambio, cuando se transmitan bienes inmuebles con la finalidad de extinguir las deudas garantizadas con tales inmuebles conjuntamente con otros inmuebles destinados a extinguir deudas sin garantía real, el mecanismo de inversión del sujeto pasivo solo ope-

rará respecto de aquellas transmisiones que tengan por objeto inmuebles gravados con un derecho de garantía⁸.

En cambio no procedería la inclusión dentro del ámbito de aplicación del artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA, sin perjuicio de que sea de aplicación el mecanismo de inversión del sujeto pasivo en virtud de los guiones primero y segundo del referido precepto, de las siguientes entregas: entregas efectuadas como consecuencia de un proceso concursal; y entregas exentas a que se refieren los apartados 20.º y 22.º del artículo 20.Uno de la LIVA en las que el sujeto pasivo hubiera renunciado a la exención.

De este modo toda entrega de bienes inmuebles otorgados en garantía del cumplimiento de una obligación principal que tenga lugar en el marco de un procedimiento concursal o que, estando exenta del impuesto en virtud de lo previsto en el artículo 20.Uno, números 20.º y 22.º, de la LIVA, el sujeto pasivo hubiera renunciado a la exención, dará lugar a la aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo sin necesidad de que concurra alguno de los supuestos contemplados en el artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA⁹.

⁸ Así, por ejemplo, considera la DGT en estas contestaciones a las Consultas de 24 de abril de 2013 que procederá la aplicación del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo en las siguientes operaciones: dación en pago con extinción total o parcial de la deuda (en la que el acreedor garantizado acepta, para cumplimiento total o parcial de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste; entrega de un inmueble dado en garantía del cumplimiento de una deuda con extinción total o parcial de dicha deuda para el transmitente o, en su caso, deudor, subrogándose el adquirente en la posición deudora de la relación obligacional (caso, por ejemplo, de la entrega por un empresario de un solar, que constituye la garantía de un préstamo, a otro empresario que se subroga en el préstamo hipotecario, se encuadraría en este caso); entrega de un inmueble dado en garantía del cumplimiento de una deuda con extinción total o parcial de dicha deuda para el transmitente o, en su caso, deudor, mediante el pago de una contraprestación que se vincula necesariamente a dicha extinción (así, por ejemplo, estaría incluida la entrega efectuada por el promotor de una edificación terminada, que constituye la garantía de un préstamo, a otro empresario a cambio de un precio que se destina a cancelar dicho préstamo hipotecario); y entrega de un inmueble otorgado en garantía sin extinción de la obligación garantizada para el transmitente o en su caso deudor. En este conjunto de supuestos ha de estimarse que el adquirente se obliga a extinguir la deuda garantizada, ya sea porque asume dicho compromiso de forma expresa, bien porque, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 118.2 de la LH, descuenta el importe de la deuda garantizada del precio de la entrega o retiene su importe, o bien porque, si paga todo el precio de la operación, tal pago del precio se entiende realizado con el acuerdo tácito de que el transmitente lo destine a extinguir la deuda garantizada.

⁹ Así, por ejemplo, habrían de excluirse del citado supuesto, siendo en todo caso de aplicación, la inversión del sujeto pasivo conforme a lo previsto en el artículo 84.Uno.2.º e), segundo guion, de la Ley 37/1992, las siguientes transmisiones de bienes inmuebles gravados con un derecho de garantía que, estando exentas por resultar de aplicación lo previsto, respectivamente, en los números 20.º o 22.º del artículo 20.Uno de la Ley del Impuesto, se hubiera optado por su tributación al amparo de lo dispuesto en el apartado dos del mismo artículo 20 o, en su caso, en el artículo 163 *sexies*.Cinco de la Ley 37/1992: entregas de terrenos rústicos o que no tengan la condición de edificables por no poderse calificar como solares o por no contar con la correspondiente licencia urbanística; entregas de terrenos urbanizados o en curso de urbanización que no tengan la consideración de edificables a efectos del IVA, siempre que

Mediante la adopción de una interpretación *a sensu contrario*, podría resultar de aplicación el supuesto de inversión del sujeto pasivo regulado en el artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA, siempre y cuando concurren los restantes requisitos, a las siguientes transmisiones de bienes otorgados en garantía, entre otras: entregas de solares; entregas de terrenos respecto de los que haya sido otorgada la correspondiente licencia de edificación; entregas de terrenos urbanizados o en curso de urbanización realizadas por el promotor de dicha urbanización; entrega de edificaciones en curso de construcción; y entrega de edificaciones cuya construcción o rehabilitación esté terminada, siempre que dicha entrega se realice por el promotor y aquellas no hayan sido utilizadas ininterrumpidamente por un plazo igual o superior a dos años por el transmitente o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo.

En segundo término, queremos hacer referencia a la contestación de la DGT a la Consulta de 28 de junio de 2013 (V2153/2013 –NFC048416–), relativa en el presente caso a una cooperativa que llevó a cabo la promoción de viviendas destinadas a sus socios. Si bien la entrega de las viviendas a los cooperativistas se produciría posteriormente, estos se subrogaban en el préstamo hipotecario correspondiente a la vivienda que iban a adquirir y que la cooperativa tenía suscrito con una entidad bancaria. Tal y como vuelve a precisar la DGT de cara a la aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo en virtud de lo previsto en el artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA, será necesario que el destinatario de las operaciones sujetas a IVA actúe con la condición de empresario o profesional, así como que las operaciones realizadas tengan la naturaleza jurídica de entregas constituyendo su objeto un bien inmueble que esté afectado en garantía del cumplimiento de una obligación principal. Dichas operaciones deben tratarse además de entregas de bienes distintas de aquellas a las que se refieren los dos primeros supuestos contemplados en el propio artículo 84.Uno.2.º e) de la LIVA. Y las entregas realizadas deben ser consecuencia de la ejecución de la garantía constituida sobre los bienes inmuebles, si bien la inversión del sujeto pasivo también se producirá en los casos de transmisión de inmuebles otorgados en garantía a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada o de la obligación de extinguir tal deuda por el adquirente.

En efecto el artículo 84.Uno.2.º, letra e), en su tercer guion contempla, como hemos indicado anteriormente, tres operaciones a las que resulta de aplicación la inversión del sujeto pasivo: entrega de inmuebles en ejecución de la garantía constituida sobre los mismos; en-

la entrega se efectúe por un sujeto distinto al promotor de la referida urbanización; entregas de edificaciones por el promotor de su construcción o rehabilitación, cuando dicha entrega se produzca después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años bien por aquel bien por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo; y entregas de edificaciones efectuadas por persona distinta al promotor de su construcción o rehabilitación.

trega de inmuebles a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada; y entrega de inmuebles a cambio de la obligación de extinguir la deuda garantizada por el adquirente.

Tratándose de entregas efectuadas en ejecución de la garantía constituida sobre los bienes inmuebles, reitera nuevamente la DGT a través de esta contestación a la Consulta de 28 de junio de 2013 que la garantía en cuestión podrá haberse otorgado con anterioridad al inicio del proceso ejecutivo (por ejemplo, hipoteca) o bien constituirse durante el mismo a solicitud del ejecutante, para garantizar el buen fin de la ejecución (por ejemplo, anotación preventiva de embargo). La garantía real puede respaldar, frente al acreedor garantizado, el cumplimiento de una obligación del otorgante o bien del deudor, por ejemplo, si un tercero actuó en calidad de otorgante. Ahora bien lo anterior implica que el transmitente del bien dado en garantía puede o no coincidir con el deudor.

Es el incumplimiento de la obligación principal garantizada, esto es, su impago, lo que faculta al acreedor a ejecutar la garantía real. No obstante, la ejecución de la garantía podrá derivar también de otros supuestos de incumplimiento distintos, pudiendo llevarse a cabo en vía judicial o, en su caso, por el procedimiento extrajudicial previsto en el artículo 129 de la LH. En todo caso la finalidad de la ejecución de la garantía se concreta en utilizar la suma realizable con la venta del inmueble sobre el que recae la misma para extinguir, total o parcialmente, la correspondiente deuda, pudiendo ser el adquirente tanto un tercero al que, por ejemplo, el ejecutante le haya cedido el remate en los términos previstos en el artículo 647, apartado 3, de la LEC, o, en su caso, el acreedor garantizado.

Si se tratase, sin embargo, de entregas de inmuebles a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada con dichos inmuebles o a cambio de la obligación de extinguir dicha deuda por el adquirente, el transmitente tampoco tendría que coincidir necesariamente con el deudor, sino que cabría que un tercero garantizase con un bien inmueble de su propiedad el cumplimiento de una deuda contraída por otra persona. En dichos supuestos no se requiere que se incurra en incumplimiento de la obligación principal garantizada, sin perjuicio de reconocer que, debido a las dificultades financieras por las que atraviesa el deudor y que determinan que no pueda cumplir normalmente sus obligaciones en la forma pactada, lo habitual será que aquel se sirva del inmueble dado en garantía para de este modo liquidar la obligación garantizada ya que, en otro caso, la referida garantía sería ejecutada.

La finalidad de estas entregas de un inmueble dado en garantía del cumplimiento de una deuda ha de ser, en un caso, extinguir total o parcialmente tal deuda en sede del transmitente o bien del deudor y, en el otro, que, manteniéndose la deuda viva para el transmitente, el adquirente del bien gravado se obligue directa o indirectamente a extinguir dicha deuda. El adquirente podrá serlo el acreedor garantizado (por ejemplo, en daciones en pago) o un tercero.

En el supuesto de que existiese acuerdo entre las partes para extinguir la deuda garantizada mediante la entrega de diversos bienes inmuebles, algunos de los cuales no fue otor-

gado en garantía del cumplimiento de dicha deuda, el mecanismo de inversión del sujeto pasivo operaría respecto de la totalidad de las transmisiones. Asimismo sería de aplicación la inversión del sujeto pasivo cuando tuviese lugar la entrega de un inmueble que se destinara, simultáneamente, a extinguir la deuda garantizada con dicho inmueble y otras deudas. En cambio si se transmitiesen bienes inmuebles con la finalidad de extinguir las deudas garantizadas con tales inmuebles conjuntamente con otros inmuebles destinados a extinguir deudas sin garantía real, el mecanismo de inversión del sujeto pasivo solo operaría respecto de aquellas transmisiones que tuviesen por objeto inmuebles gravados con un derecho de garantía.

A resultas de las consideraciones anteriores, concluye la DGT que procederá la inversión del sujeto pasivo en los siguientes casos: dación en pago con extinción total o parcial de la deuda (aceptando el acreedor garantizado, para cumplimiento total o parcial de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste); entrega de un inmueble dado en garantía del cumplimiento de una deuda con extinción total o parcial de dicha deuda para el transmitente o, en su caso, deudor, subrogándose el adquirente en la posición deudora de la relación obligacional (piénsese, por ejemplo, en la entrega realizada por un empresario de un solar, que constituye la garantía de un préstamo, a otro empresario que se subroga en el préstamo hipotecario, se encuadraría en este caso); entrega de un inmueble dado en garantía del cumplimiento de una deuda con extinción total o parcial de dicha deuda para el transmitente o, en su caso, deudor, mediante el pago de una contraprestación que se vincula necesariamente a dicha extinción¹⁰; y entrega de un inmueble otorgado en garantía sin extinción de la obligación garantizada para el transmitente o en su caso deudor.

Concurriendo cualquiera de los supuestos anteriores, el adquirente se obligará a extinguir la deuda garantizada, bien porque asume dicho compromiso de forma expresa, bien porque, de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 118 de la LH, descuenta el importe de la deuda garantizada del precio de la entrega o retiene su importe, o bien porque, si paga todo el precio de la operación, tal pago del precio se entiende realizado con el acuerdo tácito de que el transmitente lo destine a extinguir la deuda garantizada.

En cambio precisa la DGT que no cabría incluir dentro del ámbito del artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA, sin perjuicio de que sea de aplicación el mecanismo de inversión del sujeto pasivo en virtud de otros supuestos previstos en el citado precepto (concretamente los guiones primero y segundo del referido precepto) las siguientes entregas: entregas efectuadas como consecuencia de un proceso concursal, y entregas exentas a que se refieren los apartados 20.º y 22.º del artículo 20.Uno en las que el sujeto pasivo hubiera renunciado a la exención.

¹⁰ Así sucedería, por ejemplo, en el caso de la entrega realizada por el promotor de una edificación terminada que constituya la garantía de un préstamo a otro empresario a cambio de un precio que se destina a cancelar dicho préstamo hipotecario.

De cualquier manera toda entrega de bienes inmuebles otorgados en garantía del cumplimiento de una obligación principal que tenga lugar en el marco de un procedimiento concursal o que, estando exenta del impuesto en virtud de lo previsto en el artículo 20.Uno, números 20.º y 22.º, de la LIVA, el sujeto pasivo hubiera renunciado a la exención, dará lugar a la aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo sin necesidad de que concurra alguno de los supuestos contemplados en el artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA.

Así, por ejemplo, serían supuestos en los que, en todo caso, se produciría la aplicación de la inversión del sujeto pasivo conforme a lo previsto en el artículo 84.Uno.2.º e), segundo guion, de la LIVA, las siguientes transmisiones de bienes inmuebles gravados con un derecho de garantía que, estando exentas por resultar de aplicación lo previsto, respectivamente, en los números 20.º o 22.º del artículo 20.Uno de la LIVA, se hubiera optado por su tributación al amparo de lo dispuesto en el apartado dos del mismo artículo 20 o, en su caso, en el artículo 163 *sexies*.Cinco de la LIVA: entregas de terrenos rústicos o que no tengan la condición de edificables por no poderse calificar como solares o por no contar con la correspondiente licencia urbanística; entregas de terrenos urbanizados o en curso de urbanización que no tengan la consideración de edificables a efectos del IVA, siempre que la entrega se efectúe por un sujeto distinto al promotor de la referida urbanización; entregas de edificaciones por el promotor de su construcción o rehabilitación, cuando dicha entrega se produzca después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años bien por aquel bien por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo; y entregas de edificaciones por persona distinta al promotor de su construcción o rehabilitación.

¿Cabría la posibilidad de aplicar lo dispuesto en este tercer guion del artículo 84.Uno.2.º e) de la LIVA a una operación sujeta y no exenta de IVA consistente en la transmisión de una finca entre empresarios o profesionales, pudiendo a tal efecto considerar al adquirente del inmueble sujeto pasivo del impuesto por aplicación de la regla de inversión prevista en el mismo? Tal y como recuerda a este respecto el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) mediante Resolución de 22 de enero de 2015 (RG 5195/2013 –NFJ057146–) las condiciones que caracterizan el presente supuesto de inversión del sujeto pasivo se concretan en las siguientes: que ambas partes en el negocio jurídico sean empresarios o profesionales, sujetos pasivos del impuesto, actuando en su condición de tales; que las operaciones tengan la naturaleza jurídica de entregas de bienes; que el objeto de dichas entregas lo constituya un bien inmueble afectado en garantía del cumplimiento de una obligación principal; que las entregas realizadas tengan una naturaleza distinta de las que se recogen en los dos primeros guiones del artículo 84.Uno.2.º e) de la LIVA; y que dichas entregas deriven de la ejecución de la garantía constituida por los bienes inmuebles aun cuando, no obstante, se aplique también en aquellos supuestos de entregas de inmuebles otorgados en garantía a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada o de la obligación de extinguir tal deuda por el adquirente del bien inmueble.

A resultas de lo anterior concluyó el citado tribunal que no resultaba posible englobar en los supuestos de inversión del sujeto pasivo del artículo 84.Uno.2.º, letra e), tercer guion, de la LIVA las entregas de bienes inmuebles que constituyen la garantía de un préstamo efectuadas por su propietario a otro empresario a cambio de un precio destinado a cancelar total o parcialmente dicho préstamo hipotecario. Y ello en tanto en cuanto la Directiva IVA autoriza a los Estados miembros a considerar que el deudor del impuesto es el adquirente en los supuestos de entregas de bienes en ejecución de garantías, sin que el anterior supuesto quede englobado en esta regla.

Se ha de precisar además que en el concreto supuesto objeto de análisis por el TEAC ni se había producido la entrega del inmueble en ejecución de la hipoteca ni se había producido la entrega a cambio de la extinción total o parcial de la deuda (dación en pago), ya que era el propio transmitente el que asumía la cancelación de la deuda con parte del precio obtenido, no asumiendo el adquirente ninguna obligación de cancelación de deuda, ni total ni parcial.

De este modo el supuesto de entrega de los bienes inmuebles en ejecución de la garantía constituida sobre los mismos se extiende expresamente a las operaciones de dación del inmueble en pago y cuando el adquirente asume la obligación de extinguir la deuda garantizada, al objeto de evitar el perjuicio que se produce a la Hacienda Pública cuando el IVA no se ingresa en el Tesoro y, a continuación, se solicita el aplazamiento o se declara el concurso de la entidad transmitente, ya que en dichas situaciones el daño ocasionado a la Hacienda Pública es doble, pues el IVA no ingresado es deducido por el adquirente.

En el concreto supuesto analizado la Administración tributaria consideró que resultaba de aplicación la regla de inversión del sujeto pasivo prevista en el tercer guion del artículo 84.Uno.2.º e) de la LIVA al estimar que existía una entrega del bien inmueble a cambio de la obligación de extinguir la deuda garantizada por el adquirente. Consideraba así la Hacienda Pública que la entidad en cuestión adquirió el inmueble, que constituía la garantía del préstamo hipotecario, a cambio de un precio –parte del precio en este caso– destinado a cancelar el préstamo hipotecario, no existiendo un pago de una contraprestación por el adquirente vinculado necesariamente a la extinción del préstamo hipotecario.

Sin embargo, en opinión del TEAC, y tras revisar las estipulaciones contractuales introducidas al respecto, se trataba de un supuesto de dación en pago con extinción total o parcial de la deuda en el que el acreedor garantizado aceptaba la entrega del bien inmueble para cumplimiento total o parcial de una obligación anteriormente constituida, teniendo por su parte el adquirente en el negocio jurídico la consideración de tercero ajeno al préstamo hipotecario constituido por el transmitente.

Debido a ello concluyó el TEAC a través de la citada resolución que no resultaba posible pronunciarse acerca de si concurrían o no las condiciones necesarias para que resultase de aplicación la regla de inversión del sujeto pasivo en una operación comprendida dentro

del presente supuesto, el cual se concretaba en la entrega de un bien inmueble a cambio de la obligación de extinguir la deuda garantizada por el adquirente. No obstante, precisó el citado tribunal que, a tenor del clausulado del contrato de compraventa, no cabe entender que exista una entrega del inmueble subrogándose el adquirente en la posición deudora de la relación obligacional, ya que aquel adquirió el bien libre de cargas, correspondiendo al transmitente la eliminación de cuantas pesaban sobre el bien inmueble.

No se engloban pues en los supuestos de inversión del sujeto pasivo las entregas de bienes inmuebles por su propietario que constituyen la garantía de un préstamo, a otro empresario a cambio de un precio que se destina a cancelar total o parcialmente dicho préstamo hipotecario.

En cambio, y de conformidad con lo declarado por la DGT mediante contestación a la Consulta de 3 de septiembre de 2015 (V2551/2015 –NFC056222–) (planteada por una entidad que iba a adquirir a otra sociedad un solar gravado con una hipoteca si bien, con carácter previo a la transmisión pero en el mismo acto la entidad adquirente iba a entregar a la entidad transmitente una cantidad destinada al pago de la deuda pendiente para la correspondiente cancelación de la hipoteca), sí que resulta de aplicación la regla de inversión del sujeto pasivo tratándose de una entidad que adquiere de otra un solar gravado con hipoteca y que previamente ha recibido de esta una cantidad para el pago de la deuda pendiente para la cancelación de la hipoteca. A tal efecto resultará preciso, no obstante, que la transmitente tenga la condición de empresario o profesional a efectos del impuesto y que el inmueble esté afecto al ejercicio de una actividad empresarial o profesional.

En consecuencia, tratándose de entregas efectuadas en ejecución de la garantía constituida sobre los bienes inmuebles a resultas de la adquisición de un solar gravado con una hipoteca, entregando la entidad transmitente a la adquirente, previamente pero en el mismo acto, una cantidad destinada al pago de la deuda pendiente para la correspondiente cancelación de la hipoteca, procede la aplicación del supuesto de inversión. Se trata, por tanto, de una resolución que se sitúa en la línea de las contestaciones a las Consultas de 24 de abril de 2013 a las que ya se ha hecho referencia con anterioridad.

En esta misma línea se sitúa la contestación de la DGT a la Consulta de 20 de junio de 2017 (V1585/2017 –NFC065677–), relativa a la transmisión de un bien para cancelar la hipoteca que pesa sobre él, destinándose así una parte del precio al pago de la deuda garantizada con garantía hipotecaria. La compradora en el mismo acto de la transmisión entregaría una cantidad destinada al pago del préstamo garantizado con garantía hipotecaria. Tal y como subraya el citado centro directivo en dicho supuesto sería de aplicación la regla de la inversión del sujeto pasivo prevista en el artículo 84.Uno.2.º de la LIVA, no siendo necesario a tal efecto que el transmitente coincidiera necesariamente con el deudor ni que se incurra en incumplimiento de la obligación principal garantizada. La finalidad de estas entregas debe ser extinguir total o parcialmente la deuda, pudiendo el adquirente ser el acreedor garantizado o un tercero. Con carácter adicional en el supuesto de que lo pactado consista en la

transmisión de varios inmuebles alguno de los cuales no hubiese sido otorgado en garantía del cumplimiento de dicha deuda el mecanismo de inversión del sujeto pasivo operará respecto a la totalidad de las transmisiones.

En todo caso, como ya se ha señalado, los destinatarios de las operaciones habrán de comunicar expresamente al empresario o profesional que realiza la entrega que lo hace en su condición de empresario o profesional, debiendo efectuarse dicha comunicación con carácter previo o simultáneo a la adquisición de los bienes. E igualmente habrán de firmar una declaración en la que hagan constar: que actúan en tal condición de empresario o profesional; que tienen derecho a practicar la deducción total del impuesto; y que las operaciones se realizan en el marco de un proceso de urbanización de terrenos o de construcción o rehabilitación de edificaciones¹¹.

3. Reflexiones finales

A pesar de que en buena parte de los supuestos analizados susceptibles de llegar a plantearse la garantía se habrá otorgado con anterioridad a la iniciación del proceso ejecutivo del que se deriva la transmisión de un inmueble, no es necesario que la misma se haya otorgado con anterioridad. Piénsese, por ejemplo, en aquel supuesto en el que se ponen de manifiesto bienes o derechos durante el proceso ejecutivo y sobre los que se constituye una garantía a solicitud del ejecutante, tal y como sucede, por ejemplo, en aquellos casos en los que tiene lugar la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre un inmueble durante la fase ejecutiva.

De acuerdo con lo señalado en el párrafo tercero de la letra e) del artículo 84.Uno.2.º de la LIVA, la garantía real podrá respaldar, frente al acreedor garantizado, el cumplimiento de una obligación del otorgante de la misma, que será generalmente el deudor, pero también para responder de la obligación de un tercero, si el otorgante actúa para garantizar la deuda de un tercero¹².

¹¹ Se ha de tener presente además que, en caso de que existan varios contratistas principales, lo relevante a estos efectos es que la ejecución de obra llevada a cabo en su conjunto por todos ellos se realice en el marco de un proceso de urbanización de terrenos o de construcción o rehabilitación de edificaciones, sin que haya que atender a que cada una de las ejecuciones de obra llevadas a cabo por cada uno de los contratistas sean aisladamente consideradas como de urbanización, construcción o rehabilitación.

¹² Ciertamente la ejecución de la garantía se producirá, en buena parte de los casos, como consecuencia del incumplimiento por parte del deudor de la obligación garantizada. Sin embargo, no es necesario que este incumplimiento suponga un impago. Podrá tratarse en consecuencia de otros supuestos de incumplimiento de obligaciones distintos del propio impago de la deuda los cuales, hallándose previstos en el acuerdo de garantía, podrán dar lugar a la ejecución de la misma y a la transmisión del inmueble, siendo de aplicación el mecanismo de inversión del sujeto pasivo.

Dicha ejecución de la garantía podrá llevarse a cabo en vía judicial o, en su caso, por el procedimiento extrajudicial previsto en el artículo 129 de la LH¹³. En todo caso la finalidad de la ejecución de la garantía no es otra que utilizar la suma realizable con la venta del inmueble sobre el que recae la misma para extinguir, total o parcialmente, la correspondiente deuda. El adquirente podrá ser tanto un tercero al que, por ejemplo, el ejecutante le haya cedido el remate en los términos previstos en el artículo 647, apartado 3, de la LEC o, en su caso, el acreedor garantizado¹⁴.

Respecto de las restantes operaciones, esto es, entregas de inmuebles a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada con tales inmuebles o a cambio de la obligación de extinguir dicha deuda por el adquirente, al igual que en el supuesto anterior el transmitente no tiene que coincidir necesariamente con el deudor, sino que cabe que un tercero garantice con un bien inmueble de su propiedad el cumplimiento de una deuda contraída por otra persona. En dichos casos no es necesario que se incurra en incumplimiento de la obligación principal garantizada. Ahora bien las operaciones analizadas, generalmente, reflejan las dificultades financieras por las que atraviesa el deudor y que determinan que no pueda cumplir normalmente sus obligaciones en la forma pactada, todo lo cual conlleva que aquel se sirva del inmueble dado en garantía para de este modo liquidar la obligación garantizada ya que, en otro caso, la referida garantía sería ejecutada.

En estos supuestos, a pesar de que no se ejecute la garantía tendrá lugar la transmisión de inmuebles sobre los que pesa una garantía real. Con carácter general no es necesario que se incurra en incumplimiento de la obligación principal garantizada y se ejecute la garantía. Basta con la existencia de una intencionalidad objetiva de extinguir la deuda, ya sea en sede del transmitente o bien del deudor para que opere la aplicación del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo, al igual que sucederá cuando se mantenga la deuda viva por parte del transmitente, siempre que el adquirente del bien gravado se obligue directa o indirectamente a extinguir dicha deuda. En dichos supuestos la transmisión de los inmuebles vendrá motivada por la propia dificultad financiera del deudor de la deuda garantizada con el inmueble.

En todo caso el transmitente podrá ser el deudor o un tercero que haya garantizado con un bien inmueble de su propiedad el cumplimiento de la deuda contraída por el deudor. Por su parte el adquirente podrá ser el acreedor garantizado o un tercero.

La finalidad de estas entregas de un inmueble dado en garantía del cumplimiento de una deuda debe ser, en un caso, extinguir total o parcialmente tal deuda en sede del transmi-

¹³ Tal y como dispone el citado precepto la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados, pudiéndose también pactar en la escritura de constitución de la hipoteca la venta extrajudicial del bien hipotecado para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada.

¹⁴ En todos estos supuestos la cesión se articulará a través de comparecencia ante el secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, previa o simultáneamente al pago del precio del remate, haciéndose constar documentalmente.

tente o bien del deudor y, en el otro, que manteniéndose la deuda viva para el transmitente, el adquirente del bien gravado se obligue directa o indirectamente a extinguir dicha deuda. Asimismo el adquirente podrá ser el acreedor garantizado (por ejemplo, en daciones en pago) o un tercero. Tal y como ha puesto de manifiesto Álvarez Arroyo (2013, p. 5), el objetivo último perseguido no es otro que reforzar la seguridad jurídica de los operadores y establecer unas reglas claras de los supuestos en que procede la aplicación del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo cuando la transmisión del inmueble no sea consecuencia directa de la ejecución de la garantía.

Existiendo acuerdo entre las partes para extinguir la deuda garantizada mediante la entrega de diversos bienes inmuebles, algunos de los cuales no fue otorgado en garantía del cumplimiento de dicha deuda, el mecanismo de inversión del sujeto pasivo operará respecto de la totalidad de las transmisiones. E igualmente será de aplicación la inversión del sujeto pasivo cuando tenga lugar la entrega de un inmueble que se destine, simultáneamente, a extinguir la deuda garantizada con dicho inmueble y otras deudas. En cambio, tratándose de bienes inmuebles con la finalidad de extinguir las deudas garantizadas con tales inmuebles conjuntamente con otros inmuebles destinados a extinguir deudas sin garantía real, el mecanismo de inversión del sujeto pasivo solo operará respecto de aquellas transmisiones que tengan por objeto inmuebles gravados con un derecho de garantía¹⁵.

Dentro de estos supuestos procedería la inversión del sujeto pasivo, entre otros, en los siguientes casos. En primer lugar, en los supuestos de dación en pago con extinción total o parcial de la deuda. En este caso el acreedor garantizado acepta, para cumplimiento total o parcial de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste¹⁶. En segundo término, en la entrega de un inmue-

¹⁵ Tratándose de aquel supuesto en el que la entrega del inmueble garantizado cubra la cuantía de la deuda garantizada y exista remanente para satisfacer otras deudas del mismo deudor, de manera que la entrega del inmueble se destine, simultáneamente, a extinguir la deuda garantizada con dicho inmueble y otras deudas, será de aplicación el mecanismo de la inversión del sujeto pasivo. Y si el valor del inmueble que se transmitiese fuera superior a la deuda que garantiza, sería igualmente de aplicación el mecanismo de la inversión del sujeto pasivo. Ahora bien dicho mecanismo no será de aplicación en aquellos casos en que, conjuntamente con la transmisión de inmuebles garantizados con la finalidad de extinguir las deudas garantizadas, se transmitan otros inmuebles destinados a extinguir deudas sin garantía real. Y es que la aplicación del mecanismo de la inversión solo procederá respecto de la transmisión de los inmuebles con garantía real, pero no respecto de los demás inmuebles, aunque la transmisión se realice de forma conjunta o en virtud de un mismo contrato.

¹⁶ Señala a este respecto la DGT mediante contestación a la Consulta de 6 de noviembre de 2013 (V3264/2013 –NFC049577–) que, dada una concreta operación en virtud de la cual una entidad dedicada a la promoción para venta y alquiler de bienes inmuebles estudiaba entregar en pago de su deuda bancaria unas naves industriales que serían adquiridas por una empresa filial de la entidad bancaria, aceptando además esta última una quita de la diferencia debido a que el importe de tasación de los inmuebles no cubría la deuda, en dicho supuesto procederá la aplicación del mecanismo conocido como inversión del sujeto pasivo en virtud de lo previsto en el artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA,

ble dado en garantía del cumplimiento de una deuda con extinción total o parcial de dicha deuda para el transmitente o, en su caso, deudor, subrogándose el adquirente en la posición deudora de la relación obligacional (caso, por ejemplo, de la entrega efectuada por un empresario de un solar, que constituye la garantía de un préstamo, a otro empresario que se subroga en el préstamo hipotecario, se encuadraría en este caso).

Asimismo procedería la aplicación del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo en el caso de la entrega de un inmueble dado en garantía del cumplimiento de una deuda con extinción total o parcial de dicha deuda para el transmitente o, en su caso, deudor, mediante el pago de una contraprestación que se vincula necesariamente a dicha extinción. Así, por ejemplo, estaría incluida en este caso la entrega por el promotor de una edificación terminada, que constituye la garantía de un préstamo, a otro empresario a cambio de un precio que se destina a cancelar dicho préstamo hipotecario. E igualmente resultaría de aplicación dicho mecanismo tratándose de la entrega de un inmueble otorgado en garantía sin extinción de la obligación garantizada para el transmitente o en su caso deudor¹⁷.

En todos estos casos debe entenderse que el adquirente se obliga a extinguir la deuda garantizada, bien porque asume dicho compromiso de forma expresa, bien porque, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 118 de la LH, descuenta el importe de la deuda garantizada del precio de la entrega o retiene su importe, o bien porque, si paga todo el precio de la operación, tal pago del precio se entiende realizado con el acuerdo tácito de que el transmitente lo destine a extinguir la deuda garantizada¹⁸.

siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos: que el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto actúe con la condición de empresario o profesional; que las operaciones realizadas tengan la naturaleza jurídica de entregas constituyendo su objeto un bien inmueble que esté afectado en garantía del cumplimiento de una obligación principal; que dichas operaciones deban tratarse de entregas de bienes distintas de aquellas a las que se refieren los dos primeros supuestos contemplados en el propio artículo 84.Uno.2.º e) de la LIVA; y que las entregas realizadas deban ser consecuencia de la ejecución de la garantía constituida sobre los bienes inmuebles, si bien, la inversión del sujeto pasivo también se producirá en los casos de transmisión de inmuebles otorgados en garantía a cambio de la extinción total o parcial de la deuda garantizada o de la obligación de extinguir tal deuda por el adquirente. Añade asimismo la DGT en la citada resolución que, puesto que con carácter previo a la entrega del bien inmueble cuestionado la entidad de crédito condona parte de la deuda a la entidad consultante, dicha operación no se incluirá en la base imponible del impuesto en cuanto las cuantías condonadas respondan a una efectiva subvención no vinculada al precio entre la entidad de crédito acreedora y la entidad consultante. Y, por lo que respecta a la operación de venta del inmueble entre la entidad en cuestión y la filial de la entidad de crédito, la base imponible de la operación vendrá determinada por el importe de la contraprestación pactada entre ambas partes de acuerdo con las reglas generales del impuesto.

¹⁷ Se trataría concretamente de aquel supuesto en el que se produce la entrega de un inmueble otorgado en garantía sin extinción de la obligación garantizada para el transmitente.

¹⁸ Señala concretamente el citado artículo 118 de la LH que, en caso de venta de la finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubiesen pactado que el segundo se subrogará no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará

Por el contrario no se incluyen en el artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA, sin perjuicio de que sea de aplicación el mecanismo de inversión del sujeto pasivo en virtud de los guiones primero y segundo del referido precepto, las siguientes entregas: entregas efectuadas como consecuencia de un proceso concursal; y entregas exentas a que se refieren los apartados 20.º y 22.º del artículo 20.Uno en las que el sujeto pasivo hubiera renunciado a la exención.

En consecuencia, toda entrega de bienes inmuebles otorgados en garantía del cumplimiento de una obligación principal que tenga lugar en el marco de un procedimiento concursal o que, estando exenta del impuesto en virtud de lo previsto en el artículo 20.Uno, números 20.º y 22.º, de la LIVA, el sujeto pasivo hubiera renunciado a la exención, dará lugar a la aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo sin necesidad de que concurra alguno de los supuestos contemplados en el artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA. Así, por ejemplo, se excluyen del citado supuesto, siendo en todo caso de aplicación la inversión del sujeto pasivo conforme a lo previsto en el artículo 84.Uno.2.º e), segundo guion, de la LIVA, las siguientes transmisiones de bienes inmuebles gravados con un derecho de garantía que, estando exentas por resultar de aplicación lo previsto, respectivamente, en los números 20.º o 22.º de su artículo 20.Uno, se hubiera optado por su tributación al amparo de lo dispuesto en el apartado dos del mismo artículo 20 o, en su caso, en el artículo 163 *sexies*.Cinco del citado texto legal: entregas de terrenos rústicos o que no tengan la condición de edificables por no poderse calificar como solares o por no contar con la correspondiente licencia urbanística; entregas de terrenos urbanizados o en curso de urbanización que no tengan la consideración de edificables a efectos del IVA, siempre que la entrega se efectúe por un sujeto distinto al promotor de la referida urbanización; entregas de edificaciones por el promotor de su construcción o rehabilitación, cuando dicha entrega se produzca después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años bien por aquel bien por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo; y entregas de edificaciones por persona distinta al promotor de su construcción o rehabilitación.

En cambio, y mediante la adopción de un criterio interpretativo *a sensu contrario*, podría resultar de aplicación el supuesto de inversión del sujeto pasivo regulado en el artículo 84.Uno.2.º e), tercer guion, de la LIVA, de concurrir los restantes requisitos, a las siguientes transmisiones de bienes otorgados en garantía, entre otras: entregas de solares; entregas de terrenos respecto de los que haya sido otorgada la correspondiente licencia de edifica-

el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito. No obstante, si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado este en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado.

ción; entregas de terrenos urbanizados o en curso de urbanización realizadas por el promotor de dicha urbanización; entrega de edificaciones en curso de construcción; y entrega de edificaciones cuya construcción o rehabilitación esté terminada siempre que dicha entrega se realice por el promotor y aquellas no hayan sido utilizadas ininterrumpidamente por un plazo igual o superior a dos años por el transmitente o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo.

Como es lógico, siendo el objeto de la entrega una edificación en fase de construcción no serán aplicables los conceptos de primera o segunda entrega ni, en su caso, la aplicación de la exención, pudiendo producirse, no obstante, la aplicación a dicho supuesto del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo.

Produciéndose la transmisión de inmuebles que no sean edificaciones será posible la aplicación del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo. Y ello en tanto en cuanto, ya se trate de la primera o de ulterior entrega de inmuebles que no tengan la consideración de edificaciones, dicha operación quedará sujeta al IVA, sin que sea aplicable a la misma la exención contemplada en el artículo 20.Uno.22.¹⁹

De cualquier manera, al objeto de que opere la aplicación del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo en los supuestos de transmisión de inmuebles en ejecución de garantía, es necesario que se trate de una entrega distinta a la que la propia LIVA se refiere en los párrafos primero y segundo de la letra e) de su artículo 84.Uno.2.º. Y es que, tratándose de una segunda entrega de edificación o terreno rústico o no edificable con renuncia a la exención, operará en todo caso el mecanismo de la inversión del sujeto pasivo, al igual que sucederá, con independencia de que se trate de primera o segunda entrega, si esta se produce en el marco de un proceso concursal. Debe tratarse pues de una primera entrega de inmueble cuya construcción o rehabilitación haya finalizado o bien de la transmisión de solar o terreno urbanizado o en curso de urbanización cuando esta sea efectuada por su promotor.

En todo caso ha de producirse una comunicación expresa y fehaciente al transmitente de que está adquiriendo el bien inmueble dado en garantía en su calidad de empresario o profesional. Dicha comunicación habrá de tener lugar con carácter previo o simultáneo a la adquisición del bien, no siendo necesario que la misma se formalice en documento pú-

¹⁹ Dentro de los inmuebles cuya transmisión podrá dar lugar a la aplicación del mecanismo de la inversión por este supuesto, han de incluirse los solares o terrenos ya edificables a los que no es aplicable la exención y los terrenos urbanizados o en curso de urbanizador efectuado por el promotor de la edificación. Y si la transmisión del terreno en curso de urbanización se llevase a cabo por el promotor de la misma, dicha transmisión quedaría sujeta a IVA quedando, por tanto, abierta la aplicación del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo en el supuesto de que se diesen las circunstancias necesarias para considerar que la transmisión se efectúa en ejecución de garantía en los términos establecidos en la LIVA.

blico, siendo suficiente a tal efecto con una declaración privada como podría ser aquella suscrita y firmada por el adquirente de que actúa en calidad de empresario o profesional y afecta el inmueble a su patrimonio empresarial. Ahora bien, dicha comunicación no será necesaria en los supuestos en los que las citadas personas o entidades no actúen con la condición de empresario o profesional, en cuyo caso no operará el mecanismo de la inversión del sujeto pasivo.

Téngase presente, para finalizar, que la reforma articulada a través de la aprobación de la Ley 28/2014, de reforma de la LIVA, y del Real Decreto 1073/2014, por el que se modifica el RIVA, ha ampliado, en buena medida, el espectro de aplicación de la renuncia a la exención en las operaciones inmobiliarias, dado que se flexibiliza el cumplimiento del requisito que exige que el adquirente tenga derecho a la deducción de la cuota soportada por la operación. En este sentido basta que se le atribuya el derecho a efectuar la deducción total o incluso parcial de la cuota soportada en la operación o, cuando ni siquiera tuviera un derecho a la deducción parcial, que los bienes adquiridos vayan a ser utilizados total o parcialmente en la realización de operaciones que originen el derecho a la deducir, es decir, atendiendo al criterio de su destino efectivo. La nueva redacción otorgada al apartado 1 del artículo 8 del RIVA incluye expresamente en concordancia tanto la mención de que el derecho a la deducción puede ser parcial, como la referencia a que, en otro caso, cabrá la renuncia si el destino previsible a que se vayan a destinar los bienes habilita para el ejercicio del derecho a la deducción, ya total, ya parcial de la cuota.

Se dispone así la posibilidad de renunciar a la exención en las operaciones inmobiliarias aun cuando el destinatario no tenga pleno derecho a la deducción del IVA soportado, lo cual, junto con la aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo, ha de facilitar la realización de este tipo de operaciones, al eliminar la necesidad de financiar el tributo. De este modo se amplía el ámbito objetivo de la aplicación de la renuncia a las exenciones inmobiliarias, al no vincular la misma a la exigencia de que el empresario o profesional adquirente tenga derecho a la deducción total del impuesto soportado en función del destino previsible en la adquisición del inmueble, si bien se exige que dicho empresario tenga un derecho a la deducción total o parcial del impuesto soportado al realizar la adquisición o en función del destino previsible del inmueble adquirido.



Referencias bibliográficas

Álvarez Arroyo, R. (2013). Los nuevos supuestos de inversión del sujeto pasivo en el IVA: instrucciones de uso. *Carta Tributaria Monografías*, 6, 3-30.

Martín Martín, F. (2013). Las distorsiones del IVA motivadas por la normativa concursal: medidas correctoras introducidas por la

Ley 7/2012. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 364, 37-56.

Santolaya Blay, M. (2014). La inversión del sujeto pasivo del IVA en las ejecuciones de obra inmobiliarias. *Tribuna Fiscal*, 270, 30-36.



El ajuar doméstico en el impuesto sobre sucesiones

(La configuración del ajuar tras la nueva doctrina del Tribunal Supremo)

Félix Alberto Vega Borrego

*Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Madrid*

Extracto

El ajuar doméstico es un elemento que incide en la determinación de la base imponible del impuesto sobre sucesiones. Históricamente se ha presumido su existencia y la normativa lo ha valorado en un porcentaje (3 %) de los bienes del causante (el caudal relicto). Desde la Ley del impuesto sobre sucesiones y donaciones de 1987 se permite a los herederos acreditar su inexistencia o que su valor es inferior al derivado de la regla legal. Sin embargo, en la práctica, la prueba de lo contrario era muy difícil y en muy pocos casos la jurisprudencia ha considerado que se había probado fehacientemente su inexistencia o que su valor era inferior al que presume la norma. Uno de los motivos que generaba la dificultad probatoria es la propia delimitación del concepto de ajuar doméstico. El Tribunal Supremo (TS) ha dictado cinco sentencias en 2020 que modifican su posición sobre esta figura. La nueva doctrina del TS ha dejado prácticamente inaplicable esta figura, porque permite excluir de la base de cálculo todos aquellos bienes del causante respecto de los que los herederos prueben que no son bienes muebles afectos al uso personal o particular del causante. A estos efectos, el TS considera que se excluyen de la base de cálculo, sin necesidad de articular prueba alguna, los bienes del causante que suelen tener mayor valor, esto es, el dinero, los títulos (en los que se incluyen las acciones y participaciones societarias), los inmuebles y los bienes incorporales.

Palabras clave: impuesto sobre sucesiones; ajuar doméstico.

Fecha de entrada: 23-10-2020 / Fecha de aceptación: 06-11-2020 / Fecha de revisión: 06-11-2020

Cómo citar: Vega Borrego, F. A. (2020). El ajuar doméstico en el impuesto sobre sucesiones (La configuración del ajuar tras la nueva doctrina del Tribunal Supremo). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, 67-98.





The personal and household effects in the Spanish Inheritance Tax

(The new approach of the Supreme Court)

Félix Alberto Vega Borrego

Abstract

The so-called «personal and household effects» (*ajuar doméstico*) of the deceased is one of the tax base components of the Spanish inheritance tax. Historically, the Spanish legislation provides the following legal presumption: the deceased had «personal and household effects», the value of which amounted to three percent of the deceased's total property. The current Spanish inheritance tax Law, which was passed in 1987, allowed heirs to prove that the deceased had no «personal and household effects» or that its real value was lower than that provided by the legal presumption. However, in practice Spanish courts have hardly ever considered that an heir had proven that the deceased had no «personal and household effects» or that its value was lower than three percent of the deceased's total property. One of the reasons for the difficulty in proving this, is that the scope of the concept of «personal and household effects» is unclear. In 2020 the Spanish Supreme Court handed down five rulings that amend its previous position on the subject. The new doctrine had made this provision practically unenforceable, because it permits excluding from the basis of calculation all the deceased's assets that the heirs have proven not to be personal property intended for the deceased's personal or private use. In this regard, the Supreme Court considered that the following assets –which are normally the most valuable– are excluded from that basis of calculation without requiring any proof from a heir: money, securities (which include company shares), real property, and intangibles property.

Keywords: inheritance tax; personal and household effects.

Citation: Vega Borrego, F. A. (2020). El ajuar doméstico en el impuesto sobre sucesiones (La configuración del ajuar tras la nueva doctrina del Tribunal Supremo). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, 67-98.





Sumario

1. Introducción
 2. La posición de la doctrina y la jurisprudencia sobre el ajuar doméstico antes de la nueva doctrina
 3. Concepto de ajuar doméstico, base de cálculo y prueba de lo contrario en la nueva doctrina del TS
 - 3.1. Concepto de ajuar doméstico
 - 3.2. Base de cálculo del ajuar y prueba de lo contrario
 - 3.3. Bienes y derechos excluidos de la base de cálculo sin necesidad de prueba
 - 3.4. Consideraciones finales
 4. El ajuar doméstico y el principio de capacidad económica
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos DER2017-86971-P y PGC2018-099982-B-100, financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el FEDER.

1. Introducción

Los bienes que integran el ajuar doméstico inciden en la determinación de la base imponible del impuesto sobre sucesiones. Las reglas sobre su determinación y valoración están previstas en los artículos 15 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD), y 23 y 34 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (RISD). La aplicación en la práctica de este elemento de la base imponible del impuesto ha sido especialmente conflictiva.

Una de las cuestiones principales que ha generado controversia es la referente a la posibilidad, al menos en términos hipotéticos, que tiene el contribuyente de acreditar, bien la inexistencia de ajuar doméstico, bien que su valor es inferior al que se deriva de la regla de cálculo prevista legalmente. Así, el artículo 15 de la LISD «presume» en toda transmisión *mortis causa* la existencia del ajuar doméstico y lo cuantifica por un valor equivalente al 3 % del caudal relicto, salvo que el contribuyente acredite fehacientemente lo contrario¹:

El ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y se valorará en el tres por ciento del importe del caudal relicto del causante, salvo que los interesados asignen a este ajuar un valor superior o prueben fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje.

En estos casos lo que se discute es si el contribuyente ha acreditado de modo fehaciente la inexistencia del ajuar o que su valor es inferior al de la regla legal. Gran parte de las dificultades probatorias tienen su origen en la ausencia de una definición clara de los bie-

¹ Sobre las diferentes posturas doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de esta técnica presuntiva utilizada por el legislador *vid.* Rozas Valdés (1993a, pp. 255-257) y Casanova Curto (2018, pp. 9-12). A las mismas cabe añadir la postura de Marín-Barnuevo Fabo (1996, pp. 188 y ss.), que califica esta figura como un supuesto de verdad interina. Este tipo de normas suponen el establecimiento de una exención de prueba de determinados hechos, respecto de los cuales su mera alegación desencadenará una serie de efectos jurídicos, salvo que sean acreditados otros hechos que le sean incompatibles. De esta manera, lo que se consigue es admitir que se tenga por existente un presupuesto fáctico sin necesidad de prueba alguna, sin perjuicio de que en la fase probatoria pueda se pueda admitir prueba de lo contrario.

nes que conforman el ajuar doméstico, al menos a efectos fiscales (Marín-Barnuevo Fabo, 1996, p. 197). La ausencia de una definición precisa dificulta la complejidad intrínseca de probar un hecho negativo como es la inexistencia del ajuar o que su valor es inferior al derivado del artículo 15 de la LISD. Si no se conoce de forma clara su composición, difícilmente podrá el contribuyente articular prueba de lo contrario, porque desconoce respecto de qué bienes debe probar su inexistencia o valor a fin de fijar una cifra inferior a la que se deriva de la regla legal.

En este contexto, e íntimamente relacionado con lo anterior, se ha discutido también si se pueden excluir de la base de cálculo del 3 % determinados bienes que, por su propia naturaleza, no resultan idóneos para fijar el valor de los bienes que propiamente conforman el ajuar doméstico. En este sentido, por ejemplo, se ha pretendido excluir bienes como valores mobiliarios, depósitos, cuentas bancarias, préstamos y créditos. Sin embargo, la respuesta de la jurisprudencia había sido negativa. Destaca la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 20 de julio de 2016 (rec. núm. 790/2015 –NFJ063847–), que consideró que este tipo de bienes, en la medida en que formen parte del caudal relicto, se incluyen también en la base de cálculo del ajuar doméstico².

El escenario expuesto explica que en 2018 el TS admitiera cinco recursos de casación donde la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia era «determinar, a efectos de la presunción que establece el [art. 15 LISD], qué elementos o bienes deben entenderse incluidos dentro del concepto de ajuar doméstico»³. El Alto Tribunal resuelve estos recursos en las siguientes sentencias: 10 de marzo de 2020 (rec. núm. 4521/2017 –NFJ078087–), 19 de mayo de 2020 (rec. núm. 4938/2017), 19 de mayo de 2020 (rec. núm. 6027/2017 –NFJ077772–), 11 de junio de 2020 (rec. núm. 5939/2017) y 10 de septiembre de 2020 (rec. núm. 6053/2017)⁴.

El origen de estos asuntos no es exactamente el mismo, por lo que resulta oportuno explicar los antecedentes de los distintos recursos antes de analizar la doctrina fijada por el TS a través de las sentencias referidas.

En el primer grupo estaría exclusivamente el asunto número 4521/2017, que es el que el TS ha fallado en primer lugar a través de su Sentencia de 10 de marzo de 2020. La resolución aquí recurrida es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 23

² A esta sentencia del TS aluden la mayoría de los TSJ cuando se planteaba esta cuestión, con el fin de desestimar la pretensión del recurrente.

³ Vid. los Autos del TS de 29 de enero de 2018 (rec. núm. 5938/2017 –NFJ069316–), 7 de febrero de 2018 (rec. núm. 5939/2017), 7 de febrero de 2018 (rec. núm. 6053/2017), 28 de febrero de 2018 (rec. núm. 4521/2017) y 28 de febrero de 2018 (rec. núm. 6027/2017 –NFJ077773–).

⁴ A lo largo de este trabajo todas las referencias se harán, salvo que expresamente se diga lo contrario, a la primera sentencia del TS, esto es, la Sentencia de 10 de marzo de 2020 (rec. núm. 4521/2017 –NFJ078087–).

de febrero de 2017 (rec. núm. 741/2015 –NFJ068512–), referida a una herencia compuesta en su práctica totalidad por acciones de una sociedad. Los herederos mantenían que el valor de estas acciones no se podía tener en cuenta a efectos de aplicar la regla de cálculo del ajuar doméstico del artículo 15 de la LISD. Es significativo, además, que en este caso la base imponible por la que tributaron los herederos estaba formada casi de forma exclusiva por el valor del ajuar doméstico, dado que a la base imponible generada por las acciones heredadas era aplicable la reducción del 95 % del artículo 20.2 c) de la LISD.

No consta, al menos no a la vista del contenido de la sentencia del TSJ de Madrid, que en este procedimiento los herederos intentaran acreditar, bien la inexistencia de ajuar doméstico, bien que su valor era inferior al que se deriva de la regla del artículo 15 de la LISD. La argumentación de los recurrentes iba dirigida exclusivamente a sostener la imposibilidad de aplicar la regla del 3 % sobre todos los bienes del causante, puesto que consideraban que resultaban excluidos del concepto de ajuar doméstico los bienes no susceptibles de uso personal por el causante, «tales como los bienes generadores de renta, es decir, arrendados o incorporados a una explotación, y los bienes no susceptibles de llevar aparejado un ajuar, como las acciones y cuentas corrientes» (FJ 8 de la sentencia citada del TSJ de Madrid), particularmente los bienes no susceptibles de uso personal por el causante.

El TSJ de Madrid desestimó el recurso basándose en la doctrina previa del TS –en particular, la Sentencia ya citada de 20 de julio de 2016 (rec. núm. 790/2015 –NFJ063847–), que sostenía que el concepto de ajuar doméstico en el ámbito del ISD era un concepto autónomo, que no necesariamente tiene por qué coincidir con el del Derecho Civil o el utilizado por otros impuestos del ordenamiento tributario. Del mismo modo, se señala que la sentencia citada del TS, y otras del propio TSJ de Madrid, habían declarado que las acciones y participaciones societarias, en la medida en que formaran parte del caudal relicto, se incluyen también en la base de cálculo del ajuar doméstico del artículo 15 de la LISD. Por consiguiente, a juicio del TSJ de Madrid, resultaba improcedente sustraer de la base de cálculo de la regla del artículo 15 de la LISD los bienes alegados por los recurrentes, esto es, las acciones de una sociedad. Con todo, conviene insistir en que, en este caso, los herederos no intentaron probar la inexistencia del ajuar o que su valor, una vez determinada su composición, era inferior al que se deriva del artículo 15 de la LISD⁵.

En el segundo grupo están los cuatro asuntos restantes. En todos ellos las sentencias impugnadas proceden del TSJ del Principado de Asturias⁶. En estos asuntos la situación de

⁵ Concorre otra circunstancia de la que da cuenta la sentencia del TS que se pronuncia sobre la sentencia del TSJ de Madrid que, en este caso, lo que los causahabientes consideraban como ajuar doméstico se había atribuido, juntamente con otros bienes, al cónyuge superviviente en pago de su mitad de la sociedad de gananciales, por lo que no se incluyó en el inventario del caudal hereditario el ajuar doméstico o los bienes que conformaban el mismo.

⁶ Las cuatro Sentencias del TSJ del Principado de Asturias son de 31 de julio de 2017 y se han dictado en el marco de los recursos 563/2016 (NFJ069315), 564/2016, 565/2016 y 582/2016.

partida es diferente. El TSJ del Principado de Asturias consideró que en este caso no procedía valorar el ajuar según la regla del artículo 15 de la LISD, toda vez que los herederos habían probado de forma específica la composición del ajuar del causante y que su valor era inferior al del artículo 15 de la LISD. Siendo esto así, procedía liquidar el impuesto no con el valor del artículo 15 de la LISD, sino con el valor acreditado por los contribuyentes. En todos sus pronunciamientos, el TSJ del Principado de Asturias concluyó que se había probado suficientemente la composición y valor del ajuar doméstico:

[...] con acta notarial de presencia, con el debido detalle, completada con informe pericial de valoración, y la prueba testifical practicada en autos, donde se describen los bienes que forman parte del ajuar doméstico del causante y que por tanto pudieron formar parte de la base imponible del impuesto. La descripción iba acompañada de un reportaje fotográfico en relación a los mismos (FJ 3 de las cuatro sentencias del TSJ del Principado de Asturias).

Como puede verse, en este segundo grupo la cuestión de partida no era tanto los bienes sobre los que se podía aplicar la regla del 3 % del artículo 15 de la LISD para calcular el ajuar doméstico, sino si el contribuyente había probado suficientemente un valor diferente e inferior del que se deriva de la regla legal.

A pesar de que la cuestión controvertida no es la misma en cada uno de los dos grupos, el TS admite los recursos de casación en los mismos términos, fijando en las sentencias dictadas la misma doctrina que, como veremos, supone romper con la posición que había mantenido hasta la fecha, tanto por el propio TS como por el resto de pronunciamientos judiciales y administrativos. Este punto de inflexión no tiene tanto que ver con la posibilidad, al menos en términos teóricos, de acreditar la inexistencia de ajuar o un valor inferior al de la regla legal, sino con la cuestión de qué bienes del causante se incluyen en la base cálculo de la regla del 3 %.

Las sentencias referidas del TS fijan la siguiente doctrina sobre el ajuar doméstico en el impuesto sobre sucesiones:

1. El ajuar doméstico comprende el conjunto de bienes muebles afectos al servicio de la vivienda familiar o al uso personal del causante, conforme a las descripciones que contiene el art. 1321 CC, en relación con el art. 4.4 LIP, interpretados ambos en relación con sus preceptos concordantes, conforme a la realidad social, en un sentido actual.
2. En concreto, no es correcta la idea de que el tres por ciento del caudal relicto que, como presunción legal, establece el mencionado art. 15 LISD, comprenda la totalidad de los bienes de la herencia, sino solo aquellos que puedan afectarse, por su identidad, valor y función, al uso particular o personal del causante, con exclusión de todos los demás.

3. Las acciones y participaciones sociales, por no integrarse, ni aun analógicamente, en tal concepto de ajuar doméstico, por amplio que lo configuremos, no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de aplicar la presunción legal del 3 por ciento.

4. El contribuyente puede destruir tal presunción haciendo uso de los medios de prueba admitidos en Derecho, a fin de acreditar, administrativa o judicialmente, que determinados bienes, por no formar parte del ajuar doméstico, no son susceptibles de inclusión en el ámbito del 3 %, partiendo de la base de que tal noción solo incluye los bienes muebles corporales afectos al uso personal o particular, según el criterio que hemos establecido. En particular, no está necesitada de prueba la calificación de los bienes por razón de su naturaleza, que la Administración debe excluir. En otras palabras, sobre el dinero, títulos, los activos inmobiliarios u otros bienes incorporeales no se necesita prueba alguna a cargo del contribuyente, pues se trata de bienes que, en ningún caso, podrían integrarse en el concepto jurídico fiscal de ajuar doméstico, al no guardar relación alguna con esta categoría.

Como tendremos oportunidad de analizar en este trabajo, se trata de una doctrina de gran relevancia porque, además de delimitar el alcance del concepto del ajuar doméstico, señala una serie bienes que materialmente quedarían excluidos de la base de cálculo de la regla del artículo 15 de la LISD, al exonerar al contribuyente de la prueba de lo contrario a la que se refiere el tenor literal de dicho precepto.

Es quizás esta cuestión uno de los aspectos más polémicos de estas sentencias del TS, como pone de manifiesto el voto particular formulado en todas ellas. En efecto, el objeto de estos recursos de casación era delimitar el concepto de ajuar doméstico –cuestión que facilita enormemente la prueba de lo contrario que puede articular el contribuyente–, y no tanto «modificar» el sentido de la norma de valoración que contiene el artículo 15 de la LISD⁷. Como señala el voto particular, la nueva posición del TS se aleja «de la anterior línea doctrinal, desactivando absolutamente las presunciones recogidas en su texto, despojándole de contenido material alguno y haciéndolo inaplicable en la práctica».

Antes de entrar a analizar el alcance de esta «nueva doctrina» y el contexto en que se pronuncia, es conveniente hacer una breve referencia a cómo resuelve el TS cada asunto en aplicación de la misma, toda vez que, como se expuso anteriormente, el origen de los asuntos era bien distinto.

Por lo que se refiere a la primera sentencia, la de 10 de marzo de 2020 (rec. núm. 4521/2017 –NFJ078087–), la aplicación de la doctrina jurisprudencial es plenamente coherente con la

⁷ Las cinco sentencias cuentan con un voto particular idéntico, que es formulado por tres de los magistrados de la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que es la que ha dictado dichas sentencias.

cuestión que se planteaba. Lo que proponían los recurrentes es que la regla del 3 % no se podía aplicar sobre todos los bienes del caudal relicto y, en particular, sobre las acciones y participaciones sociales dejadas por el causante. En aplicación de la «nueva doctrina», la sentencia del TS estima el recurso de los contribuyentes y anula la sentencia del TSJ de Madrid, que era la sentencia impugnada en este caso, y que consideró correcto incluir en la base de cálculo del ajuar doméstico todos los bienes del caudal relicto, incluso si se trataban de acciones y participaciones sociales.

Las sentencias restantes se refieren a los asuntos que procedían del TSJ del Principado de Asturias. Aquí la resolución del asunto por parte del TS se aleja sensiblemente de la cuestión planteada. Hay que recordar que el TSJ del Principado de Asturias dio la razón a los contribuyentes porque consideró que habían destruido la «presunción» del artículo 15 de la LISD, probando que los bienes que formaban parte del ajuar doméstico del causante tenían un valor inferior al que se deriva de la regla legal. Pues bien, la sentencia del TS resuelve este recurso de la misma forma que el anterior cuando, en buena lógica, lo que debería haber decidido es si, efectivamente, el concepto de ajuar doméstico manejado por el TSJ del Principado de Asturias se corresponde con el concepto de ajuar doméstico que fija en su doctrina.

Las sentencias del TS no descienden a este nivel y se limitan a confirmar la sentencia del TSJ del Principado de Asturias, que en este caso había sido recurrida por la Administración tributaria asturiana. Recuerdan también las sentencias que no podía ser objeto de valoración en el marco del recurso de casación si los medios de prueba aportados al proceso y la convicción que de ella resultó para el TSJ del Principado de Asturias eran o no conforme a Derecho. Como veremos, la nueva doctrina, cuando se refiere a la posibilidad de que el contribuyente pruebe lo contrario, no hace alusión tanto a la posibilidad de acreditar un valor diferente al que se deriva de la regla del 3 %, sino a la prueba dirigida a acreditar que la naturaleza de determinados bienes impide incluir su valor en la base sobre la que se aplica dicho 3 %. Es importante lo anterior, porque en los asuntos que dan origen a este segundo grupo de sentencias del TS, lo que sucedió es lo primero, esto es, se acreditó que la composición y valor del ajuar doméstico del causante era inferior al monto que resultaba de calcular el 3 % de su caudal relicto, en el que se incluían todos los bienes del mismo.

El diferente origen que tiene este segundo grupo explica también que el voto particular sea parcialmente diferente –*vid.*, sobre todo, el voto particular de la Sentencia de 19 de mayo de 2020 (rec. núm. 6027/2017 –NFJ077772–). Este voto particular, tras reproducir de forma íntegra el formulado contra la primera sentencia del TS, señala que la sentencia de instancia del TSJ del Principado de Asturias resolvió correctamente el litigio, porque, sin modificar la interpretación hasta ahora vigente del artículo 15 de la LISD, consideró que no procedía en este caso imputar en la base imponible el 3 % del caudal relicto, toda vez que los herederos acreditaron tanto la composición como el valor del ajuar doméstico del causante, siendo este valor inferior al que se deriva de la aplicación automática de la regla del 3 %.

2. La posición de la doctrina y la jurisprudencia sobre el ajuar doméstico antes de la nueva doctrina

La regulación vigente del ajuar doméstico ha sido ampliamente estudiada y criticada por la doctrina académica⁸. Son varias las críticas que se han formulado.

En primer lugar, la ausencia de una definición precisa de los bienes que conforman el ajuar doméstico, lo que dificulta tanto la prueba sobre su inexistencia como la de que su valor es inferior al que se deriva del artículo 15 de la LISD.

El concepto de ajuar doméstico no aparece definido en la LISD. Esta circunstancia, como señaló tanto la doctrina académica como jurisprudencial, no permitía por sí misma identificar el «ajuar fiscal» con el concepto de ajuar del artículo 1.321 del Código Civil (CC)⁹. Este precepto se refiere a una serie de bienes que, en caso de que el causante estuviera casado, tienen que entregarse obligatoriamente al cónyuge superviviente, con independencia del régimen económico del matrimonio y de los derechos que dicho cónyuge superviviente tenga sobre la herencia –de hecho estos bienes ni siquiera se imputan a la parte que pueda recibir el cónyuge superviviente como causahabiente de la persona fallecida–. Según el citado artículo 1.321 del CC, los bienes que forman parte de esta suerte de «legado legal» son «las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos», no entendiéndose incluido en los mismos «las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor».

Por otra parte, la imposibilidad de identificar el concepto de ajuar doméstico del artículo 15 de la LISD con el ajuar al que se refiere el artículo 1.321 del CC vendría confirmada por la propia regulación del impuesto, pues el artículo 34.3 del RISD prevé que a la cuantía que se derive del artículo 15 de la LISD se minorará el valor de los bienes a los que se refiere precisamente el artículo 1.321 del CC, estableciendo a tal efecto una regla objetiva de valoración (Rozas Valdés, 1993a, p. 266). Dicho valor es el 3 % del valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio, salvo que se acredite que el ajuar del artículo 1.321 del CC tuviera un valor superior:

3. Para el cálculo del ajuar doméstico en función de porcentajes sobre el resto del caudal relicto, no se incluirá en este el valor de los bienes adicionados en virtud de lo dispuesto en los artículos 25 a 28 de este Reglamento ni, en su caso, el de las donaciones acumuladas, así como tampoco el importe de las cantidades

⁸ Sin ánimo de exhaustividad, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: Agulló Agüero (1988), Rozas Valdés (1993a), Muñoz del Castillo (2005), Fernández Junquera (2006), Tovillas Morán (2011) y Peña Alonso (2013).

⁹ *Vid.*, por todas, la Sentencia del TS de 20 de julio de 2016 (rec. núm. 790/2015 –NFJ063847–).

que procedan de seguros sobre la vida contratados por el causante si el seguro es individual o el de los seguros en que figure como asegurado si fuere colectivo.

El valor del ajuar doméstico así calculado se minorará en el de los bienes que, por disposición del artículo 1.321 del Código Civil o de disposiciones análogas de Derecho civil foral o especial, deben entregarse al cónyuge sobreviviente, cuyo valor se fijará en el 3 por 100 del valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio, salvo que los interesados acrediten fehacientemente uno superior.

Dada la ausencia de una definición del ajuar doméstico en el artículo 15 de la LISD, y la imposibilidad de identificarlo con el ajuar regulado en el artículo 1.321 del CC, la mayoría de la doctrina jurisprudencial, administrativa y científica entendieron que para dotarlo de contenido había que acudir a la regulación del impuesto sobre el patrimonio (IP)¹⁰. Esta posición tiene todo su sentido, entre otros motivos, porque la LISD, hasta la aprobación de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (LIP), no contemplaba una regla de valoración propia del ajuar doméstico, sino que se remitía a la prevista en la regulación del IP. Dado que la LIP de 1991 declaró exento el ajuar doméstico, se modificó el artículo 15 de la LISD para incluir una regla de valoración propia, a la vista de la desaparición de la regla de valoración –que no del concepto– contenida en el ámbito del IP¹¹.

El artículo 4.4 de la LIP define el ajuar doméstico como «los efectos personales y del hogar, utensilios domésticos y demás bienes muebles de uso particular del sujeto pasivo», exceptuando de los mismos los bienes de los artículos 18 y 19 de la LIP: joyas, pieles de carácter suntuario, vehículos, embarcaciones, aeronaves, objetos de arte y antigüedades. Con esta remisión a la LIP, el ajuar doméstico del artículo 15 de la LISD –el «ajuar fiscal»– comprendería todos aquellos bienes muebles de uso particular del causante, con exclusión de los señalados en los artículos 18 y 19 de la LIP¹².

¹⁰ Vid. las contestaciones de la Dirección General de Tributos a las Consultas V0512/2006, de 28 de marzo (NFC022060), y V0832/2017, de 4 de abril (NFC065024). Respecto a la doctrina, se trata de una posición común, como se puede contrastar en las obras citadas en este trabajo.

¹¹ Con todo, hay que significar que en la regulación del IP anterior a la LIP de 1991, esto es, la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, no se contemplaba una definición del ajuar doméstico. Simplemente se regulaba en el artículo 6 h) una regla de valoración que no admitía prueba en contrario. Esta situación era similar a la de la normativa del ISD anterior a la LISD de 1987. En efecto, el artículo 24.2 del Decreto 1018/1967, de 6 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, fijaba el ajuar doméstico en un 3% del caudal relicto, no permitiendo, a diferencia de lo que sucede en la normativa vigente, acreditar al contribuyente su inexistencia o un valor inferior al de dicha regla. Si se permitía, al igual que sucede ahora, asignarle un valor superior al derivado de la regla del 3%.

¹² Caamaño Anido y Peña Alonso (2002) (art. 15). Escribano López (1985, pp. 146-147) ha criticado con razón la falta de sistemática de la relación de bienes excluidos del ajuar doméstico. Por un lado, por la existencia de otros tipos de elementos distintos a los excluidos que cumplen con los requisitos del concepto genérico y, por otro, por la imprecisión que presenta alguno de los bienes expresamente excluidos.

Como destacó la doctrina, se trata de una definición ciertamente imprecisa, lo que incrementa la dificultad de articular la prueba en contrario. A ello se le unía la dificultad intrínseca que entraña probar un hecho negativo como es la inexistencia de ajuar doméstico.

Esta situación explica que la jurisprudencia en raras ocasiones haya admitido los medios de prueba esgrimidos por el contribuyente para intentar desvirtuar la existencia del ajuar o, alternativamente, su menor valor al que se deriva de la regla del artículo 15 de la LISD¹³. Entre estos pronunciamientos, resalta, por ejemplo, el caso en que se mantuvo la existencia y valoración del ajuar conforme al artículo 15 de la LISD a pesar de que el causante vivía, antes de su fallecimiento, en una residencia para personas de la tercera edad y el único elemento de la masa hereditaria era una cuenta corriente¹⁴.

Este escenario explica que en los pocos casos en que se ha admitido que el contribuyente había desvirtuado el valor que se deriva del artículo 15 de la LISD han sido como consecuencia de exigir una serie de medios de prueba que, en la mayoría de las herencias, pueden resultar desproporcionados. En efecto, los casos a los que nos referimos son en los que los herederos elaboraron un inventario en un momento próximo al fallecimiento del causante donde se detallaban los bienes que técnicamente se corresponden con el concepto de ajuar del artículo 4.4 de la LIP –en la elaboración de este inventario normalmente intervenía un fedatario público–. Este inventario incluía, además, una valoración individualizada de los mismos respaldada por un perito o una entidad de tasación. Sucede además que, en estos casos, a pesar de que los herederos habían desarrollado esta ingente labor de inventario y valoración, ni siquiera la Administración tributaria competente admitió como prueba suficiente a los efectos del artículo 15 de la LISD, como acredita el hecho de que finalmente tuvieron que impugnar los actos dictados para obtener la razón en la vía administrativa o judicial de impugnación¹⁵. Buen ejemplo de ello son las cuatro sentencias del TSJ del Principado de Asturias que hemos calificado en el epígrafe 1 de este trabajo como el segundo grupo de sentencias sobre las que se pronuncia el TS.

¹³ Esta circunstancia es destacada por todos los trabajos doctrinales citados, que analizan las resoluciones administrativas y judiciales existentes en cada momento. De forma específica, *vid.* Tovillas Morán (2011) y Casanova Curto (2018).

¹⁴ *Vid.* la Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de mayo de 2016 (rec. núm. 902/2014 –NFJ063683–) y las consideraciones que realiza Rovira Ferrer (2018, epígrafe 5).

¹⁵ El propio Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) ha señalado en su Resolución de 9 de febrero de 2017 (RG 3615/2015 –NFJ065569–), que cuando el contribuyente presenta una prueba de esta naturaleza «la Administración no puede pretender no realizar ninguna tarea comprobadora y mantenerse, a efectos de la regularización, en la previsión del valor señalada en el [art. 15 LISD]» (FJ 2). Con todo, la propia resolución del TEAC señala que:

[...] aunque un informe elaborado a instancia de parte por una persona o entidad privada no puede ser investido con fuerza probatoria absoluta de los hechos que se afirman *per se*, sí es suficiente para enervar al menos el automatismo que despliega, en cuanto a la valoración del ajuar doméstico, el [art. 15 LISD] (FJ 2).

Esta situación entronca directamente con la regla de valoración que prevé el artículo 15 de la LISD, que ha sido también ampliamente criticada por la doctrina. Como ya se ha indicado, este artículo valora lo que denomina como «ajuar doméstico» de forma objetiva aplicando un porcentaje del 3 % sobre el valor del resto de bienes que conforma la masa hereditaria, con independencia de cuál fuera su composición.

Esta regla, como ha señalado la doctrina, resulta desproporcionada porque no hay ningún elemento lógico que permita establecer una relación constante entre el caudal relicto y lo que se puede considerar como ajuar, aun tomando la definición que del mismo prevé la LIP (Rozas Valdés, 1993a, p. 256). De hecho, la propia regulación del ISD resulta incoherente a estos efectos, pues para valorar la minoración que se deriva del ajuar referido en el artículo 1.321 del CC solo toma como referencia el valor catastral del inmueble donde residía el causante casado y, sin embargo, a efectos del artículo 15 de la LISD, el porcentaje se aplica sobre todos los bienes, con independencia de su naturaleza¹⁶. Lo razonable hubiera sido que la LISD dispusiera la aplicación de dicho porcentaje solo con respecto al valor de los inmuebles del causante, que es donde se suelen encontrar sus efectos personales de uso particular, y no de manera indiscriminada sobre el valor de todos los bienes del causante. El hecho de que ello no sea así justifica plenamente las críticas doctrinales a este precepto, revelando también cuál es su verdadera finalidad que, como veremos, es de carácter antifraudatorio.

Esta forma de valorar este componente que, bajo la denominación del «ajuar doméstico» incide finalmente en la base imponible y en la recaudación del ISD, no es algo que se incorporara por primera vez a la imposición de las adquisiciones *mortis causa* de la LISD de 1987. Esta fórmula la reintrodujo el legislador en el año 1940 (Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940), a la vista de que su eliminación en la etapa inmediatamente anterior había dado lugar a una reducción significativa de la recaudación propiciada fundamentalmente en la falta de declaración por parte de los contribuyentes de la composición

¹⁶ Fernández Junquera (2006, epígrafe 3.d) se pregunta:

[...] qué bienes configuran «el resto del ajuar», porque si no hay otros bienes del mismo tipo, como es el supuesto más general, nos encontramos con que un mismo ajuar tiene dos valoraciones distintas dentro de un mismo impuesto, una para el cónyuge sobreviviente (3 % del valor catastral de la vivienda) y otra para los herederos (3 % por ciento del caudal relicto), con efectividad además para ambos puesto que uno se deduce del otro.

Ello le lleva a afirmar que las reglas de valoración de los artículos 15 de la LISD y 34.3 del RISD vulneran los principios:

[...] de igualdad y generalidad porque el mismo bien lo valoran de forma diferente según sea el sujeto al que se le imputa, y por último, el de capacidad contributiva porque a la postre, el valorar un mismo bien de forma diferente dentro de un mismo impuesto supone en el fondo, reconocer que la propiedad del citado bien manifiesta una capacidad contributiva diferente en cada caso, lo que no puede resultar admisible.

real de los bienes y derechos propiedad del causante, particular que resultaba difícilmente de controlar y valorar por la Administración tributaria¹⁷.

Como consecuencia de ello, el legislador introdujo una regla similar a la actual, que se caracteriza por ser una norma de simplificación basada en consideraciones antidefraudatorias y de practicabilidad (Del Castillo Álvarez-Cedrón, 1970, p. 146). Así, como ha señalado Rozas Valdés, se presupone que todo causante tiene bienes y enseres personales suntuarios que no van a ser declarados por los herederos y cuyo control y valoración resulta complejo para la Administración (Rozas Valdés, 1993a, p. 266)¹⁸. Este potencial fraude lo valora el legislador en el 3 % del caudal relicto, de modo que se finge que el caudal del causante que reciben los causahabientes, a los efectos del impuesto sucesorio, supera en un porcentaje siempre al que declaran. A ello se le une la dificultad de acreditar lo contrario, lo cual da lugar a una suerte de automatismo difícilmente compatible con el principio de capacidad económica¹⁹.

En este contexto hay que destacar que en la regulación anterior a la LISD vigente de 1987, ni siquiera se admitía la prueba en contrario que ahora establece el artículo 15 de la LISD, dato que es muy relevador de la verdadera finalidad de la norma que realmente no pretendía gravar el ajuar doméstico²⁰. Con toda probabilidad, la Ley de 1987 introdujo la posibilidad de probar lo contrario (inexistencia de ajuar o valor inferior al de la regla legal) para evitar los problemas que podría causar este elemento del impuesto con el principio de capacidad económica²¹. Es relevante destacar que esta posibilidad se incluyó durante

¹⁷ Sobre los antecedentes históricos *vid.* García de Pablos (2010, pp. 15 y ss.), López-Rendo Rodríguez (2015, pp. 231-252) y Casanova Curto (2018, pp. 2-5).

¹⁸ En un trabajo posterior, Rozas Valdés (1993b) señala que:

[...] el ajuar doméstico [es] un porcentaje estimado a tanto alzado de lo que previsiblemente se ha traído del valor real de la herencia. Con la particularidad de que es desproporcionado en la cuantía e indiscriminado en su aplicación. Además de no tener un fundamento objetivo en una capacidad económica real, por cuanto no obedece a una porción cierta del caudal relicto, no trae causa de una materia imponible identificable. [...] Todo lo anterior evidencia la necesidad de erradicar este componente imponible de naturaleza fantasmagórico, denominado ajuar doméstico, de la ordenación del ISD.

¹⁹ Herrera Molina (1998, p. 377) ha indicado que «estamos ante una norma de simplificación basada en consideraciones antidefraudatorias y de practicabilidad que restringe el derecho a contribuir con arreglo a la capacidad económica efectiva», ya que «el legislador tiene en cuenta la normal existencia de un cierto ajuar doméstico, difícil de inventariar y de imposible control por la Administración, y pretende someterlo a gravamen mediante un criterio de cuantificación a tanto alzado».

²⁰ Marín-Barnuevo Fabo (1996, p. 198) ha señalado que cuando no era posible probar la inexistencia de ajuar o que su valor era inferior al 3 % del caudal relicto, la calificación de esta figura no sería la de verdad interina sino la de regla de valoración mínima.

²¹ Como ha señalado Herrera Molina (1998, p. 377), «las presunciones *iuris tantum* no se oponen [al principio de capacidad económica y al derecho a la tutela judicial efectiva], dado que la posibilidad de prueba en contrario excluye la indefensión y permite que el contribuyente tribute con arreglo a su capacidad económica».

la tramitación parlamentaria de la ley, dado que no estaba en el proyecto de ley que el Gobierno remitió a las Cortes Generales²².

Con estos antecedentes podemos abordar el análisis de la sentencia que, como veremos, reinterpretan totalmente el artículo 15 de la LISD (Falcón y Tella, 2020), convirtiéndolo en un precepto inaplicable en la práctica, en la medida en que no resultará posible aplicar el 3 % sobre ninguno de los bienes que conforme el caudal relicto, a salvo de los que por su propia naturaleza se puedan considerar que forman parte del mismo. Esta interpretación produce un resultado paradójico: que la base de esta técnica presuntiva esté formada por el propio valor de lo que se quiere valorar con ella.

3. Concepto de ajuar doméstico, base de cálculo y prueba de lo contrario en la nueva doctrina del TS

3.1. Concepto de ajuar doméstico

El TS aborda en primer lugar el alcance del concepto del ajuar doméstico del artículo 15 de la LISD. Esta cuestión, como hemos visto, goza de todo su interés, porque difícilmente sería practicable la prueba en contrario que contempla el artículo 15 de la LISD si no se sabe respecto de qué bienes hay que probar su inexistencia o, de existir, cuál es su valor.

La sentencia niega que la LISD incorpore un concepto autónomo de la figura del ajuar doméstico, lo que nos parece totalmente lógico. El artículo 15 de la LISD no define este concepto, pues se limita a presumir la existencia del ajuar y a establecer una regla de valoración, que fija, salvo prueba en contrario, en el 3 % del caudal relicto.

Una vez aclarado este extremo, que no plantea ninguna discusión, el TS trata de identificar esta figura con la concepción del ajuar a la que se refieren el artículo 1.321 del CC y el artículo 4.4 de la LIP, sin decantarse claramente por uno u otro. En efecto, en el fundamento de derecho donde se fija la doctrina jurisprudencial se limita a señalar lo siguiente (FJ 4):

El ajuar doméstico comprende el conjunto de bienes muebles afectos al servicio de la vivienda familiar o al uso personal del causante, conforme a las descripciones que contiene el artículo 1321 del Código Civil, en relación con el artículo 4, Cuatro

²² La modificación se introdujo durante la tramitación en el Congreso, mediante la aprobación de la enmienda número 257, del Grupo Parlamentario Socialista. Como consecuencia de esta modificación quedaron admitidas otras enmiendas similares de otros grupos parlamentarios. *Vid.* Boletín de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, del 25 de mayo de 1987, núm. 20-6, Informe de la ponencia: 12 1/000022 Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, página 128.

de la LIP, interpretados ambos en relación con sus preceptos concordantes, conforme a la realidad social, en un sentido actual.

La opción por uno u otro precepto no es intrascendente, en la medida en que, como reconoce la propia sentencia en otro de sus pasajes (FJ 4, apartado 2), el concepto que maneja el artículo 4.4 de la LIP es más amplio que el del artículo 1.321 del CC, dado que la definición de la LIP comprende todos los bienes muebles de uso particular del causante y no solo los que se encuentran, de tenerla, en su vivienda familiar. Consideramos que la opción por uno u otro concepto debe resolverse necesariamente a favor del concepto del artículo 4.4 de la LIP.

En primer lugar, porque el artículo 1.321 del CC trata la figura del ajuar por referencia solo a los casos en que el causante estaba casado y tenía con el cónyuge supérstite una vivienda habitual. Dado que no todos los causantes tienen por qué reunir las circunstancias subjetivas a las que se refiere el CC en su artículo 1.321, parece razonable acudir al concepto del artículo 4.4 de la LIP, que define el concepto con independencia del estado civil, lugar y régimen de convivencia del contribuyente –lógicamente, esta referencia en el ámbito del ISD alude no a los contribuyentes de este impuesto (los causahabientes), sino al causante–.

En segundo lugar, la referencia hay que entenderla al concepto del artículo 4.4 de la LIP, con el fin de dar coherencia al artículo 34 del RISD con el artículo 15 de la LISD. El artículo 34 del RISD, al efecto de cuantificar el ajuar doméstico según el artículo 15 de la LISD, permite deducir el valor de los bienes que refiere el artículo 1.321 del CC a través de una fórmula objetiva de cuantificación –el 3 % del valor catastral de la vivienda habitual–. Como ya hemos explicado, el artículo 1.321 del CC se refiere a una serie de bienes que, en caso de que el causante estuviera casado, tienen que entregarse obligatoriamente al cónyuge supérstite, con independencia del régimen económico del matrimonio y de los derechos que dicho cónyuge supérstite tenga sobre la herencia.

Si se identifica el concepto de ajuar doméstico del ISD solo con el que se desprende del artículo 1.321 del CC, se produciría la chocante situación que se estaría deduciendo del ajuar doméstico el valor –cuantificado de manera objetiva– de los mismos bienes que se pretenden valorar. De hecho, en algunos casos podría darse la paradoja de que el ajuar doméstico fuera negativo, como sucedería cuando el único bien que forma parte del caudal relicto es la vivienda habitual del causante y su valor real en el momento de fallecimiento es inferior al valor catastral asignado al mismo.

Ejemplo 1

El único bien del causante es un inmueble con un valor real de 150.000 euros en el momento del fallecimiento. Catastralmente supongamos que tiene asignado un valor de 180.000

euros. El valor del ajuar doméstico conforme al artículo 15 de la LISD ascendería a 4.500 euros (3 % de 150.000 €), importe al que habría que restar 5.400 euros (3 % de 180.000 €), según el artículo 34 del RISD. De acuerdo con lo anterior, el valor del ajuar doméstico sería negativo, esto es, - 900 euros.

Pues bien, si se identifica el concepto de ajuar doméstico del ISD con el significado que prevé la LIP, puede concluirse que la sentencia del Alto Tribunal no altera materialmente la posición que venía manteniéndose tanto por el propio TS como por la jurisprudencia menor y la doctrina administrativa y científica.

Con todo, la definición del ajuar doméstico en el ISD por remisión al artículo 4.4 de la LIP seguiría planteando los mismos problemas señalados al principio, esto es, se trata de una definición ciertamente imprecisa, particular que incide directamente en la dificultad de articular la prueba en contrario. Del mismo modo, seguirían siendo aplicables las críticas ya expuestas, esto es, la desproporción de la regla de valoración y su aplicación cuasiau-tomática, dada las dificultades que presenta tanto la prueba de la inexistencia de ajuar doméstico como la prueba de que su valor es menor al del artículo 15 de la LISD.

La propia sentencia del TS se hace eco de estos problemas, como se puede leer en su FJ 3:

6) [...] la previsión del artículo 15 LISD en cuanto a la posibilidad de prueba en contrario, que sería virtualmente imposible, una *diabolica probatio*, si aceptamos el criterio de que el ajuar doméstico equivale inexorablemente, a todo trance, al 3 por 100 de todos los bienes del caudal relicto, cualesquiera que fueran su naturaleza, valor o afectación a la vivienda o a las personas. De ser así, [...] el caudal relicto sería, adicionado en ese 3 por 100 puramente ficticio, exactamente del 103 por 100 de sí mismo, sin posible alteración por vía probatoria. Debe rechazarse, por absurda, tal conclusión jurídica.

6) Además de ello, late en esa concepción del ajuar doméstico, al menos potencialmente, una posibilidad de quiebra del principio de capacidad económica (art. 31.1 CE) y, eventualmente, del de igualdad tributaria, pues resultaría indiferente, para la ley, tanto el origen como la naturaleza y función de los bienes y su ajuste o identificación con la idea esencial o genuina de ajuar doméstico, pues se gravaría con mayor carga fiscal a quienes, ante un mismo valor de su patrimonio neto, no tuvieran ajuar doméstico en ese sentido propio o natural, o lo tuvieran en un porcentaje inferior al que la ley presume, pues [esta] interpretación [...] viene *de facto* a cercenar toda posibilidad de prueba, haciéndola de hecho diabólica o imposible, ya que obliga a mantener invariable ese 3 por 100, lo que influye en la cuota, además, dada la progresividad del impuesto [...]

Llegados a este punto la sentencia del TS podía haberse quedado aquí y con ello habría dado respuesta suficiente a la cuestión que justificó la apreciación del interés casacional²³. Otra cosa es cómo tendrían que haberse resuelto las pretensiones de los recurrentes.

En el primer asunto –que es el que se pronuncia sobre la TSJ de Madrid– debería haberse desestimado el recurso, en la medida en que los herederos –que eran en este caso los recurrentes– parece que no hicieron ningún esfuerzo en articular la prueba de lo contrario.

Además de lo anterior, si bien con carácter previo, el TS podría haber planteado cuestión de inconstitucionalidad acerca de si la regulación del ajuar doméstico del artículo 15 de la LISD vulnera o no el principio de capacidad económica previsto en el artículo 31.1 de la Constitución española (CE). Así lo señala el propio voto particular de la sentencia:

Ahora bien, existía otra alternativa a la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia. Resulta evidente que existen casos, como el que nos ocupa, que aplicar el importe resultante de aplicar el 3 % resulta excesivo y desproporcionado, cuestionando el principio de capacidad económica como medida; lo que arroja duda sobre la constitucionalidad del precepto, por lo que en la línea seguida en otras ocasiones, véase el Fundamento Jurídico Cuarto del Auto de 1 de julio de 2019, rec. cas. 981/2018, hubiese sido aconsejable plantear cuestión de inconstitucionalidad del art. 15.

Sin embargo, la sentencia introduce una interpretación del artículo 15 de la LISD que lo deja prácticamente inoperativo y que tiene un complejo encaje en el tenor de este precepto.

Por lo que respecta al segundo grupo de asuntos –los que se pronuncian sobre las sentencias del TSJ del Principado de Asturias–, también debería haberse desestimado el recurso, siendo importante destacar que en este caso el recurrente era la Administración. Debía desestimarse el recurso, como de hecho sucedió, dado que el TSJ del Principado de Asturias consideró que los contribuyentes habían probado que la composición y el valor del ajuar del causante era inferior a la del 3 % del caudal relicto.

²³ Pérez-Fadón Martínez (2020) es muy crítico con esta sentencia, señalando que, a la vista del contenido del auto de admisión, la sentencia debió haberse limitado a lo siguiente:

[...] la enumeración de los bienes, derechos, cargas y obligaciones que, en su caso, integran el ajuar doméstico a efectos del ISD o, incluso si el TS considerara que no era posible lo anterior, resolver que no puede hacerse un inventario cerrado de los elementos integrantes de dicho ajuar, pero al no circunscribirse a la petición de los recurrentes ha ido a otro aspecto como es el del cálculo del mencionado ajuar doméstico.

3.2. Base de cálculo del ajuar y prueba de lo contrario

La aplicación de la regla del artículo 15 de la LISD es bien clara, pues se presume la existencia de ajuar doméstico y que su valor es el 3 % del caudal relicto. La aplicación de esta regla de valoración presupone que para determinar el valor de los bienes del causante que forman parte del ajuar doméstico se toma como referencia el valor del resto de sus bienes, con independencia de su naturaleza. Siendo esto así, es evidente que la regla cuantifica el ajuar por referencia al valor del resto de bienes, aunque el «resto de bienes» poco o nada tengan que ver con los bienes propios del ajuar doméstico, asumiendo que el valor del ajuar guarda una relación con el valor del resto de bienes del causante. Como recuerda el voto particular, la Sentencia del TS de 27 de abril de 1972 mantuvo que la aplicación porcentual «encierra una presunción deducida del modo de vivir del causante corresponde a sus propias posibilidades económicas, por lo que tal fórmula ha de operar sobre la totalidad de los bienes inventariados».

La sentencia del TS considera que no se puede interpretar el artículo 15 de la LISD en este sentido, porque ello daría lugar a cuantificar el ajuar doméstico teniendo en cuenta el valor de bienes y derechos que poco o nada tienen que ver con los que propiamente están asociados a la tenencia de ajuar, esto es, los bienes destinados al uso particular o personal del causante.

Esta postura, al menos en nuestra opinión, tiene difícil encaje en el tenor de la norma, además de que convierte en cierta medida al artículo 15 de la LISD en un precepto de escasa relevancia práctica.

El citado artículo fija de forma clara la base de cálculo del 3 % señalando que es el caudal relicto del causante²⁴. El caudal relicto, de acuerdo con el artículo 659 del CC está formado por todos los «bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte». Siendo esto así, la propia base de cálculo que fija la LISD asume que la regla de valoración se aplica sobre todos los bienes del causante sin distinción de tipo de bienes o derechos. En consecuencia, este precepto recoge una decisión expresa del legislador de calcular el ajuar sobre todos los bienes del causante, sin distinción, lo que presupone que el legislador ha querido valorar el ajuar por referencia al valor de otros bienes que no siempre contienen parte del ajuar doméstico.

²⁴ Otra de las cuestiones que ha planteado la figura del ajuar doméstico es si el valor de los legados instituidos por el causante debe incluirse o no en la base de cálculo del ajuar. Esta cuestión ha generado cierta confrontación entre el Estado y algunas comunidades autónomas. En efecto, frente a la posición reiterada de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda negando su inclusión en dicha base –posición manifestada en cuatro contestaciones vinculantes a consultas tributarias–, algunas comunidades autónomas han mantenido la posición contraria (a favor de su inclusión). Sobre esta cuestión *vid.* Vega Borrego (2021).

La sentencia del TS orilla en su razonamiento esta parte del artículo 15 de la LISD, esto es, la que se refiere la base sobre la que se calcula el 3 %. Justifica la imposibilidad de aplicar este porcentaje sobre todos los bienes del causante en el propio concepto de ajuar doméstico que acuña la sentencia que, como hemos dicho, no es materialmente diferente al que se venía utilizando. En nuestra opinión, al igual que se señala en el voto particular, resulta difícil, conforme al tenor de la ley, llegar a esta conclusión, pues el artículo 15 de la LISD regula con claridad cuál es la base de cálculo del 3 %, por lo que salvo que la sentencia hubiera construido un concepto nuevo de caudal relicto, resulta difícil sostener que el porcentaje no se puede aplicar sobre todos los bienes del causante.

Con todo, la sentencia no niega que el valor del ajuar pueda determinarse aplicando el porcentaje del 3 % sobre el valor de determinados bienes del causante. Si esto es así, la pregunta que inmediatamente surge es de qué bienes se trata. Dado el tenor de la doctrina que fija el TS, parece que el porcentaje solo se podría aplicar sobre el valor de los bienes «que puedan afectarse, por su identidad, valor y función, al uso particular o personal del causante, con exclusión de todos los demás» (FJ 4, apartado 2, del lugar donde se fija la doctrina). Pues bien, si es correcta la interpretación que hemos hecho de esta parte de la doctrina de la sentencia, hay que resaltar que si se fija la base de cálculo del 3 % de esta manera, la regla de valoración resultaría absurda en sí misma. Ello es así, porque para valorar el ajuar doméstico se tomaría en cuenta el valor de los mismos bienes que se quieren valorar, con el absurdo de que, en vez de integrarlos en la base imponible del impuesto por su valor, se tomaría del mismo solo un 3 %²⁵.

El tenor de la sentencia conduce a la conclusión expuesta, esto es, que solo se pueden incluir en la base de cálculo del 3 % el valor de los mismos bienes que se quieren valorar. Sin duda, esta interpretación deja sin contenido la figura del ajuar doméstico tal y como pareció concebirse, pues si están perfectamente delimitados los bienes que componen en un caso concreto el ajuar doméstico, lo lógico es integrarlos en la base imponible del impuesto por su valor y no solo incluyendo un 3 % de ese valor. A ello hay que añadir que la valoración de este modo del ajuar incrementa la posibilidad, ya apuntada, de que sea negativo, en la medida en que se siga permitiendo la deducción del monto que prevé el artículo 34 del RISD –el 3 % del valor catastral de la vivienda habitual, cuando existe cónyuge supérstite–²⁶.

²⁵ Lo ha dispuesto gráficamente Simón Acosta (2020):

[el Tribunal Supremo] incurre en una petición de principio [pues] viene a decir que el 3 % del art. 15 no se aplica sobre los bienes que, formando parte del caudal relicto, no pueden considerarse ajuar. Dicho de otro modo: el 3 % se debería aplicar sobre el valor de los bienes que pueden ser ajuar lo que puede ser equivalente, en muchos casos, a que el ajuar sea el 3 % del ajuar.

²⁶ En este sentido Pérez-Fadón Martínez (2020) afirma que:

[...] la nueva doctrina se incurre en una especie de contradicción total, puesto que si los bienes que hay que considerar para el cálculo del importe del ajuar doméstico son los que se derivan de la regulación del ajuar de la vivienda según el art. 1321 del CC, dado que según el art. 34 del Regla-

Por otra parte, si la sentencia recoge efectivamente la interpretación que hemos expuesto, perdería cierto sentido la posibilidad de destruir la presunción que prevé el artículo 15 de la LISD. En efecto, la Administración tributaria, si quiere valorar el ajuar según señala la sentencia, tendría que acreditar previamente cuáles son los bienes que conforman tal ajuar y el valor que asigna al mismo. Si esto es así –dejando al margen que, en la práctica, lo anterior será probablemente irrealizable para la Administración–, perdería todo su sentido para el contribuyente la necesidad de articular prueba de lo contrario, pues precisamente la carga de la prueba recae sobre la propia Administración, que no le basta con aplicar el 3 % sobre el valor de los bienes del caudal relicto, pues tiene que acreditar con carácter previo qué bienes conforman tal ajuar y cuál es su valor. Como parece lógico, si la Administración tributaria no acredita estos aspectos, ni puede integrar el valor de estos bienes en la base imponible y, por añadidura, tampoco puede calcular el 3 % de los mismos.

Esta situación un tanto ilógica pretende ser corregida, de alguna manera, por la sentencia en el cuarto apartado de su doctrina. Se comienza aludiendo a la posibilidad del contribuyente de destruir la presunción «haciendo uso de los medios de prueba admitidos en Derecho, a fin de acreditar, administrativa o judicialmente, que determinados bienes, por no formar parte del ajuar doméstico, no son susceptibles de inclusión en el ámbito del 3 por 100». Este pasaje podría entenderse en el sentido de que en principio el 3 % se aplica sobre todos los bienes del caudal relicto, con exclusión de aquellos bienes que el contribuyente pruebe que, por su naturaleza, no forman parte del ajuar doméstico. Si esta es la interpretación correcta de la doctrina del TS, el resultado material al que se llegaría es el mismo que antes hemos apuntado, esto es, el 3 % solo acabaría aplicándose sobre el valor de los bienes que conforman el ajuar doméstico. Sin embargo, habría una diferencia importante: solo se excluirían de la base del 3 % los bienes de caudal relicto respecto de los que los herederos acrediten que no están afectos al uso personal o particular del causante. Este matiz es importante, porque si el contribuyente del impuesto sobre sucesiones no realiza ningún esfuerzo probatorio, en principio el ajuar del 3 % se podría aplicar sobre el caudal relicto. No obstante, hay que significar que la actividad probatoria del contribuyente, según la doctrina del Alto Tribunal, no estaría dirigida a determinar el valor del ajuar doméstico, sino, a efectos de la exclusión de la base del 3 %, a acreditar que se trata de bienes que no se pueden incluir en la base de cálculo porque no responden al concepto de ajuar doméstico.

Finalmente, la sentencia da un paso más y señala que, respecto de determinados tipos de bienes, el contribuyente ni siquiera tendrá que probar de forma concreta que no estaban afectos al uso personal o particular del causante. Esto supone que de forma automática salgan de la base de cálculo del 3 % por la propia naturaleza del bien, sin necesidad de que el contribuyente realice actividad probatoria alguna.

mento del ISD se debe minorar el valor del ajuar doméstico en el ISD por el importe de los bienes del ajuar de la vivienda del citado art. 1321, la consecuencia es que el ajuar doméstico pudiera llegar a tener que computarse por una cantidad cercana al cero o de una cuantía insignificante.

3.3. Bienes y derechos excluidos de la base de cálculo sin necesidad de prueba

Los bienes del caudal relicto que detalla la sentencia que ni siquiera se pueden incluir en la base de cálculo son los siguientes (apartado 4 del FJ 4 de donde se fija la doctrina):

[...] sobre el dinero, títulos, los activos inmobiliarios u otros bienes incorporeales no se necesita prueba alguna a cargo del contribuyente, pues se trata de bienes que, en ningún caso, podrían integrarse en el concepto jurídico fiscal de ajuar doméstico, al no guardar relación alguna con esta categoría.

Esta enumeración que realiza la sentencia es trascendental, en la medida en que estos bienes nunca podrán ser incluidos en la base del 3 %, sin precisar que el contribuyente acredite extremo alguno.

No plantea ningún problema el primer bien, esto es, el dinero. Todo el dinero que exista en el caudal relicto, en efectivo o depositado en cualquier tipo de cuenta bancaria, no podrá incluirse en la base de cálculo.

Más problemas puede generar el segundo elemento al que se refiere la sentencia, esto es, la exclusión de los títulos. En principio no produce ninguna duda la inclusión en esta categoría a las acciones y participaciones sociales, entre otros motivos porque a las mismas hace referencia la propia sentencia en otro de los apartados donde fija la doctrina:

3. Las acciones y participaciones sociales, por no integrarse, ni aun analógicamente, en tal concepto de ajuar doméstico, por amplio que lo configuremos, no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de aplicar la presunción legal del 3 por ciento.

Con todo, al margen de las acciones y participaciones sociales, podría cuestionarse a qué otros títulos se está refiriendo la sentencia. Por ejemplo, si se incluyen aquí las participaciones en fondos de inversión, pagarés, obligaciones y otros valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios. Aunque es difícil saber la extensión que pretende dar el TS a este concepto, no nos cabe duda de que deberían incluirse también los supuestos indicados, entre otros motivos, porque es evidente que no son bienes muebles corporales afectos al uso personal o particular.

En tercer lugar, la sentencia menciona a los activos inmobiliarios. Es en este punto donde la doctrina de la sentencia puede plantear más dudas, porque no se sabe bien si está excluyendo todos los inmuebles del causante o solo algunos. Hay que tener en cuenta que son precisamente en los inmuebles, particularmente el que constituyera la vivienda habitual del causante, y, en su caso, otros con carácter de vivienda que estuvieran a su disposición por no estar arrendados, donde podrían existir bienes muebles destinados al uso particular

o personal del causante. Conforme a ello, podría tener cierto sentido no excluir de la base del 3 % todos los inmuebles del causante, sino solo los que por su naturaleza no pudieran contener los bienes muebles propios del ajuar doméstico (plazas de garaje, solares, terrenos rústicos, viviendas arrendadas, etc.).

Tal y como se pronuncia el TS, quizás la interpretación más coherente con su doctrina consiste en excluir todo tipo de inmuebles, en la medida en que parece delimitar la base de cálculo del 3 % solo con el valor de los bienes muebles destinados al uso particular o personal del causante. Conforme a ello, todos los inmuebles estarían excluidos, porque si bien es verdad que pueden contener ese tipo de bienes muebles, los inmuebles por su propia naturaleza no tienen esta condición, esto es, no son bienes muebles destinados al uso particular o personal del causante. Esta posición vendría corroborada en otra parte de la sentencia, donde se señala que «están *extra muros* del concepto [de ajuar doméstico] los bienes inmuebles» (FJ 4, apartado «6»). Este resultado, que puede ser cuestionable, es una consecuencia más de haber configurado la base de cálculo en razón a los mismos bienes que se pretenden valorar. Con todo, debemos manifestar que este es uno de los pocos aspectos de la nueva doctrina del TS que no queda del todo claro²⁷. Por lo tanto, no será extraño que en un futuro próximo el Alto Tribunal se vuelva a pronunciar sobre la cuestión para aclarar si todos los inmuebles del causante resultan excluidos de la base de cálculo.

La sentencia señala en cuarto lugar a «los bienes incorporeales». Aunque no se detalla qué se entiende por tales, no parece caber otra interpretación que la que consiste en incluir en esta categoría todos los bienes o derechos de carácter intangible, con valor económico, de los que era titular el causante (por ejemplo, los derechos derivados de la propiedad intelectual o industrial).

Como puede verse, la doctrina del TS prácticamente deja vacía de contenido la base de cálculo del 3 %, porque todos los bienes de mayor valor que con anterioridad se incluían en dicha base (dinero, inmuebles, valores, etc.) resultan excluidos sin necesidad de que el contribuyente del impuesto sobre sucesiones despliegue actividad probatoria alguna. Respecto de los bienes cuya exclusión automática no menciona la sentencia del Alto Tribunal, parece que los contribuyentes deberán desplegar algún tipo de actividad probatoria para lograr que no se computen en dicha base de cálculo. En nuestra opinión, esta actividad probatoria no será especialmente compleja, pues bastará con acreditar que se trata de bienes que, por su naturaleza, no podían ser utilizados para el uso personal o particular del causante.

²⁷ Adame Martínez (2020), en su análisis de estas sentencias, considera que todos los inmuebles quedan excluidos. Pérez-Fadón Martínez (2020), en cambio, parece excluir todos los inmuebles a excepción de la vivienda habitual del causante –es decir, la vivienda sí estaría en la base de cálculo del 3 %–. De la misma opinión parecen ser Neri Fernández y Buendía Cid (2020) cuando afirman que una de las dudas que plantea la sentencia del TS es «la definición de vivienda familiar o de uso personal».

3.4. Consideraciones finales

A la vista de todo lo expuesto, resulta innegable que la nueva posición del Alto Tribunal ha reconfigurado de forma completa la figura del ajuar doméstico, tal y como se venía entendiendo la misma por parte del propio TS y de la doctrina administrativa y académica. De hecho, puede afirmarse, como señala también el voto particular, que la nueva doctrina supone, en la mayoría de los casos, hacer inaplicable esta figura. En primer lugar, porque solo permite incluir en la base de cálculo el valor de los mismos bienes que se quiere valorar. Y, en segundo lugar, porque excluye de dicha base de cálculo, sin necesidad de que el contribuyente acredite extremo alguno, a los bienes del causante que pueden tener mayor valor, como son el dinero, los valores y los inmuebles.

No aclara la sentencia qué sucede con el artículo 34.3 del RISD en aquellos casos en los que, con todas las limitaciones indicadas, se llegue a un determinado valor del ajuar aplicando el artículo 15 de la LISD. Como hemos visto, el artículo 34.3 del RISD permite deducir del valor que arroja el artículo 15 de la LISD una cantidad equivalente al 3 % del valor catastral de la vivienda del causante en el caso de que el causante estuviera casado y su cónyuge le sobreviviera. Nada dice la sentencia de si esta deducción puede seguir aplicándose²⁸. Si se pudiera entender que sigue resultando de aplicación, es probable que, en la mayoría de los casos, el resultado final del ajuar sea negativo, porque el ajuar doméstico del artículo 15 de la LISD, tras la sentencia del TS, representará en la mayoría de los casos un valor cero o irrisorio. Este escenario genera un nuevo problema, esto es, si el ajuar doméstico con un valor negativo puede integrarse a efectos de calcular la masa hereditaria neta, al igual que las cargas, deudas y gastos que la LISD permite deducir a efectos de este impuesto.

Finalmente, debemos señalar que el nuevo ajuar doméstico que configura el TS incidirá de forma significativa en la recaudación que genera este impuesto (Manada Sánchez-Carpintero, 2020). En un estudio publicado en 2010 se señalaba que la regulación del ajuar doméstico genera el 16,16 % de la recaudación total del impuesto (Melguizo Garde, 2010, pp. 127-128). El nuevo ajuar doméstico que se deriva de la doctrina del TS provocará, con toda probabilidad, la práctica desaparición del ajuar doméstico de la base imponible de las autoliquidaciones y liquidaciones futuras del impuesto. Si esto es así, también desaparecerá la recaudación en términos de cuota que generaba este elemento de la base imponible del impuesto. Esta circunstancia debería ser tomada en consideración por el legislador en una futura modificación del ISD, entre otros motivos por ser este impuesto una pieza del sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común.

²⁸ Pérez-Fadón (2019) considera que lo dispuesto en el artículo 34.3 del RISD solo se puede aplicar cuando se calcule el ajuar «mediante la regla del 3 % de del caudal relicto y no cuando se calcule mediante inventario de los mismos».

No existe una solución clara acerca de cómo abordar una modificación de la regulación del ajuar doméstico. La reformulación del ajuar doméstico para que vuelva a significar lo que significaba antes de estas sentencias del TS no parece ser la opción más viable, en la medida en que, como veremos en el siguiente epígrafe, es posible que se vulnere el principio de capacidad económica. Otra opción sería proceder a su eliminación, como ocurre en los territorios forales²⁹. La pérdida de recaudación que ello supondría puede compensarse a través de otras vías, como es la elevación del tipo de gravamen o la eliminación de beneficios fiscales.

Finalmente, otra opción sería mantener la regla del 3 %, pero aplicada solo sobre el valor de la vivienda donde residía el causante, otorgando la posibilidad de acreditar la inexistencia de ajuar o que su valor es inferior al que se deriva de esta regla. La aplicación de este porcentaje solo sobre la vivienda habitual haría que esta norma de valoración guardara la debida coherencia con aquello que se quiere valorar de forma indirecta, habida cuenta de que suele ser en dicha vivienda donde se encuentran los bienes muebles destinados al uso particular o personal del causante. La regulación de este modo de calcular el ajuar doméstico precisaría también decidir si se aplica o no una regla alternativa a aquellos causantes que no fueran titulares de la vivienda donde habitan o que no residían en una vivienda como tal (residencias, hoteles, etc.).

4. El ajuar doméstico y el principio de capacidad económica

La configuración del ajuar doméstico antes de la nueva doctrina del TS planteaba su posible incompatibilidad con el principio de capacidad económica del artículo 31.1 de la CE. La propia sentencia del Alto Tribunal así lo señala (FJ 4, apartado «6»):

[L]ate en esa concepción del ajuar doméstico, al menos potencialmente, una posibilidad de quiebra del principio de capacidad económica (art. 31.1 CE) y, eventualmente, del de igualdad tributaria, pues resultaría indiferente, para la ley, tanto el origen como la naturaleza y función de los bienes y su ajuste o identificación con la idea esencial o genuina de ajuar doméstico, pues se gravaría con mayor carga fiscal a quienes, ante un mismo valor de su patrimonio neto, no tuvieran ajuar doméstico en ese sentido propio o natural, o lo tuvieran en un porcentaje inferior al que la ley presume, pues la interpretación que efectúa la Administración [...] viene *de facto* a cercenar toda posibilidad de prueba, haciéndola de hecho diabólica o imposible, ya que obliga a mantener invariable ese 3 por 100, lo que influye en la cuota, además, dada la progresividad del impuesto.

²⁹ Los territorios históricos del País Vasco y Navarra sí tienen competencia para regular el ISD dado que las leyes del Concierto y del Convenio lo configuran como un impuesto concertado de normativa autónoma. La normativa foral se caracteriza porque actualmente no contempla una regulación del ajuar doméstico equivalente a la del artículo 15 de la LISD. *Vid.* Merino Jara (2004) y De la Hucha, Álvarez Erviti y Amatriain Cía (2005, p. 368).

La sentencia no plantea cuestión de inconstitucionalidad, dado que el nuevo enfoque sobre el artículo 15 de la LISD deja prácticamente sin contenido a esta figura y, por lo tanto, la posibilidad de que vulnere el principio de capacidad económica. Con todo, merece la pena abordar brevemente la posibilidad de que esta figura sea contraria al citado principio, partiendo para ello de la configuración de esta figura antes de la nueva doctrina.

Para abordar esta cuestión conviene recordar que la regulación del ajuar doméstico en la normativa anterior a la LISD de 1987 era similar a la actual, esto es, se valoraba mediante la aplicación de un porcentaje sobre el resto de los bienes del caudal relicto. Sin embargo, existía una diferencia muy importante, esto es, que en la regulación de entonces no era posible probar ni la inexistencia de ajuar o que su valor era inferior al de la regla legal. La LISD de 1987 mantuvo la figura del ajuar doméstico, si bien incorporando esta importante diferencia, esto es, admitir la prueba de lo contrario. Esta posibilidad se introdujo, como ya hemos indicado anteriormente, durante el debate de la ley en el Congreso, ya que el texto original del proyecto de ley no contemplaba esta posibilidad.

Como hemos visto en otra parte de este trabajo, la configuración del ajuar doméstico presentaba serias dudas sobre su compatibilidad con el principio de capacidad económica, pues incorporaba un elemento en la base imponible del impuesto que no necesariamente se correspondía con el valor del ajuar doméstico, a la vista de que no existe una relación lógica entre el valor de los bienes del causante y el valor de los bienes que pueden incluirse en el concepto de ajuar. Prueba de ello es que esta figura siempre tuvo por finalidad incorporar en la base imponible un valor que cubriría los bienes que potencialmente se considera que los herederos no declaran al efecto de este impuesto.

La figura del ajuar doméstico, abordada desde esta perspectiva antifraude, hace que se comprenda mucho mejor su finalidad, que poco tiene que ver con el propio concepto de ajuar doméstico. Sin embargo, presenta un claro problema con el principio de capacidad económica, en la medida en que podía desencadenar en situaciones en las que se estuviera sujetando a tributación una capacidad económica inexistente. Como consecuencia de lo anterior, la introducción en la LISD de 1987 de la prueba de lo contrario, de alguna manera, pretendía salvar esta posible incompatibilidad, si bien es cierto que trastoca, al menos sobre el papel, la finalidad de esta figura, pues ya no se trata tanto de incluir en la base imponible el potencial patrimonio del causante no declarado por los herederos, sino sujetar efectivamente a tributación el ajuar doméstico, si bien es verdad a través de una norma de valoración que guarda escasa relación con lo que pretendidamente se quiere someter a gravamen.

La práctica administrativa y jurisprudencial, al menos antes de la nueva doctrina del TS, ha puesto de manifiesto que la regla de valoración del ajuar doméstico se ha aplicado con un importante automatismo, siendo inusual el que se haya admitido por la jurisprudencia, y con mayor intensidad por parte de la Administración tributaria, la prueba de la inexistencia de ajuar o que su valor era inferior a la regla legal. Además, en los pocos casos en los que se ha admitido lo anterior, ha sido como consecuencia de un despliegue probatorio

sobredimensionado, de difícil justificación como regla de aplicación de la norma. En definitiva, la regulación y aplicación del ajuar doméstico en la LISD de 1987 ha resultado en la práctica similar a cómo se abordaba esta figura en la normativa anterior, en la que no se permitía ni siquiera acreditar que el ajuar era inexistente o que su valor era inferior al 3 % del caudal relicto.

En este escenario la figura del ajuar doméstico encontraba importantes escollos para ser considerada compatible con el principio de capacidad económica, dado que acababa sometiendo a tributación una capacidad económica inexistente. Además, este hecho no se producía en situaciones excepcionales o patológicas, sino que era el resultado que se producía en la generalidad de los casos, habida cuenta del automatismo con el que se ha aplicado esta figura. A ello han contribuido también los escasos supuestos en los que se ha considerado que el contribuyente había desactivado mediante la prueba las consecuencias de esta norma de valoración. Desde esta perspectiva, no nos encontramos en un supuesto de caso excepcional o patológico de aplicación de la norma, cuestión que es trascendental para poder apreciar la inconstitucionalidad de la norma. Como es sabido, el Tribunal Constitucional (TC) ha descartado fundar la inconstitucionalidad de una norma «en la existencia de supuestos patológicos, no previstos ni queridos por la ley o, dicho de otro modo, que el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes debe hacerse tomando en consideración el caso normal y no las posibles excepciones a la regla prevista en la norma» (vid. las Sentencias 111/2006, de 5 de abril –NFJ022179–, FJ 8, y 37/2017, de 1 de marzo –NFJ066091–, FJ 4, con referencias a otras sentencias del TC).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, puede afirmarse razonablemente que la regulación del ajuar doméstico, antes del cambio de la doctrina del TS, podía vulnerar el principio de capacidad económica³⁰. En este sentido, en cierta medida, la norma producía una situación similar al régimen al que se refiere la Sentencia del TC 194/2000, de 19 de julio (NFJ009087).

Esta sentencia declara contrario al principio de capacidad económica el régimen de la disposición adicional cuarta de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos. Esta norma se aplicaba cuando tras la presentación de una escritura sujeta al impuesto sobre

³⁰ Así lo han considerado, entre otros, Rozas Valdés (1993a, p. 266) y Herrera Molina (1998, pp. 376-379). Por su parte, Marín-Barnuevo Fabo (1996, pp. 240-241), que califica el ajuar doméstico del ISD como un supuesto de verdad interina, señala que la validez de las verdades interinas dependerá de la proporcionalidad existente entre los medios utilizados y los fines que se pretende tutelar en cada caso concreto, para cuya valoración desempeñará un papel fundamental la facilidad o dificultad que tengan los obligados tributarios de neutralizar sus efectos mediante la aportación de pruebas. Con estos parámetros este autor analiza la figura del ajuar doméstico (pp. 245-247), llegando a una conclusión similar a la de los otros autores indicados. Con todo, merece la pena destacar que cita una sentencia del Tribunal Constitucional italiano que no consideró contraria al principio de capacidad económica una disposición equivalente del ordenamiento tributario italiano.

transmisiones patrimoniales onerosas (ITPO) se realizaba una comprobación de valores y el valor comprobado excedía del valor declarado en más de un 20 % y dicho exceso, a su vez, superara la cantidad de 2.000.000 de pesetas (12.020,24 €)³¹.

Ejemplo 2

La norma sería aplicable si el valor declarado era 100.000 euros y el valor comprobado se fija en 150.000 euros. En este caso el exceso (50.0000 €) supera el 20 % del valor declarado (20 % de 100.000 € = 20.000 €) y la cifra de 12.020,24 euros. Las consecuencias de la norma se aplican sobre el exceso (50.000 €).

De acuerdo con la norma, sobre este exceso se aplicaban de forma automática las siguientes consecuencias tributarias tanto al transmitente como al adquirente. Al transmitente se le imputaba en su impuesto sobre la renta (impuesto sobre la renta de las personas físicas –IRPF–, impuesto sobre sociedades –IS– o impuesto sobre la renta de no residentes –IRNR–), según el caso, por el exceso, una ganancia patrimonial derivada de una transmisión gratuita (50.000 €, en el ejemplo que hemos utilizado). Por su parte, al adquirente se consideraba que por ese mismo exceso había obtenido una ganancia patrimonial derivada de una adquisición gratuita, que se sujetaba a tributación en el ISD o el IS, según se tratase de una persona física o jurídica –lógicamente, si fuera una no residente persona jurídica la tributación se produciría en el IRNR–.

Ejemplo 3

Utilizando el supuesto de hecho del ejemplo anterior, el transmitente, partiendo de la premisa de que fuera un contribuyente del IRPF, tributaría por los 50.000 euros en el IRPF como ganancia patrimonial derivada de la transmisión de un bien a título gratuito. El adquirente, partiendo de la premisa de que se trata de una persona física, tributaría por los 50.000 euros en el ISD en concepto de donación.

Estas consecuencias se imponían siempre de forma automática si el valor comprobado superaba los umbrales indicados, sin que fuera necesario a tal efecto que la Adminis-

³¹ Sobre esta disposición *vid.*, entre otros, Rozas Valdés (1993a, pp. 143-154) y Herrera Molina (1998, pp. 379-381).

tración tributaria probara que las partes reflejaran en el documento sujeto a ITPO un precio notoriamente inferior al real de la operación, con el fin de defraudar a la Hacienda Pública.

El TC aprecia la vulneración del principio de capacidad económica porque este régimen «lejos de someter a gravamen la verdadera riqueza de los sujetos intervinientes en el negocio jurídico hace tributar a estos por una riqueza inexistente», a través de la consideración, de forma automática, que el exceso es, para ambas partes de la operación, una transacción a título gratuito. La finalidad perseguida por este régimen, aunque fuera constitucionalmente legítima –la lucha contra el fraude fiscal–, no permite que se sometan a tributación «situaciones que no son expresivas de capacidad económica». El tribunal señala también que para el transmitente se le imputa una ganancia patrimonial por el exceso, cuando la realidad puede ser que la operación le haya generado una pérdida. Finalmente, el TC tampoco admite este régimen como medida sancionadora, pues vulneraría el artículo 24.2 de la CE, en la medida en que impone sus consecuencias de forma automática, sin precisar la prueba de que ha existido realmente un fraude.

Las consideraciones realizadas por esta sentencia del TC son perfectamente trasladables a la regulación del ajuar doméstico, al menos antes de la reformulación por parte del TS. La regla de valoración establecía una ficción de patrimonio del causante que no necesariamente se correspondía con la realidad; realidad que era de imposible o difícil demostración, a la vista de que, en la generalidad de los casos, y no solo en supuestos patológicos se lograba probar la inexistencia de ajuar o que su valor era inferior al de la regla legal. Por otra parte, la finalidad antifraude de la medida tampoco permitiría justificar su constitucionalidad, en la proporción en que la regla de valoración se aplica con carácter automático, sin precisar la existencia de ningún indicio de fraude. A todo ello se puede sumar la falta de proporcionalidad de la medida, toda vez que para la valoración de bienes que, en la generalidad de los casos, tienen un valor residual, se aplica un porcentaje significativo sobre la totalidad de los bienes del causante.

Estos problemas de inconstitucionalidad del ajuar doméstico del artículo 15 de la LISD han desaparecido con la posición adoptada por el TS. Con todo, como ya se ha señalado, coincidimos con el voto particular que hubiera sido deseable que se hubiera afrontado esta figura desde la perspectiva del principio de capacidad económica, con el fin de no forzar la interpretación del artículo 15 de la LISD más allá del sentido posible de sus palabras³². Este enfoque habría precisado que el TS hubiera planteado cuestión de inconstitucionalidad, que es lo que no ha sucedido. De haberlo hecho, es probable que el resultado final hubiera sido el mismo, esto es, la desactivación de la figura del ajuar doméstico, pero no por la reinterpretación de la norma que lo regula, sino por su declaración de inconstitucionalidad.

³² En el mismo sentido, Simón Acosta (2020) y Marín-Barnuevo Fabo (2020).

5. Conclusiones

La regulación del ajuar doméstico y su aplicación hasta la nueva doctrina del TS tenía difícil encaje en el principio de capacidad económica.

La nueva interpretación de esta figura que surge a raíz de dicha doctrina hace que desaparezcan las dudas que pudiera haber sobre su constitucionalidad, precisamente porque hace inaplicable la regla de valoración citada.

Según el TS, la técnica presuntiva del artículo 15 de la LISD impide aplicar la regla del 3 % sobre todos los bienes del causante (el caudal relicto) y, particularmente, sobre aquellos que por su identidad, valor y función no estén destinados al uso particular o personal del causante. Conforme a ello, debe excluirse de dicha base de cálculo el valor de los bienes del causante sobre los que los herederos prueben que no estaban destinados a tal fin. A estos efectos, la sentencia exonera expresamente a los herederos de esta prueba respecto de una serie de bienes, por lo que su valor no se incluirá en la base de cálculo. Se trata de los bienes del caudal relicto de mayor valor, como son el dinero, los títulos (en los que se incluyen las acciones y participaciones societarias), los inmuebles y los bienes incorpóreos.

Este enfoque deja la base del 3 % prácticamente vacía de contenido, resultado que se produce porque al final los únicos bienes que se podrían incluir son los que propiamente conforman el ajuar doméstico. Esta situación provoca la chocante situación de que la regla del 3 % se aplique sobre una base que estaría conformada por el valor de los mismos bienes que se pretende valorar.

Tras la nueva doctrina del TS, el ajuar doméstico prácticamente desaparecerá de la base imponible de las autoliquidaciones y liquidaciones futuras del impuesto sobre sucesiones, como formalmente sucede ya en los territorios forales, donde no existe esta figura.

En este contexto, el legislador debería afrontar qué hacer con la figura del ajuar doméstico, dado que hasta la nueva doctrina del TS incidía significativamente en la recaudación del impuesto. Esta necesidad se justifica también porque el ISD es una pieza del sistema de financiación autonómico, por lo que la nueva doctrina del TS afectará muy especialmente a la recaudación que genera este impuesto a las comunidades autónomas³³.

³³ De hecho, el TEAC ya ha dictado dos resoluciones aplicando el nuevo criterio. En estas resoluciones no se aborda ningún aspecto del nuevo criterio que, como hemos expuesto en este trabajo, podría plantear dudas. Ello se debe a que las resoluciones no dan información detallada sobre los bienes que componían el caudal relicto del causante. Se trata de las Resoluciones de 14 de julio de 2020 (RG 7468/2016 –NFJ079314–) y de 30 de septiembre de 2020 (RG 3251/2017 –NFJ079317–).

En definitiva, la nueva doctrina del TS ha dejado zombi³⁴ al ajuar doméstico. Consideramos que quizás hubiera sido mejor que este desenlace hubiera tenido lugar a través de la declaración de inconstitucional del artículo 15 de la LISD, lo que habría precisado el planteamiento previo de una cuestión de inconstitucionalidad. Aunque probablemente el resultado hubiera sido el mismo, el cauce seguido hubiera encajado mejor en nuestro ordenamiento jurídico³⁵.

Referencias bibliográficas

- Adame Martínez, F. (2020). Consecuencias de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el ajuar doméstico en el impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. *Taxlandia: blog fiscal y de opinión tributaria*. <<https://www.politica-fiscal.es/>>. Publicado el 30 de junio de 2020.
- Agulló Agüero, A. (1988). Base imponible y valoración de bienes. En *Comentarios a la nueva Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. La Ley.
- Caamaño Anido, M. Á. y Peña Alonso, J. L. (2002). *El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*. Edersa.
- Casanova Curto, J. (2018). *La presunción del ajuar doméstico en el ISD*. Universidad Pompeu Fabra.
- Castillo Álvarez-Cedrón, S. del (1970). Consideraciones sobre las presunciones jurídicas en materia impositiva. *Revista de administración pública*, 62, 87-162.
- Escribano López, F. (1985). *El Impuesto Extraordinario del Patrimonio*. Civitas.
- Escribano López, F. (2010). El impuesto sobre el patrimonio. En *Curso de Derecho Tributario*. (4.ª ed.). Tecnos.
- Falcón y Tella, R. (2020). El «ajuar doméstico» en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. *Quincena Fiscal*, 13, 7-16.
- Fernández Junquera, M. (2006). El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: cuestiones de interpretación. *Revista española de derecho financiero*, 130, 255-278.

³⁴ Tomamos la expresión de Escribano López (2010, p. 560), que la utilizaba respecto al IP en el periodo temporal en que se suprimió sin derogar su normativa reguladora. Rozas Valdés (2020) señala que el legislador debería abordar esta cuestión para evitar las diversas lecturas que podría tener la doctrina fijada por el TS.

³⁵ Marín-Barnuevo Fabo (2020) realiza esta misma reflexión respecto a la aplicación por parte del TS del principio de buena administración. Menciona que:

[...] ello lleva a pensar que la única manera de hacer justicia en el caso concreto, anulando los actos manifiestamente contrarios a los principios constitucionales de justicia tributaria que son resultado patológico de la aplicación de unas leyes que en la normalidad de los casos son constitucionales es, paradójicamente, eludir la intervención del Tribunal Constitucional. Lo cual, de ser cierto, permitiría comprender mejor la actuación del Tribunal Supremo, aunque revelaría la existencia de un serio problema en el funcionamiento de nuestras instituciones.

- García de Pablos, J. F. (2010). *El impuesto sobre sucesiones y donaciones en España: problemas constitucionales y comunitarios*. UCM.
- Herrera Molina, P. M. (1998). *Capacidad Económica y Sistema Fiscal*. Marcial Pons.
- Hucha, F. de la; Álvarez Erviti, M. y Amatriain Cía, I. (2005). *Manual de Derecho Tributario de Navarra*. Instituto Navarro de Administración Pública.
- López-Rendo Rodríguez, C. (2015). De la *vicesima hereditatium* al impuesto sucesorio en el Derecho español. *Revista internacional de Derecho Romano*, 14.
- Manada Sánchez-Carpintero, J. (2020). Golpe a la financiación de las Comunidades Autónomas en plena pandemia. *Conflegal*. <<https://conflegal.com/>>. Publicado el 7 de junio de 2020.
- Marín-Barnuevo Fabo, D. (1996). *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*. McGraw-Hill.
- Marín-Barnuevo Fabo, D. (2020). El principio de buena administración en materia tributaria. *Revista española de Derecho Financiero*, 186, 15-38.
- Melguizo Garde, M. (2010). La caracterización del ISD como un impuesto progresivo con reducciones y coeficientes multiplicadores: su efecto recaudatorio. *Revista de Gestión Pública y Privada*, 15, 121-136.
- Merino Jara, I. (2004). *La imposición directa en el País Vasco*. Edersa.
- Muñoz del Castillo, J. L. (2005). El ajuar doméstico en el Impuesto sobre Sucesiones. En I. Martín Dégano, A. Vaquera García, G. Menéndez García (Coords.), *Estudios de derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*. Lex Nova.
- Neri Fernández, L. y Buendía Cid, D. (2020). *Sentencia del Tribunal Supremo sobre el ajuar doméstico en el Impuesto sobre Sucesiones, ¿fin del problema?* <<https://elderecho.com/>> (3 de junio de 2020).
- Peña Alonso, J. L. (2013). El ajuar doméstico en el impuesto sobre sucesiones. En J. M. de la Cuesta Sáenz, E. Vicente Domingo, M.ª T. Carrancho Herrero, J. M.ª Caballero Lozano, R. de Román Pérez (Coords.), *Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida*. Aranzadi.
- Pérez-Fadón Martínez, J. J. (2019). Dudas en la aplicación del ISD. *Carta Tributaria*, 57.
- Pérez-Fadón Martínez, J. J. (2020). Concepto de ajuar doméstico en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. *Carta Tributaria*, 65-66.
- Rovira Ferrer (2018). Implicaciones de las residencias geriátricas en la tributación de las adquisiciones *mortis causa*. *Dereito*, 27(2), 61-84.
- Rozas Valdés, J. A. (1993a). *Presunciones y figuras afines en el ISD*. IEF-Marcial Pons.
- Rozas Valdés, J. A. (1993b). El fantasma del ajuar doméstico. *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*.
- Rozas Valdés, J. A. (2020). De la razón tributaria. *Fiscalblog*. <<http://fiscalblog.es/>>. Publicado el 17 de septiembre de 2020.
- Simón Acosta, E. (2020). El décreto ISD y el ajuar doméstico. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 965.
- Tovillas Morán, J. M.ª (2011). El régimen jurídico del ajuar doméstico en la reciente jurisprudencia. *Impuestos*, 27(2), 11-28.
- Vega Borrego, F. (2021). El ajuar doméstico y los legados en el Impuesto sobre Sucesiones: la exclusión de los legados del ajuar doméstico y los efectos de las consultas de la DGT en las CCAA. *En prensa*.



Las limitaciones constitucionales en la utilización del decreto-ley para modificar piezas clave de nuestro sistema tributario

Pablo Chico de la Cámara

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos*

Extracto

La Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2020, de 1 de julio, mantiene su línea continuista sobre los límites materiales y formales del decreto-ley en materia tributaria, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, que elevó de forma considerable la base de cálculo del régimen de los pagos fraccionados para determinados sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades. Podría aprovecharse la modificación que resulta necesaria por el fallo del Tribunal Constitucional para eliminar también el sistema de «cuota» de pagos fraccionados al hacer referencia a los resultados económicos del periodo impositivo anterior que casa mal con el principio de capacidad económica pues toma como referencia datos económicos mencionados a un periodo impositivo distinto de la obligación tributaria de la que trae causa. La limitación de los efectos de la sentencia podría producir situaciones no deseadas de contribuyentes que hubieran recurrido en plazo dichas autoliquidaciones solicitando el pago de intereses de demora aprovechando el desfase temporal que tarda la sentencia en publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

Palabras clave: decreto-ley; reformas urgentes; capacidad económica.

Cómo citar: Chico de la Cámara, P. (2020). Las limitaciones constitucionales en la utilización del decreto-ley para modificar piezas clave de nuestro sistema tributario. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, 99-112.





The constitutional limitations on the use of the law decree to modify key elements of our tax system

Pablo Chico de la Cámara

Abstract

The Sentence of the Constitutional Court 78/2020, of July 1, keeps its continuity line on the material and formal limits of the Decree Law on tax matters, declaring the unconstitutionality and nullity of the RDL 2/2016, of September 30, which considerably increased the calculation basis of the system of installment payments for certain taxpayers of Corporation Tax. The modification that is necessary by the ruling of the Constitutional Court could also be used to eliminate the system of «quota» of installment payments by referring to the economic results of the previous tax period that do not match the principle of economic capacity as it takes data as a reference financial statements referenced to a tax period other than the tax liability for which it is caused. The limitation of the effects of the sentence could produce unwanted situations of taxpayers who have appealed such self-assessments in time requesting the payment of late payment interest taking advantage of the time lag that the sentence takes to be published in the Official State Gazette.

Keywords: decree-law; urgent reforms; economic capacity.

Citation: Chico de la Cámara, P. (2020). Las limitaciones constitucionales en la utilización del decreto-ley para modificar piezas clave de nuestro sistema tributario. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, 99-112.



Sumario

1. Planteamiento
 2. Límites formales y materiales a la utilización del decreto-ley en nuestro sistema tributario
 - 2.1. Límite formal: El presupuesto habilitante del uso del instrumento normativo del decreto-ley a través de «la extraordinaria y urgente necesidad»
 - 2.2. Límite material: La ausencia de afectación al deber de contribuir
 - 2.2.1. El tributo afectado mediante un análisis de su naturaleza, estructura y función que cumple en el conjunto del sistema tributario
 - 2.2.2. Elemento esencial del tributo modificado
 - 2.2.3. Alcance de la medida afectada
 3. Algunas reflexiones críticas
- Referencias bibliográficas



An act against Constitution is void

Edward Corwin

1. Planteamiento

El Tribunal Constitucional (TC) en la Sentencia 78/2020, de 1 de julio (NCJ064920), ha tenido ocasión de pronunciarse de nuevo sobre los límites materiales y formales del decreto-ley en materia tributaria. En particular, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, que modificó el régimen de los pagos fraccionados endureciéndolo para determinados sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades (IS).

El fallo es continuista con la doctrina dictada en estos últimos años al defender el uso del decreto-ley en materia tributaria aunque condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos formales y materiales. No obstante, es de lamentar que haya vuelto a limitar los efectos de la sentencia, no permitiendo revisar aquellas situaciones dictadas con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –LOTC–), ni las consolidadas en vía administrativa por no haber sido impugnadas en tiempo y forma (en la línea defendida de nuevo con las Sentencias del TC 73/2017 –NCJ062508–, 151/2017 –NCJ062909–, 61/2018 –NCJ063338–, 76/2018 –NCJ063395– y 126/2019 –NFJ075398–), tras el paréntesis de las sentencias que se dictaron respecto al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (*vid.*, entre otras, las Sentencias del TC 26/2017 –NCJ062176–, 37/2017 –NFJ066091–, 48/2017 –NCJ062355–, 59/2017 –NCJ062411– y 72/2017 –NCJ062507–) y que invitaron a una falsa creencia de que el Alto Tribunal había modificado su criterio anterior superando la cuestionada «jurisprudencia prospectiva».

2. Límites formales y materiales a la utilización del decreto-ley en nuestro sistema tributario

2.1. Límite formal: El presupuesto habilitante del uso del instrumento normativo del decreto-ley a través de «la extraordinaria y urgente necesidad»

Como ha venido señalando el TC, la concurrencia de la «extraordinaria y urgente necesidad» debe analizarse caso por caso, y respecto de cada grupo de preceptos porque solo de

este modo podrá realizarse un examen apropiado sobre la conexión de sentido entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma (Sentencias del TC 199/2015, de 24 de septiembre –NCJ060441–; y 61/2018, de 7 de junio –NCJ063338–).

Cabe afirmar que en su exposición de motivos, el Gobierno justificó de forma suficiente las razones imperiosas que permitían el empleo de esta técnica normativa, como son la necesidad de cumplir con los objetivos de reducción del déficit presupuestario reconocidos en el artículo 135 de la Constitución española (CE) y el requerimiento dirigido a las autoridades españolas por el Consejo de la Unión Europea (UE)¹.

Precisamente el TC ha tenido ocasión de legitimar la «extraordinaria y urgente necesidad» tanto para situaciones de «*coyunturas* económicas problemáticas», donde hay que subvenir a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieren de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes (Sentencias del TC 31/2011, de 17 de marzo –NCJ054610–, FJ 4.º; 137/2011, de 14 de septiembre –NCJ055592–, FJ 6.º; 100/2012, de 8 de mayo –NCJ056954–, FJ 8.º; y 73/2017, de 8 de junio –NCJ062508–, FJ 1.º), como para reformas *estructurales* del sistema, en las que se requiere una acción ágil y expeditiva (Sentencias del TC 137/2011 –NCJ055592–, FJ 6.º; 183/2014 –NCJ058888–, FJ 5.º; 47/2015 –NCJ059626–, FJ 5.º; 139/2016 –NCJ061471–, FJ 3.º; y 51/2018 –NCJ063285–, FJ 4.º).

En nuestra opinión, con el establecimiento de un régimen especial de pago fraccionado para las «grandes entidades» a través del Real Decreto-Ley 2/2016, nos encontraríamos ante la segunda de las justificaciones, no solo por el compromiso de estabilidad presupuestaria que se ha convertido para todos los Estados miembros de la UE en una obligación permanente, sino también por la duración de la medida que ha perdurado durante todos estos años *in nihilo tempore*, a diferencia del supuesto puntual (sometido a un plazo breve de caducidad de regularización extraordinaria de carácter voluntario –hasta el día 30 de noviembre de 2012–) del establecimiento de la denominada eufemísticamente «declaración tributaria especial» (amnistía fiscal) impulsada por el Gobierno entrante en el año 2012 a través del Real Decreto-Ley 12/2012, y que obligó a poner en marcha de forma urgente un paquete de acciones para reducir el importante déficit público existente en aquel momento de más de un 8 % del producto interior bruto.

¹ La Audiencia Nacional (AN) en el Auto de 19 de diciembre de 2018 (rec. núm. 900/2016 –NFJ072640–) por el que se acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad que fue el germen de esta Sentencia del TC 78/2020, objeto de este análisis, apuntaba en esta línea que respecto a esta cuestión de forma no merecía reproche la utilización del decreto-ley, y a pesar del hecho de que tales objetivos se marcaron varios años antes y que ya fuera advertido el Gobierno español sobre el incumplimiento de los mismos sin que adoptara medidas efectivas para alcanzarlos, sin embargo, esta circunstancia no impedía que pudiera apreciarse la concurrencia del presupuesto habilitante.

Como venimos apuntando, razones no solo «cuantitativas» sino «cualitativas» también pueden ser invocadas para vetar el uso del decreto-ley en nuestro sistema tributario. Esto explica que la Sentencia del TC 73/2017 (NCJ062508), tras admitir –partiendo de los datos extraídos del Informe anual de recaudación tributaria de la Agencia Tributaria– que del total de ingresos tributarios (159.536 millones de euros), tanto el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) con una ponderación recaudatoria del 41,98 %, así como el IS, con un peso recaudatorio del 10,15 %, cumplirían con esta exigencia «cuantitativa», sin embargo, el impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR) solo representaría el 1,61 % del total de la recaudación (2.568 millones). En coherencia con dichos datos económicos, el Alto Tribunal podría haber declarado inconstitucional y nulo dicho Real Decreto-Ley 12/2012, respecto del IRPF y del IS, admitiendo sin embargo su validez para el IRNR, pero, en cambio, justificó la inconstitucionalidad de la medida también para el gravamen para no residentes alegando que:

[...] aunque no puede afirmarse lo mismo del impuesto sobre la renta de no residentes, *aisladamente considerado*, lo cierto es que este tributo es un apéndice inseparable del IRPF y del IS (de los que constituía parte formalmente hasta 1998); su conjunción sirve para culminar la personalización del reparto de la carga fiscal, y su efecto, al cumplimiento de los principios de justicia tributaria y de los objetivos de redistribución de la renta. En consecuencia, si bien su concreta alteración no tiene virtualidad suficiente para alterar el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes, no cabe duda de que la alteración conjunta entre los tres impuestos del gravamen que soportan la generalidad de las personas físicas y jurídicas, residentes y no residentes podría afectar al modo de reparto de dicha carga (FJ 3.º). (La cursiva es nuestra –es decir, por razones cuantitativas–).

Nótese, sin embargo, que el TC en la Sentencia 189/2005, de 7 de julio (NFJ020336), admitió sorprendentemente sin vacilaciones el uso del decreto-ley para introducir una importante modificación en la reducción de la base imponible del impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD) en los supuestos de transmisión *mortis causa* de la empresa familiar y de la vivienda habitual del causante, pese a ser el ISD un «complemento» también del IRPF para gravar la renta de las personas físicas, pero en palabras del Alto Tribunal, este tributo sucesorio «a diferencia del IRPF, no se configura como un tributo global sobre la renta o sobre el consumo, sino que se limita a gravar una manifestación concreta de capacidad económica» (FJ 8.º).

2.2. Límite material: La ausencia de afectación al deber de contribuir

El artículo 86.1 de la CE permite el uso del decreto-ley para materias que afecten exclusivamente a «derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I», de entre los que cabe incluir el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos ex artículo 31.1 de la CE.

El TC tiene consolidada una doctrina por la que quedaría vedado su uso por afectar al deber de contribuir cuando la modificación normativa incida en una «pieza básica del sistema tributario». Nótese que se trata de un concepto jurídico indeterminado que obligará a analizar caso por caso si nos encontramos ante un tributo con un «peso importante» en la recaudación general de nuestro sistema tributario. Así las cosas, cabe cuestionar si cabe excluir esta vía para no solo los tributos que desde un punto de vista «cuantitativo» tengan una ponderación importante en la recaudación general, sino también para aquellos que también «cualitativamente» afecten a la estructura tributaria. Hasta la fecha, el tribunal ha tomado en cuenta ambos aspectos, lo que ha llevado en estos años a rechazar este instrumento para regular el IRPF, el IS o el IRNR (Sentencias del TC 182/1997, de 28 de octubre –NFJ005623–; 73/2017, de 8 de junio –NCJ062508–, y 78/2020, de 1 de julio –NCJ064920–), pero, sin embargo, se ha admitido para modificaciones del ISD (Sentencia del TC 189/2005, de 7 de julio –NFJ020336–) –para aquellos que donen o hereden–, o del impuesto sobre matriculación en Canarias (Sentencia del TC 137/2003, de 3 de julio –NFJ014343–) –respecto de aquellos que adquieran un vehículo en Canarias–.

Esta posición integradora podría fundamentarse en que la «declaración tributaria especial» (en términos informales la «amnistía fiscal») aprobada por el Gobierno en el año 2012 por decreto-ley fue declarada inconstitucional por la citada Sentencia del TC 73/2017, afectando a piezas básicas de nuestro sistema tributaria como son el IRPF, el IS o el IRNR, aunque debe reconocerse no sirvió para aflorar ingentes patrimonios ocultos por lo que en términos económicos no generó una importante recaudación (según datos oficiales se recaudaron 1.191 millones de euros). Menores reproches de constitucionalidad nos generaría el uso del decreto-ley para regular el sector del juego, o del tabaco, por configurarse como un «ámbito sectorial», lo que escaparía de su consideración como «piezas básicas del sistema tributario».

Siguiendo al Alto Tribunal, una medida introducida en un decreto-ley gravita sobre el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos cuando afecta a tres extremos:

2.2.1. El tributo afectado mediante un análisis de su naturaleza, estructura y función que cumple en el conjunto del sistema tributario

La exposición de motivos de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), reconoce que dicho tributo:

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

El TC en sus Sentencias 73/2017 (NCJ062508), FJ 3.º, y 78/2020 (NCJ064920), FJ 3.º, entiende que la alteración sustancial de sus elementos esenciales afectaría al modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de las personas jurídicas puestas de manifiesto mediante una capacidad económica gravable. Así las cosas, el IS en su integración con el IRPF, constituye uno de los «pilares estructurales» del sistema tributario a través de los cuales se realiza la personalización del reparto de la carga fiscal según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad. Esto los convierte –concluye el Alto Tribunal– en figuras impositivas primordiales para conseguir que el sistema tributario atienda tanto a la justicia tributaria, que exige el artículo 31.1 de la CE, como a los objetivos de redistribución de la renta y de solidaridad, que imponen los artículos 131.1 y 138.1 de la CE (Sentencia del TC 78/2020 –NCJ064920–, FJ 5.º).

Esta primera consideración nos conduce a preguntarnos si los «pagos fraccionados» constituyen además un elemento del tributo «esencial» que afecte al deber de contribuir.

2.2.2. Elemento esencial del tributo modificado

La materia regulada por el decreto-ley afecta a los «pagos fraccionados» que tienen la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, en particular, de naturaleza tributaria. Como prescribe el artículo 23 *in fine* de la LGT tienen un carácter «autónomo» respecto de la obligación tributaria principal². Ahora bien, como advierte el Alto Tribunal, tanto la obligación anticipada como la principal son dos partes inseparables de una misma relación jurídico-tributaria (art. 17 LGT), que concurren de forma autónoma en el tiempo, al

² Resulta de interés la clásica sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 12 de noviembre de 1993 (rec. núm. 6561/1992 –NFJ003194–), por la que se declaró nula la redacción del derogado artículo 62.1 a) del Reglamento del IRPF, a través de una elevación del porcentaje de los pagos fraccionados para los empresarios y profesionales, por entender que, aunque dicha obligación a cuenta sea autónoma de la principal, esto no empece a que los pagos a cuenta respondan de la manera más fiel posible a lo que pueda preverse como contenido final de la obligación. Así, califica de «ilógico» remitirse a un factor económico pretérito para cuantificar una obligación a cuenta actual. El profesor Rozas Valdés (1994, p. 844) acierta al sostener que el TS no se atrevió a mencionar abiertamente la lesión al principio de capacidad económica, y recurrió a un eufemismo calificándolo de «ilógico». Con buen criterio también Alguacil Mari (2017) califica la medida de elevar el importe de los pagos fraccionados a través del Real Decreto-Ley 2/2016, como de «irracional», pues frente a la tendencia a la baja de los tipos de gravamen en el IS, sin embargo, el Gobierno elevó la base de cálculo de los pagos fraccionados, pues:

[...] si se hubiera intentado aumentar la recaudación del impuesto, tal y como se aduce en la exposición de motivos, lo lógico hubiera sido volver a aumentar el tipo de gravamen, o eliminar exenciones en la base imponible, no aumentar la base y el porcentaje de los pagos fraccionados, y establecer un mínimo importe que puede ser superior, en muchos casos, a la cuota tributaria. La lógica de los pagos fraccionados, es únicamente la de adelantar el impuesto que probablemente se devengara en el futuro, no generar prestaciones provisionales totalmente desconectadas del mismo, y con el propósito de que sean de mayor importe que la cuota impositiva definitiva.

gravamen de una única capacidad económica en un mismo contribuyente (Sentencia del TC 78/2020 –NCJ064920–, FJ 3.º).

Nótese que los supuestos que dan lugar al nacimiento así como de la obligación de presentar pagos a cuenta han de venir necesariamente regulados por una «norma con rango de Ley» como exigen los apartados b) y h) del artículo 9 de la LGT, dada su naturaleza jurídica como prestaciones patrimoniales de carácter público ex artículo 31.3 de la CE.

2.2.3. Alcance de la medida afectada

De acuerdo con el artículo 40.5 de la LIS los pagos fraccionados tienen la consideración de «deuda tributaria» presentándose a cuenta de la autoliquidación correspondiente al periodo impositivo que esté en curso el día primero de cada uno de los meses de abril, octubre y diciembre (art. 40.1 LIS). El legislador ha establecido dos métodos de cálculo a elección del contribuyente si no supera una cifra neta de negocios de 10 millones de euros: el método de cuota y el de la base imponible.

Los porcentajes del pago fraccionado (que deben ser «proporcionados» a la cuota final a pagar a fin de ser respetuoso con el principio de capacidad económica) varían en función del método de cálculo:

- Para el régimen general (sistema de «cuota») el porcentaje fijo en todos los casos es del 18 %.
- Para el régimen excepcional (sistema de «base») el porcentaje será el resultado de multiplicar por 5/7 el tipo de gravamen redondeando por exceso. Ahora bien, el Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre, que solo afectó a este sistema de «base» estableció una regla especial para esta segunda modalidad aplicándose sobre aquellas entidades que tuvieran al menos una cifra neta de negocio de 10 millones de euros, así como para las entidades de hidrocarburos y de crédito gravadas al tipo del 30 %. La medida introducida es de gran calado por cuanto obligaba a determinar la base de cálculo para estas sociedades no sobre el porcentaje de 5/7, sino de 19/20, estableciendo un límite mínimo de porcentaje del 23 % con carácter general, y del 25 % para las entidades de crédito y de hidrocarburos.

La medida adoptada podría calificarse de «desproporcionada» por cuanto el Real Decreto-Ley 2/2016, además de elevar el porcentaje a aplicar sobre la base de cálculo del pago fraccionado, obligaba a estas sociedades (recuérdese, a aquellas con cifra neta de negocio de 10 millones de euros durante el periodo impositivo en curso, así como entidades de crédito y de hidrocarburos) a cuantificar dicha base de cálculo mediante una renta

bruta, es decir, sin posibilidad de aplicar ajustes extracontables³, y otros beneficios fiscales de la cuota, así como retenciones e ingresos a cuenta del mismo impuesto ya soportados durante el ejercicio.

La cuestión no es baladí, pues debe existir una coherencia interna entre la obligación a cuenta y la principal. Sin embargo, esta relación intrínseca no concurre tal como pudo acreditar la sociedad recurrente (se trataba en particular de una entidad de tenencia de valores extranjeros –ETVE–), por cuanto de no existir la medida afectada a través del Real Decreto-Ley 2/2016, hubiera presentado un pago fraccionado aproximado de 300.000 euros. Sin embargo, debido a las limitaciones introducidas, dicha entidad tuvo que adelantar un pago fraccionado por importe de 6.583.581,20 euros⁴.

3. Algunas reflexiones críticas

1. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad del Real Decreto-Ley 2/2016 obliga a derogar este régimen especial equiparando el tratamiento fiscal para todas las sociedades y con independencia de su volumen de negocio, o si son entidades financieras o de hidrocarburos.
2. Es de lamentar que el TC haya eludido el debate de si resulta o no compatible con el principio de capacidad económica que unas entidades tengan que soportar una mayor presión fiscal (aunque sea por la vía de obligaciones anticipadas del impuesto) simplemente porque según la justificación del Alto Tribunal (Sentencia del TC 78/2020 –NCJ064920–, FJ 5.º) resulta estéril enjuiciar esta cuestión al haberse ya declarado inconstitucional el citado real decreto-ley por ser irrespetuoso con el límite material del artículo 86.1 de la CE. En efecto, se echa de menos que

³ Lo que lleva al legislador a ignorar «conscientemente» para la base de cálculo, entre otras, las rentas exentas, la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores, o la amortización fiscal del fondo de comercio.

⁴ En este mismo orden de cifras, la AN en la Sentencia de 9 de abril de 2018 (rec. núm. 907/2016 –NFJ070600–) también tuvo que enjuiciar la situación de la entidad Acciona que de no dictarse el real decreto-ley no hubiera tenido que presentar pagos fraccionados, pero que, sin embargo, tras dicha obligación mínima del 23 % impuesta por el citado Real Decreto-Ley 2/2016, tuvo que presentar pagos fraccionados por importe de 43.445.434 euros pese a dar como resultado una base imponible negativa de 61.979.286 euros, lo que le llevó a tener que pedir una devolución por importe de 54.433.263 euros, añadiendo las retenciones también ingresadas durante el ejercicio de 10.987.828 euros. Sin embargo, la AN desestimó las pretensiones de la parte recurrente declarando (aunque sin ningún peso argumental) que no vulneraban dicha disposición los principios de igualdad, capacidad económica y de no confiscatoriedad. Dicha sentencia fue confirmada posteriormente por el TS que mediante Auto de 10 de octubre de 2018 (rec. núm. 346/2018 –NFJ071660–) inadmitió el recurso de casación contra la mencionada Sentencia de la AN de 9 de abril de 2018.

el Alto Tribunal tras declarar que el real decreto-ley es inconstitucional y nulo por afectar al deber de contribuir ya no considerara necesario valorar si además el citado cuerpo normativo vulneraba la capacidad económica al establecerse unos pagos fraccionados desproporcionados y alejados de la capacidad de pago de los sujetos pasivos que están llamados a presentar dicha obligación. Entendemos que la labor de control hermenéutico que realiza el TC como intérprete supremo de todo el ordenamiento jurídico a fin de que sea respetuoso con nuestra Carta Magna le obligaba a no eludir ningún otro juicio de valoración. Ahora bien, habría sido factible que atendiendo al concepto de capacidad económica «potencial» sentado en su consolidada y cuestionada doctrina anterior (*vid.* las Sentencias del TC 37/1987 –NFJ000269–, 186/1993 –NFJ002924– y 295/2006 –NFJ024032–) se hubiera salvado este reproche jurídico considerándolo respetuoso con el principio de justicia material tributaria proclamado en el artículo 31.1 de la CE, pues las grandes sociedades «potencialmente» generan ingresos suficientes como para poder cumplir con dicha obligación...⁵.

3. En nuestra opinión, el sistema de «cuota» que hace referencia a los resultados económicos del periodo impositivo anterior casa mal con el principio de capacidad económica al tomar como referencia datos económicos mencionados a un periodo impositivo distinto de la obligación tributaria de la que trae causa. Ahora bien, la posibilidad de que la legislación vigente permita al sujeto pasivo optar por el otro sistema de «base» minimiza la tensión con este principio de justicia material tributaria.

Sin embargo, la obligatoriedad del sistema de «base imponible corrida» para determinadas entidades jurídicas que están gravadas igualmente al IS sí entendemos que podría tropezar con el principio de capacidad económica, pese a referenciarse a datos del mismo ejercicio del que se declara⁶, siempre que el importe que se tome como base de cálculo del pago fraccionado resulte alejado de los datos reales sobre los que trae origen, máxime porque el legislador conscientemente está impidiendo la inclusión de conceptos que minorarán con seguridad el importe de la liquidación final del impuesto. No existe justificación alguna para la adopción

⁵ A esta justificación podría haber llegado igualmente el legislador configurador del actual régimen del impuesto sobre actividades económicas (art. 82.1 c) del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales) para exigir el pago de dicho impuesto municipal a aquellas entidades que tengan un importe neto de cifra de negocio a partir de un millón de euros, pese a que no esté garantizado que en todos estos casos obtengan «beneficios».

⁶ Esta afirmación en todo caso debe matizarse pues para determinar si dicha sociedad está obligada a este régimen especial por generar una cifra de negocio de 6 millones de euros, se toma como referencia el importe neto de la cifra de negocios en los 12 meses anteriores al inicio del periodo impositivo *ex* artículo 40.1 de la LIS, por lo que puede existir cierta asincronía entre los ingresos generados en el periodo impositivo y los del periodo impositivo en curso. Esta conclusión no es un dato hipotético, sino totalmente real tal como ha acontecido a raíz de la crisis sanitaria de la COVID-19.

de este criterio, más allá de obtener una financiación temporal de un crédito fiscal (sin compensar con un abono automático de intereses por el enriquecimiento injusto generado).

La medida introducida por el real decreto-ley no supera el test de proporcionalidad, siguiendo la doctrina del TC (Sentencias del TC 55/1996, de 28 de marzo –NCJ065130–; 207/1996, de 16 de diciembre –NCJ065131–, y 198/2003, de 10 de noviembre –NCJ042295–), por cuanto ni es idónea, ni necesaria, ni equilibrada.

En efecto, en primer lugar, la medida no es idónea o adecuada, pues el cumplimiento de los compromisos de corrección del déficit por parte del Estado español con la UE, no pueden ser a costa de lesionar la capacidad económica de determinados sujetos. En segundo lugar, la medida en particular no es necesaria o imprescindible para alcanzar dicho fin, pues cabe arbitrar otras vías menos invasivas, pero con el mismo nivel de eficacia para alcanzar dicho fin de estabilidad presupuestaria (*v. gr.* reducción de gastos superfluos o no prioritarios, etc.). Por último, no resulta equilibrada, porque dicha medida altera de forma desproporcionada la cuantía a pagar por afectar a un importante número cualitativo de sociedades⁷. Nótese que, según los datos de la Agencia Tributaria, la medida adoptada por el real decreto-ley llevó a producir un incremento en la recaudación de un 175 % para las «grandes empresas y grupos».

4. En aras de lograr la más que necesaria uniformidad entre las rentas pagadas por las sociedades y las personas físicas, sería deseable eliminar el método de «cuota» en los pagos fraccionados en el IS, pues además de que no existe en el seno del IRPF, casa mal una base de cálculo de un pago fraccionado del ejercicio económico en curso referenciado sobre un «factor histórico» como son las cuotas tributarias pagadas de periodos impositivos ya cerrados. La crisis sanitaria de la COVID-19 nos ha mostrado con toda su crudeza la relativización de los resultados, siguiendo un clásico brocado del mundo empresarial: «rentabilidades pasadas no garantizan rentabilidades futuras...». Esto explica que el Gobierno en el estado de alarma tuviera que dictar el artículo 9 del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, per-

⁷ Suscribimos las palabras de Menéndez Moreno (2017), cuando afirma que:

[...] el Real Decreto-Ley 2/2016, parece así poner de manifiesto que el Gobierno se decantó por la solución más fácil y segura de instrumentar, dejando al margen el principio de equilibrio que ha de tutelar a los afectados. Así pues, parece que solo un criterio arbitrario como el de la facilidad recaudatoria, determinó quienes serían los «elegidos» para solventar, ellos solos, un problema del conjunto de la sociedad española. [...] Es evidente, pues, que desde la perspectiva de estos principios que se acaban de citar –principios de capacidad económica reconducible al de interdicción de la arbitrariedad, de igualdad, generalidad y seguridad jurídica– el juicio sobre la necesidad de la medida suscita reparos de constitucionalidad. Si, además, la medida desconoce, como ha sido el caso, el principio de intervención mínima, el resultado es infligir un sacrificio desequilibrado a los legítimos intereses de un único colectivo de contribuyentes.

mitiendo a los contribuyentes que habían optado en su momento por el sistema de cuota modificar su opción (vencido sin embargo el plazo originario de ejercicio que establece el art. 40.3 LIS), acogiéndose al sistema de base imponible corrida, que debe reconocerse se ajusta más a la capacidad económica actual.

5. La vuelta del TC a la jurisprudencia prospectiva, limitando sus efectos a los recursos interpuestos que permanezcan «vivos» no coadyuva precisamente a una reducción de la litigiosidad incentivando a los contribuyentes a recurrir por sistema cualquier norma sobre los que existan dudas de constitucionalidad⁸. No hacerlo podría llevar incomprensiblemente a cercenar cualquier derecho del contribuyente a solicitar el pago de intereses de demora por las cuotas pagadas de más con origen en una norma que posteriormente ha sido declarada inconstitucional y nula ex artículo 39.1 de la LOTC.

Resulta de gran interés el escrito de aclaración que presentó el abogado del Estado para que el TC se pronunciara sobre la expresión contenida en dicha sentencia respecto a la limitación de efectos a «situaciones consolidadas en vía administrativa por no haber sido impugnadas en tiempo y forma». Sin embargo, el Auto del TC 83/2020, de 21 de julio (NCJ064941) no arroja luz a esta cuestión por entender que:

[...] la aclaración solicitada excede del objeto de este trámite procesal. Con la denominación de solicitud de aclaración lo que en realidad se solicita al Tribunal es que precise si las autoliquidaciones cuya rectificación no se haya instado antes de la presente sentencia han de considerarse situaciones consolidadas por no haber sido recurridas en tiempo y forma. El Tribunal, sin embargo, no puede efectuar la precisión solicitada, pues si así lo hiciera estaría resolviendo una cuestión de legalidad ordinaria que, como tal excede de sus competencias al no corresponder a la jurisdicción constitucional determinar las concretas situaciones que tienen esta condición. Tampoco –concluye el Alto Tribunal– proceder a aclarar la frase «consolidadas en vía administrativa por no haber sido impugnadas en tiempo y forma». El concepto aplicado en la sentencia corresponde a los que habitualmente emplea el Tribunal cuando por razones de seguridad jurídica, considera necesario limitar los efectos temporales de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley.

Por desgracia, el Alto Tribunal no aclara esta cuestión con lo que podría interpretarse que la limitación de los efectos no resulta aplicable a la situación que nos ocupa, por cuanto la obligación del pago fraccionado se concreta en una «autoliquidación» (no «liquidación

⁸ Siguiendo a Falcón y Tella (1997), «con esta doctrina, conseguir la anulación de una liquidación con base en la inconstitucionalidad de la Ley tributaria se convierte en una carrera de obstáculos en que el más mínimo tropiezo deja al interesado en fuera de juego».

administrativa») que se presenta a través del modelo 202, por lo que estarían legitimadas para exigir los intereses de demora todas aquellas empresas que decidieron impugnar la autoliquidación (con origen en una disposición nula) antes de que la sentencia se publicase en el BOE (viernes, 31 de julio de 2020), que es el momento en que produce efectos *erga omnes* tal como proclama el artículo 164 de la CE⁹.

Referencias bibliográficas

Alguacil Mari, P. (2017). La aplicación del principio de capacidad económica a los pagos fraccionados del Impuesto sobre Sociedades. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 176, 17-58.

Falcón y Tella, R. (1997). Efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre los recursos de amparo pendientes: la peligrosa doctrina sentada por la STC. 159/1997, de 2 de octubre, en relación con el gravamen complementario de la tasa sobre el juego. *Quincena fiscal*, 20, 5-10.

Menéndez Moreno, A. (2017). Un Gobierno en funciones, el contenido y la forma: aspectos que cuestionan la constitucionalidad

del Decreto –Ley 2/2016. *Quincena fiscal*, 4, 13-22.

Moreno Fernández, J. I. (2019). *Die philosophie des als-ob*: el gravamen de las minusvalías como si fuesen plusvalías. En P. Chico de la Cámara, *Aspectos de interés para una futura reforma de las Haciendas Locales*. (1.ª ed.). Tirant lo blanch.

Rozas Valdés, J. A. (1994). La deficiente eficacia del conflicto. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 84, 837-850.

⁹ Nótese que este efecto da lugar a una situación kafkiana pues el conocimiento del fallo antes de que se publique formalmente en el BOE producirá un «efecto anuncio» en cascada de todas las entidades afectadas impugnando dichas autoliquidaciones que no son firmes al disponer de cuatro años para iniciar el procedimiento especial de revisión al tratarse de «autoliquidaciones» frente a las «liquidaciones administrativas» que como es sabido es solo de un mes. Siguiendo a J. I. Moreno Fernández (2019, p. 241):

[...] el plazo para la devolución será el de prescripción de cuatro años (art. 66 c) LGT) a contar no desde la fecha del ingreso indebido, sino desde que puede calificarse como indebido como consecuencia de la resolución del Tribunal Constitucional. Por tanto, el obligado tributario tiene el plazo de cuatro años para instar la rectificación de la autoliquidación practicada, que cuenta hacia delante y no hacia atrás, porque la nulidad radical de una norma, y por tanto, la de sus actos de aplicación, no se ve afectada por el instituto de la prescripción, razón por la cual, quién pagó indebidamente un tributo tiene el derecho a solicitar su devolución en el plazo de los cuatro siguientes a la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el BOE.



La tributación de las rentas del capital a tenor de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han sido generosamente estudiadas por la doctrina científica, tanto nacional como extranjera. La presente colaboración no pretende realizar una aportación a ese acervo doctrinal, lejos de las posibilidades de su autor sino, más bien, proporcionar una visión panorámica y puramente descriptiva de las referidas a las rentas del capital, así como esbozar la incidencia que han tenido en las sentencias de los tribunales españoles y en las modificaciones legislativas.

La colaboración consta de tres partes. En la primera, se procura una visión sintética de las sentencias del TJUE relativas a dividendos, intereses y plusvalías mobiliarias. En la segunda, se espigan las sentencias más relevantes de los tribunales españoles relacionadas con las sentencias del TJUE en materia de rentas del capital y se entresacan sus párrafos más relevantes, al tiempo que se da cuenta de las modificaciones normativas que estas han provocado. En la tercera, se desgranán las conclusiones y se desliza una reflexión final respecto del papel del TJUE en la configuración de los sistemas fiscales, en materia de rentas del capital.

La finalidad perseguida ha exigido realizar notables simplificaciones. Así, han quedado al margen los aspectos relacionados con la transparencia fiscal internacional, las fusiones, la consolidación y los establecimientos permanentes.

Palabras clave: restricción; justificación; dividendos; intereses; plusvalías.

Fecha de entrada: 19-09-2020 / Fecha de aceptación: 26-10-2020

Cómo citar: Sanz Gadea, E. (2020). La tributación de las rentas del capital a tenor de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, E1-E150.





Taxation of capital income in accordance with the ECJ case-law

Eduardo Sanz Gadea

Abstract

The case-law of the European Court of Justice (ECJ) has been extensively studied by several national and foreign researchers. This paper is not intended to make a contribution to this doctrinal *acquis* but to provide a panoramic and purely descriptive view of the decisions referred to capital income, as well as noting their impact on the jurisprudence of the Spanish courts and in the legislative amendments.

This paper is divided into three parts. First, a synthetic view of the ECJ rulings regarding dividends, interest and capital gains is pursued. Then, the most relevant judgments of the Spanish courts related to the ECJ rulings on capital income are analyzed and their most relevant paragraphs are extracted. This part also lists the regulatory changes that these rulings have caused. Finally, the conclusions are enumerated, and a final reflection is made regarding the role of the ECJ in the configuration of tax systems in this field.

The purpose pursued by this work has required significant simplifications. Thus, aspects related to controlled foreign company rules, mergers, consolidation and permanent establishments have been left out.

Keywords: restriction; justification; dividends; interests; capital gains.

Citation: Sanz Gadea, E. (2020). La tributación de las rentas del capital a tenor de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, E1-E150.



Sumario

Introducción

Parte primera. Las sentencias del TJUE en materia de rentas del capital

1. Características básicas de las sentencias del TJUE

- 1.1. Elementos componentes
- 1.2. Selección de la libertad aplicable
- 1.3. Restricción o discriminación
- 1.4. El análisis de comparabilidad
- 1.5. Las causas de justificación
- 1.6. Las connotaciones fiscales de la libertad de movimiento de capitales
- 1.7. Clasificación de las sentencias relativas a las rentas del capital

2. Tributación de los dividendos

2.1. Tributación de los residentes (dividendos externos entrantes)

2.1.1. Disparidad radical

- 2.1.1.1. Perceptores personas jurídicas
- 2.1.1.2. Perceptores personas físicas

2.1.2. Disparidad relativa

- 2.1.2.1. Perceptores personas jurídicas
- 2.1.2.2. Perceptores personas físicas

2.1.3. Presión fiscal efectiva mayor sobre los dividendos externos

2.2. Tributación de los no residentes (dividendos internos salientes)

2.2.1. Retención a no residentes frente a residentes exentos

2.2.2. Retención a no residentes frente a residentes no exentos

2.2.3. Crédito fiscal para los accionistas residentes, pero no para los no residentes

2.2.4. Neutralización de la restricción mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición

2.2.5. Diversidad de convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

2.3. El caso particular de los fondos de pensiones y de las instituciones de inversión colectiva

2.3.1. Fondos de pensiones

- 2.3.1.1. El fondo de pensiones
- 2.3.1.2. Los partícipes

2.3.2. Instituciones de inversión colectiva

- 2.3.2.1. La institución de inversión colectiva
- 2.3.2.2. Los partícipes

- 2.4. Dividendos afectos a la Directiva matriz-filial
 - 2.4.1. Requisitos de acogimiento
 - 2.4.1.1. Tiempo de tenencia de la participación
 - 2.4.1.2. Forma jurídica
 - 2.4.1.3. Sujeción a la imposición sobre los beneficios
 - 2.4.1.4. Usufructo
 - 2.4.2. Concepto de retención
 - 2.4.3. Método de eliminación de la doble imposición
 - 2.4.4. Norma antiabuso
- 3. Tributación de los intereses
 - 3.1. Tributación de los residentes
 - 3.1.1. Intereses relacionados con instrumentos de patrimonio
 - 3.1.2. Intereses afectados por normas antiabuso
 - 3.1.3. Intereses relacionados con exenciones
 - 3.2. Tributación de los no residentes
 - 3.3. Intereses afectados por la Directiva 2003/49, de intereses y cánones
- 4. Tributación de las plusvalías mobiliarias
 - 4.1. Tributación de los residentes
 - 4.2. Tributación de los no residentes
- 5. Tributación patrimonial

Parte segunda. La incidencia de las sentencias del TJUE

- 1. Impuesto sobre la renta de las personas físicas
 - 1.1. Eliminación de la doble imposición de dividendos
 - 1.2. Régimen de las ganancias patrimoniales
 - 1.3. Aportaciones a fondos de pensiones
- 2. Impuesto sobre sociedades
 - 2.1. Eliminación de la doble imposición económica
 - 2.1.1. De dividendos
 - 2.1.2. De plusvalías de cartera
 - 2.2. Deducción de gastos financieros
 - 2.2.1. El nuevo enfoque de la subcapitalización
 - 2.2.2. El conflicto de los gastos financieros
 - 2.2.3. La adecuación al ordenamiento comunitario del régimen de la vigente deducción de los gastos financieros
 - 2.3. Aportaciones no dinerarias especiales
- 3. Impuesto sobre la renta de no residentes
 - 3.1. Retención sobre dividendos internos salientes
 - 3.1.1. Retención a fondos de pensiones
 - 3.1.2. Retención a instituciones de inversión colectiva

- 3.1.3. Retención a entidades aseguradoras
- 3.1.4. Retención a fundaciones
- 3.1.5. Retención sobre dividendos de participaciones significativas
- 3.2. Plusvalías de cartera
- 3.3. Tipo de gravamen de las rentas del capital
- 3.4. Determinación de la base imponible
- 3.5. Exención de intereses intracomunitarios
- 4. Directiva matriz-filial
 - 4.1. Requisitos de acogimiento
 - 4.1.1. Porcentaje de participación
 - 4.1.2. Tiempo de tenencia de la participación
 - 4.1.3. Sujeción a la imposición sobre los beneficios
 - 4.1.4. Usufructo
 - 4.2. Norma antiabuso
 - 4.3. Relación con la reserva de capitalización
 - 4.4. Asimetría de rentas afectadas
- 5. Relación con el sistema de tributación internacional sobre las rentas del capital
 - 5.1. Imposición sobre dividendos pagados a no residentes
 - 5.2. Imposición sobre intereses pagados a no residentes
 - 5.3. Imposición sobre plusvalías mobiliarias
 - 5.4. Base imponible de la imposición sobre no residentes
 - 5.5. Aplicación de métodos para eliminar la doble imposición
 - 5.6. Cláusulas de exclusión del convenio
 - 5.7. Cláusula de nación más favorecida

Parte tercera. Conclusiones y reflexiones finales

1. Conclusiones

- 1.1. Conclusiones generales
- 1.2. Conclusiones particulares

2. Reflexiones finales

- 2.1. La versión fiscal del trilema de Rodrik
- 2.2. El perfil de las sentencias del TJUE en materia de tributación sobre las rentas del capital
- 2.3. La denominada armonización negativa

Referencias bibliográficas

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



Este desequilibrio entre el alcance nacional de los gobiernos y la naturaleza global de los mercados constituye el talón de Aquiles de la globalización. Un sistema económico global sano necesita un delicado compromiso entre estos dos ámbitos. Si se da demasiado poder a los gobiernos, se obtiene proteccionismo y autarquía. Si se da demasiada libertad a los mercados, se obtiene una economía mundial inestable con escaso apoyo social y político de aquellos a quienes se pretende ayudar...

Dani Rodrik

La paradoja de la Globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial.

Bosch, 2011, p. 18.

Introducción

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han sido generosamente estudiadas por la doctrina científica, tanto nacional como extranjera. El presente estudio no pretende realizar una aportación a ese acervo doctrinal, lejos de las posibilidades de su autor sino, más bien, proporcionar una visión panorámica y puramente descriptiva de las referidas a las rentas del capital, así como esbozar la incidencia que han tenido en las sentencias de los tribunales españoles y en las modificaciones legislativas. La finalidad perseguida ha exigido realizar notables simplificaciones.

El artículo consta de tres partes. En la primera, se procura una visión sintética de las sentencias del TJUE relativas a dividendos, intereses y plusvalías mobiliarias, si bien no serán objeto de consideración las relacionadas con los regímenes de transparencia fiscal internacional, de operaciones de reestructuración empresarial, de consolidación fiscal y, en fin, con establecimientos permanentes, por cuanto es más apropiado insertar su exposición en el contexto de un estudio que verse sobre dichos regímenes.

En la segunda, se espigan las sentencias más relevantes de los tribunales españoles relacionadas con las sentencias del TJUE en materia de rentas del capital y se entresacan sus párrafos más relevantes, al tiempo que se da cuenta de las modificaciones normativas que aquellas han provocado. Se pone así de relieve la relación dinámica entre el TJUE y los



tribunales españoles los cuales, aun cuando remisos a plantear la cuestión prejudicial han sido extraordinariamente sensibles a las sentencias de aquel. También lo ha sido el legislador fiscal, por más que sus decisiones puedan, en algunos casos y ciertos aspectos, estar sujetas a una revisión crítica.

En la tercera, se desgranar las conclusiones y se desliza una reflexión final respecto del papel del TJUE en la configuración de los sistemas fiscales, en materia de rentas del capital.

Queda, por tanto, al margen de este trabajo, el análisis de las normas comunitarias relativas a la imposición de dividendos, intereses y cánones, las cuales únicamente serán consideradas en relación con las sentencias del TJUE que les hubiere afectado.

Parte primera. Las sentencias del TJUE en materia de rentas del capital

1. Características básicas de las sentencias del TJUE

Una exposición sintética, como la que se pretende, de las sentencias del TJUE en materia de fiscalidad sobre las rentas del capital, es útil que vaya precedida de un breve resumen sobre el esquema al que, con bastante regularidad, se sujetan las mismas.

En el campo de la imposición directa, en el cual se inscribe la tributación sobre las rentas del capital, ese esquema es distinto según que versen sobre la relación entre las normas fiscales nacionales concernidas y las libertades comunitarias o el principio de no discriminación, o sobre la interpretación de alguna norma comunitaria.

1.1. Elementos componentes

En el primer caso, las sentencias se ajustan al siguiente esquema:

- Descripción de las normas nacionales concernidas.
- Determinación de la libertad aplicable.
- Constatación, en su caso, de un tratamiento fiscal distinto y más gravoso o menos ventajoso para la situación transfronteriza respecto de la interna. En tal caso, se apreciará la existencia de una restricción respecto de la libertad aplicable.
- Análisis de comparabilidad, al objeto de determinar si dichas situaciones son comparables, ya que, si no lo fueran, la restricción quedaría superada o, más bien, no existiría.

- Examen de las causas de justificación alegadas, ya que el régimen fiscal restrictivo quedaría justificado en cuanto fuere adecuado respecto de la finalidad amparada por la causa de justificación y proporcionado, esto es, que no fuere más restrictivo de lo estrictamente necesario.
- En ciertos casos, consideración del impacto sanador de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, en la medida en que pudiere compensar la desventaja constitutiva de la restricción. Algunas sentencias del TJUE han indicado los requisitos que deben concurrir al efecto. Por el contrario, el TJUE ha negado toda validez al efecto sanador derivado de una norma puramente interna de la otra jurisdicción fiscal.

En el segundo caso, el TJUE proporcionará la interpretación pertinente, atendiendo, esencialmente, al objetivo comunitario que la norma en cuestión pretende alcanzar o, lo que es lo mismo, desvelando la interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la norma.

1.2. Selección de la libertad aplicable

En materia de rentas del capital operan, principalmente, las libertades de movimiento de capitales y de establecimiento. La selección de una u otra depende del objeto y finalidad de la normativa nacional concernida. Si esta normativa se aplica a situaciones en las que subyace una relación de influencia, generalmente por parte del perceptor de la renta respecto de su pagador, será pertinente la libertad de establecimiento. De no ser así lo será la de libertad de movimiento de capitales. Esa relación de influencia habrá de apreciarse a la vista de los hechos en presencia. Tal vez el más destacado, pero no el único, sea el porcentaje de participación sobre el capital social. Si no media esa relación de influencia, se aplicará la libertad de movimiento de capitales, en el bien entendido que en uno y otro caso ha de tratarse de una situación transfronteriza.

La selección de la libertad aplicable es importante, pues la libertad de movimiento de capitales cubre situaciones que afectan a Estados terceros, en tanto que la de establecimiento solo lo hace sobre las que afectan a Estados miembros (Malherbe, Malherbe, Richelle y Traversa, abril 2011, pp. 19 y ss.).

Aun anticipando temas que serán tratados más adelante, las solicitudes devolución de las retenciones practicadas por el impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR), respecto de los dividendos internos salientes, formuladas por los fondos de inversión norteamericanos, tienen como trasfondo la selección de la libertad de movimiento de capitales efectuada por el TJUE en el enjuiciamiento de los casos inherentes a esta materia.

Generalmente, el TJUE no ha resuelto aplicando dos o más libertades, sino que lo ha hecho en razón a la que ha entendido preponderante (Zornoza Pérez, 2014), de manera

tal que, apreciada una restricción en virtud de la libertad seleccionada, huelga examinar la cuestión a la luz de otra, y lo mismo cabe decir si la restricción no es apreciada.

1.3. Restricción o discriminación

En términos generales puede afirmarse que un régimen fiscal será restrictivo cuando impida o dificulte el ejercicio de una libertad, en tanto que será discriminatorio cuando dé un trato más gravoso o menos ventajoso a una situación transfronteriza respecto de la interna.

En la inmensa mayoría de las sentencias relativas a las rentas del capital, la apreciación de la restricción ha descansado en un enjuiciamiento propio de la determinación de la existencia de una discriminación, ampliamente delimitada, seguramente porque las libertades están íntimamente relacionadas con el principio de no discriminación, ya que en las mismas cabe distinguir dos dimensiones, a saber, libertad de circulación a través de las fronteras nacionales y prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad (Malherbe, Malherbe, Richelle y Traversa, abril 2011, p. 20), englobando esta última la residencia fiscal.

Sin embargo, el TJUE se ha preocupado de desvelar el efecto de impedimento u obstáculo respecto de la libertad concernida, enlazando así la discriminación con la restricción. Así, tratándose de la libertad de movimiento de capitales, el efecto consistirá en disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de un Estado miembro a hacerlo en otros Estados y, tratándose de la libertad de establecimiento, en disuadir, en los mismos términos, de ejercer actividades mediante sucursales o filiales en un Estado miembro.

1.4. El análisis de comparabilidad

El tratamiento fiscal distinto y más gravoso o menos ventajoso para la situación transfronteriza respecto de la interna exige, en primer lugar, concretar los elementos característicos de las mismas y, en segundo lugar, precisar las normas aplicables a una y otra, así como sus respectivos efectos.

En el ámbito de las rentas del capital, el régimen fiscal distinto ha venido derivando, básicamente, que, por motivos bien fundados en la técnica tributaria, los distintos sistemas fiscales distinguen entre contribuyentes residentes y no residentes y entre flujos financieros internos y transfronterizos. El tratamiento fiscal más gravoso o menos ventajoso para los no residentes respecto de los residentes o de los flujos financieros transfronterizos respecto de los puramente internos es considerado como determinante de una restricción a la libertad seleccionada, cuando la situación de residentes y no residentes o la de flujos financieros internos y transfronterizos sea comparable.

Los Gobiernos concernidos han venido sistemáticamente defendiendo la regularidad de los regímenes fiscales afectados en relación con el Derecho de la Unión Europea (UE), sobre la base de que las situaciones interna y transfronteriza no eran comparables.

El TJUE realiza el análisis de comparabilidad tomando en consideración el objeto y finalidad del régimen fiscal cuya aplicación pretende el interesado. Así, las dos situaciones, interna y transfronteriza, serán comparables si las dos son igualmente merecedoras del mismo, atendiendo, justamente, a su objeto y finalidad.

El análisis de comparabilidad ha sido, como se verá, el caballo de batalla de las sentencias del TJUE (Barreiro Carril, 2012, pp. 278 y ss.).

1.5. Las causas de justificación

Aun siendo las situaciones interna y transfronteriza comparables, la restricción quedará subsanada si concurre alguna causa de justificación. En el ámbito de las rentas del capital las causas más examinadas, aunque escasamente apreciadas (Palao Taboada, 2009), han sido la coherencia del sistema fiscal, el reparto de los ingresos fiscales y el principio de territorialidad, la lucha contra el fraude y la evasión fiscal y, en fin, la necesidad de practicar controles fiscales, todas ellas acuñadas por el propio TJUE.

La coherencia del sistema fiscal nació en *Bachman* (Sentencia de 28 de enero de 1992, asunto C-204/90 –NFJ066700–). El TJUE entendió pertinente la no deducción de la prima pagada por previsión social a una entidad no residente, siendo así que en una situación interna se admitía la deducción, considerando que por las circunstancias concurrentes no se podría, llegado el caso, gravar el importe de los capitales correspondientes, de manera tal que era coherente negar una ventaja cuando la posterior y correlativa compensación no podría hacerse efectiva.

Una interpretación amplia de esta causa de justificación hubiera proporcionado un escudo protector a bastantes regímenes fiscales. Sin embargo, el TJUE pronto recortó su alcance, pues estableció que solo operaba en relación con un régimen fiscal que establecía una ventaja y una compensación referidas al mismo contribuyente y al mismo impuesto, de manera tal que cuando la ventaja y la compensación se producían en contribuyentes diferentes o en el mismo contribuyente, pero en impuestos distintos, la causa de justificación no operaba, acuñando así la denominada doctrina del vínculo directo (*Verkooijen*, Sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98 –NFJ009096–), la cual se relajó en ciertas sentencias posteriores mediante la técnica de apreciar el carácter directo del vínculo entre ventaja y compensación tomando en consideración el objetivo del régimen fiscal concernido (*Manninen* [Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–], *Papillon* (Sentencia de 27 de noviembre de 2008, asunto C-418/07 –NFJ030334–) y *Argenta* (Sentencia de 4 de julio de 2013, asunto C-350/11 –NFJ051164–)).

El reparto equilibrado de los ingresos fiscales, causa alegada por el Reino Unido, fue acuñada en *Marks & Spencer* (Sentencia de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03 –NFJ021162–). Se trataba de justificar la no compensación de las pérdidas de las filiales no residentes en sede de la matriz, siendo así que las pérdidas de las filiales residentes sí se compensaban. El Reino Unido afirmó que las pérdidas y los beneficios (exentos cuando percibidos por la matriz) eran las dos caras de la misma moneda que habrían de tratarse de modo simétrico a los efectos de salvaguardar el equilibrio en el reparto de los ingresos fiscales entre los Estados miembros interesados, lo que implicaba que a esas pérdidas y beneficios debía aplicarse exclusivamente la legislación fiscal del Estado miembro donde residía la filial. El TJUE se limitó a recoger la alegación del Reino Unido, sin desarrollar una argumentación de carácter general.

Ciertamente, los Estados pactan una distribución o reparto de los ingresos fiscales por medio de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. Por tanto, esta causa de justificación tal vez hubiera podido arropar a todas las normas fiscales que fueren congruentes con la referida distribución. Sin embargo, el TJUE no ha dado ese paso. Así, no se ha referido a los principios que se derivan de los convenios bilaterales sino que, sistemáticamente, ha indicado que la causa de justificación juega cuando el régimen fiscal concernido tenga por objeto evitar comportamientos que puedan comprometer el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio (*Emerging Markets*, Sentencia de 10 de abril de 2014, asunto C-190/12 –NFJ054063–). En este sentido, como el propio TJUE ha reconocido, esta causa de justificación está estrechamente vinculada, cuando no solapada, con la relativa a la lucha contra el fraude y la evasión fiscales.

La lucha contra el fraude y la evasión fiscales es la causa de justificación de mayor alcance, debiendo ponerse de relieve que no solo ha sido alegada en relación con normas antiabuso de aplicación exclusiva a situaciones transfronterizas sino también respecto de regímenes fiscales de distinto alcance y objetivos. El TJUE ha venido apreciando esa causa de justificación cuando el régimen fiscal examinado era apropiado para oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional (*Cadbury*, Sentencia de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 –NFJ023535–). El TJUE no ha llegado a construir una noción de montaje puramente artificial, pero ha venido rechazando esta causa de justificación respecto de aquellos regímenes fiscales que pueden afectar tanto a situaciones artificiales como reales (*Lankhorst*, Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00 –NFJ013286–) o que implican una presunción irrefutable de artificiosidad (*Eqion*, Sentencia de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16 –NFJ067536–).

La necesidad de practicar controles fiscales pivota sobre la imposibilidad de aplicar a una situación transfronteriza el mismo régimen fiscal que a otra comparable interna, en cuanto no sea posible comprobar la concurrencia de los requisitos que habilitan su disfrute (por ejemplo, el pago de un impuesto idéntico o análogo en el extranjero).

El TJUE no ha sido proclive a admitir esta causa de justificación tratándose de situaciones intracomunitarias, ya que la asistencia mutua e intercambio de información (Directiva 77/799/CEE o Directiva 2011/16/UE, según el tiempo de los hechos) cubriría tal necesidad. Pero tampoco lo ha sido, tratándose de situaciones internacionales extracomunitarias, cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información, pues estos instrumentos jurídicos igualmente la cubrirían. Adicionalmente, el TJUE ha entendido incorrecto negar de plano la aplicación de un régimen fiscal, esto es, sin conceder al interesado la práctica de la prueba respecto de los requisitos pertinentes.

Se notará que, entre las causas de justificación, no se halla que el régimen fiscal afectado sea congruente con los estándares del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), como así se puso de manifiesto inicialmente en *Avoir Fiscal* (Sentencia de 28 de enero de 1986, asunto C-270/83 –NFJ072214–) (García Prats, 2016) y más tarde, entre otras, en *Saint-Gobaine* (Sentencia de 21 de septiembre de 1999, asunto C-307/97 –NFJ008298–).

Si concurre una causa de justificación, la libertad concernida o el principio de no discriminación no se opondrán al régimen fiscal más gravoso o menos ventajoso para la situación transfronteriza respecto de la puramente interna, a condición de que sea adecuado y proporcionado al efecto de alcanzar el objetivo de la causa de justificación. En ciertos casos, el TJUE ha ligado la proporcionalidad al principio de libre competencia.

Si no concurre una causa de justificación, o es inadecuada o desproporcionada, la situación transfronteriza deberá acceder al régimen fiscal propio de la situación interna comparable, lo que obligará a las administraciones fiscales nacionales a inaplicar las normas afectadas y a aplicar las pertinentes. Cuestión distinta, que excede el objetivo de la presente colaboración, es si las administraciones fiscales, sin mediar una sentencia del TJUE, han de ejercitar el denominado poder-deber de inaplicar las normas fiscales restrictivas¹.

¹ La sentencia Costanzo (de 22 de junio de 1989, asunto C-103/88 –NFJ079336–) entendió que, en el contexto de la aplicación de las normas internas que transpusieron una directiva concerniente a la contratación administrativa, los órganos administrativos sí estaban concernidos por tal facultad y deber.

En alguna sentencia de los tribunales españoles se ha deslizado que la facultad y obligación de inaplicar también corresponde a los órganos administrativos (Audiencia Nacional –AN–, de 31 de marzo de 2010), pero el Consejo de Estado ha entendido lo contrario (Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del ordenamiento comunitario en el derecho español [2008]).

No obstante, con posterioridad al informe del Consejo de Estado, el TJUE ha venido aludiendo a la existencia de ese poder-deber en sede administrativa, si bien no como el asunto central de su decisión sino en el contexto de la misma, y sobre el trasfondo del incumplimiento inherente a una directiva no transpuesta o indebidamente transpuesta (*Rosado* [Sentencia de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10 –NSJ040688–]; *Amia* [Sentencia de 24 de mayo de 2012, asunto C-97/11 –NFJ047023–]; *Gavieiro* [Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09 –NSJ037405–]) si bien,

1.6. Las connotaciones fiscales de la libertad de movimiento de capitales

En las sentencias relativas a la libertad de movimiento de capitales, las autoridades fiscales han esgrimido el artículo 65.1 a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antiguo art. 58 TCE), a cuyo tenor, la prohibición de las restricciones a la libertad de movimiento de capitales prevista en el artículo 63 del TFUE (antiguo art. 56 TCE), se aplicará «sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital», pero como quiera que el apartado 3 del artículo 65 del TFUE establece que esas disposiciones fiscales «no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitrario ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63», el TJUE, aun reconociendo que la posición de los contribuyentes residentes y no residentes es diferente, ha venido reiterando que la libertad de movimiento de capitales se opone a toda norma fiscal discriminatoria o restrictiva a menos que medie una causa de justificación, sin que sea bastante causa de justificación el diferente lugar de la residencia, cuando la situación del residente y del no residente sean comparables. Por tanto, los criterios utilizados para apreciar la existencia de una discriminación han sido cruciales.

Siendo la competencia en materia de imposición sobre la renta de los Estados miembros, excepción hecha de las directivas que puntualmente la han limitado, ni el artículo 65.1 a) del TFUE les confiere un margen de actuación ni el artículo 65.3 del TFUE les impone una obligación que no tuvieran, de manera tal que el artículo 65 del TFUE no ha incidido apreciablemente en la técnica de análisis desplegada por el TJUE.

1.7. Clasificación de las sentencias relativas a las rentas del capital

Si se toma como referencia la página que la UE dedica a las sentencias del TJUE bajo la referencia «CJUE Cases In The Area Of, Or Of Particular Interest For, Direct Taxation», de las cerca de 500 sentencias referidas al amplio campo de la imposición sobre la renta y el patrimonio, más de una quinta parte versan específica y directamente sobre las rentas del capital, esto es, dividendos, intereses y plusvalías, y varias otras lo hacen de manera indi-

precisamente en una cuestión de carácter fiscal, el pronunciamiento se proyectó respecto del derecho primario (*The Trustees of the BT Pension Échème* 628-15).

La Sentencia 145/2012, del Tribunal Constitucional, de 2 de julio (NCJ057249), ha abundado sobre la existencia del deber-poder de inaplicación administrativo, aunque a modo de *obiter dicta* del asunto principal.

recta o en asociación con otros regímenes fiscales. La mayoría está dedicada a responder a cuestiones prejudiciales del artículo 267 del TFUE, otras resuelven recursos de incumplimiento interpuestos por la Comisión y, en fin, otras versan sobre la interpretación de normas contenidas en directivas o reglamentos.

Un análisis fructífero de las sentencias debe ir dirigido a extraer los criterios básicos que el TJUE ha venido desplegando a lo largo de las mismas. Para dar cumplimiento a ese objetivo es útil efectuar una labor previa de clasificación. La que se ofrece, tal y como se desprende del índice de materias, atiende a la naturaleza de la renta, el sentido de la relación jurídica, y la concurrencia de una norma comunitaria en materia de imposición sobre las rentas del capital.

2. Tributación de los dividendos

Es esta la materia que ha acumulado el mayor número de sentencias. Estas sentencias han contemplado la tributación de los dividendos de fuente extranjera percibidos por personas residentes (dividendos externos entrantes) y la de los dividendos de fuente interna pagados a no residentes (dividendos internos salientes).

2.1. Tributación de los residentes (dividendos externos entrantes)

El TJUE ha abordado, básicamente, dos situaciones, a saber, aquella en la que los dividendos internos están asistidos de un método para eliminar o atenuar la doble imposición económica en tanto que los dividendos externos entrantes se gravan plenamente, y aquella otra en la que los dividendos disfrutan de métodos distintos para eliminar o atenuar la doble imposición económica, según que sean internos o externos, configurándose así las situaciones de disparidad radical y relativa.

Aparte de esas dos materias principales, la tributación de los dividendos externos ha dado pie al análisis de la pertinencia de garantizar la misma presión fiscal con independencia del lugar de la inversión de los capitales.

2.1.1. Disparidad radical

La disparidad radical ha sido examinada, básicamente, en *Verkooijen* (Sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98 –NFJ009096–), *Lenz* (Sentencia de 15 de julio de 2004, asunto C-315/02 –NFJ029120–), *Maninen* (Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–), *Meilicke I* (Sentencia de 6 de marzo de 2007, asunto C-292/04 –NFJ025069–), *Holbock* (Sentencia de 24 de mayo de 2007, asunto C-157/05 –NFJ025825–), *Meilicke II*

(Sentencia de 30 de junio de 2011, asunto C-262/09 –NFJ043187–), *Accor* (Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-310/09 –NFJ044040–) y *República de Francia* (Sentencia de 4 de octubre de 2018, asunto C-416/17 –NFJ071480–), *Haribo* y *Salinen* (Sentencia de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08 –NFJ041413–, tercera cuestión) y *Secil* (Sentencia de 24 de noviembre de 2016, asunto C-464/14 –NFJ064699–). También versan sobre esta materia un conjunto de sentencias que, por contener argumentos respecto del papel de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, se comentan separadamente.

2.1.1.1. Perceptores personas jurídicas

En *Haribo* (Sentencia de 10 de febrero de 2011, asunto C-436/08 –NFJ041413–, cuestión primera), el TJUE apreció como restrictiva de la libertad de movimiento de capitales la tributación plena de los dividendos externos entrantes procedentes de Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), cuando el porcentaje de participación no alcanzaba el 10 %, en tanto que los dividendos internos (Austria) estaban exentos cualquiera que fuere el porcentaje de participación, por cuanto la situación de los dividendos internos y externos era comparable, frente al objetivo de la eliminación de la doble imposición económica (p. 59), de manera tal que debía darse a los dividendos externos entrantes un trato equivalente respecto de los dividendos internos (p. 60).

Desde luego, ese tratamiento radicalmente dispar, podía disuadir a los inversores residentes de colocar sus capitales en las entidades residentes en esos Estados terceros (p. 52).

No obstante, la exención podía alcanzarse si el dividendo externo entrante procedía de un beneficio que hubiere estado efectivamente sujeto a una tributación comparable a la austriaca, a cuyo efecto era necesario que la Administración tributaria austriaca dispusiera de los medios de control suficientes. El TJUE fue sensible a la causa de justificación de los controles fiscales, pero apreció que iba más allá de lo necesario, por cuanto si bien era congruente exigir al efecto un acuerdo de asistencia mutua administrativa no lo era exigir, también, un acuerdo en materia de recaudación (p. 72 y 73).

Véase, por tanto, que el TJUE aceptó que la exención del dividendo extranjero entrante estuviere supeditada a una tributación sobre los beneficios comparable a la que soportaban los beneficios internos, pero rechazó la necesidad de un acuerdo de asistencia recaudatoria, al efecto de comprobar ese extremo.

La enseñanza que se deriva de esta sentencia es que la libertad de movimiento de capitales no impone de manera radical la exención de los dividendos externos entrantes cuando los dividendos internos están exentos, ya que permite supeditarla al requisito de tributación comparable sobre los beneficios de los que procede el dividendo. Este matiz es importante por cuanto permite morigerar, cuando no anular, la deslocalización de capitales por motivos

fiscales. Más todavía, la no concesión de la exención a los dividendos externos entrantes es admisible si la Administración tributaria no cuenta, en relación con la jurisdicción fiscal de la fuente, con un acuerdo de asistencia mutua que permita verificar la tributación comparable, si bien es lógico entender que el mismo pueda estar procurado por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

En *Secil* (Sentencia de 24 de noviembre de 2016, asunto C-464/14 –NFJ064699–), el TJUE apreció restrictiva de la libertad de movimiento de capitales la tributación plena de los dividendos externos entrantes procedentes de Estados terceros, cuando los dividendos internos (Portugal) podían acogerse a la exención, total o parcial, pues, frente al objetivo de eliminación de la doble imposición en cadena o doble imposición económica, los dividendos externos entrantes se hallaban en situación comparable con los dividendos internos (p. 55), y de ahí que aquella libertad rechazara la disparidad de trato (p. 47), la cual, por otra parte, podría surtir un efecto disuasorio respecto de la inversión en entidades residentes en Estados terceros (p. 50).

Ahora bien, en el análisis de las causas de justificación, el TJUE reparó en que la legislación portuguesa establecía, como requisito para aplicar la exención de los dividendos internos, que la entidad pagadora estuviera sujeta y no exenta a la imposición, de manera tal que esos mismos requisitos habían de predicarse de los dividendos externos entrantes y, además, la Administración tributaria debía tener la posibilidad de comprobar ese extremo mediante la normativa de asistencia mutua. En este punto, el TJUE remitió al tribunal nacional dilucidar si el intercambio de información previsto en el convenio para evitar la doble imposición luso-tunecino, permitía efectuar ese control (p. 68).

Nótese la diferencia con el caso *Haribo*. En efecto, la legislación austriaca permitía la exención cuando el impuesto sobre los beneficios extranjero fuera comparable al austriaco, en tanto que la legislación portuguesa solo concedía la exención a los dividendos internos (también a los afectados por la Directiva matriz-filial) pero, aun así, el TJUE entendió que, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales, la exención únicamente debía extenderse a los dividendos externos entrantes si la Administración tributaria portuguesa estuviere amparada por un marco jurídico que permitiera la asistencia mutua administrativa.

En esta sentencia también se contempló el posible efecto sanador de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición. El TJUE observó que el convenio luso-tunecino solamente hacía frente a la doble imposición jurídica, pero no a la económica, en línea con el Modelo de Convenio de la OCDE (p. 49). La presencia de un convenio que estableciera la eliminación de la doble imposición económica supondría la neutralización de la restricción. No fue el caso.

Es interesante destacar que el TJUE enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales, a pesar de que las participaciones concernidas determinaban porcentajes sobre el capital social bastante elevados, y ello fue así porque la legislación

portuguesa concedía la exención parcial sin necesidad de alcanzar un determinado porcentaje de participación.

2.1.1.2. Perceptores personas físicas

En las sentencias que se enumeran, de acuerdo con las respectivas legislaciones nacionales, los dividendos externos entrantes tributaban plenamente, en tanto que los dividendos internos gozaban de exención, *Verkooijen* (Sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98 –NFJ009096–) o de una retención liberatoria, *Lenz* (Sentencia de 15 de julio de 2004, asunto C-315/02 –NFJ029120–) o de un crédito fiscal calculado en función del tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades (IS), *Maninen* (Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–) y *Meilicke I* (Sentencia de 6 de marzo de 2007, asunto C-292/04 –NFJ025069–) o de un tipo especial reducido, *Holbock* (Sentencia de 24 de mayo de 2007, asunto C-157/05 –NFJ025825–) o de una reducción en la retención, *Accor* (Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-310/09 –NFJ044040–).

Esa diferencia de trato fiscal, en todos los casos, fue considerada por el TJUE restrictiva de la libertad de movimiento de capitales, por cuanto podía disuadir a los residentes de invertir en el extranjero y, consecuentemente, las entidades extranjeras tendrían dificultad para colocar sus emisiones en el mercado de capitales nacional. No obstante, en *Holbock* (Sentencia de 24 de mayo de 2007, asunto C-157/05 –NFJ025825–) operó la excepción, actualmente contenida en el artículo 64.1 del TFUE, relativa a las normas restrictivas de la libertad de movimiento de capitales con países terceros existentes a 31 de diciembre de 1993.

En todas estas sentencias se planteó el alcance de la regla, actualmente contenida en el artículo 65 del TFUE, que permite a los Estados miembros establecer distinciones en función de la residencia de los inversores o del lugar en el que se efectúan las inversiones. Para los Estados miembros que alegaron, esa regla permitía, claramente, reservar la eliminación de la doble imposición económica a los dividendos procedentes de beneficios gravados por la propia jurisdicción fiscal (*Accor*, Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-310/09 –NFJ044040–, p. 27).

El TJUE, sistemáticamente, con base en la literatura del propio precepto, precisó que esas distinciones no debían tener carácter discriminatorio, de manera tal que, como se indicó anteriormente, recondujo la perspectiva fiscal de la libertad de movimiento de capitales al marco general de las restantes libertades.

La pregunta, entonces, era si, a la vista del objetivo y finalidad del régimen fiscal concernido, la percepción de dividendos externos era comparable a la percepción de dividendos internos. Ese objetivo y finalidad era superar o aliviar el exceso de imposición derivado de la imposición subyacente del beneficio. Pues bien, a juicio del TJUE, frente a ese objetivo y finalidad, las dos situaciones eran perfectamente comparables, por cuanto en ambas con-

curría la imposición subyacente, aun cuando la misma fuera exigida por una jurisdicción fiscal extranjera en el caso del dividendo externo entrante.

Como causa de justificación más significativa se alegó la necesidad de mantener la coherencia del sistema tributario, de manera tal que la concesión de la ventaja fiscal en sede de la imposición personal de los accionistas, personas físicas, estaría justificada por el previo gravamen en sede de la entidad pagadora del dividendo. Esta defensa se estrelló contra la doctrina del vínculo directo, según la cual la relación entre la ventaja y la compensación ha de producirse en sede del mismo contribuyente y por el mismo impuesto, lo que no era el caso, ya que la ventaja se insertaba en la imposición del accionista y la compensación en sede de la entidad pagadora del dividendo (*Verkooijen*, Sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98 –NFJ009096–, p. 58). A mayor abundamiento, el TJUE observó que la concesión de un crédito fiscal respecto de los dividendos externos entrantes no desvirtuaría la coherencia en la medida en que se mantuviese la correlación entre la ventaja fiscal concedida al accionista y el IS que recayó sobre el beneficio del que procedía el dividendo (*Meilicke I*, Sentencia de 6 de marzo de 2007, asunto C-292/04 –NFJ025069–, p. 29), precisando en sentencia posterior que el crédito fiscal debía ser calculado de acuerdo con el tipo nominal de gravamen de la entidad distribuidora del dividendo, con el límite del que sería aplicable de acuerdo con el derecho de la jurisdicción fiscal del perceptor del dividendo (*Meilicke II*, Sentencia de 30 de junio de 2011, asunto C-262/09 –NFJ043187–).

También se alegó el principio de territorialidad, pero el TJUE indicó que en el mismo no cabía el supuesto de hecho contemplado y que, por otra parte, no podía justificar la restricción en presencia (*Maninen*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–, p. 38-39).

En fin, alguna sentencia también contempló la posible neutralización de la restricción mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, pero el TJUE constató que no hallaba en el aplicable una medida que pudiera restablecer la igualdad de trato (*Maninen*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–, p. 21).

Vistas en su conjunto, las sentencias precedentes, supusieron un grave tropiezo para los métodos de eliminación de la doble imposición de dividendos en la imposición sobre la renta de las personas físicas (García-Herrera y Herrera Molina, 2005), así como el desplazamiento de esos métodos por otros menos precisos, como la exención parcial (Villar Ezcurra, 2015), en perjuicio del tratamiento neutral de dividendos e intereses (Warren y Graetz, August 31, 2007).

2.1.2. Disparidad relativa

La disparidad relativa fue examinada en *Test Claimants in the FII Group Litigation* (Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto C-446/04 –NFJ024425–), *Test Claimants in the CFC and*

Dividend Group Litigation (Auto de 23 de abril de 2008, asunto C-201/05 –NFJ038723–), *Test Claimants in the FII Group Litigation* (Sentencia de 13 de noviembre de 2012, asunto C-35/11 –NFJ049182–), *República Helénica* (Sentencia de 23 de abril de 2009, asunto C-406/07), *Hario y Salinen* (Sentencia de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08 –NFJ041413–), *EV* (Sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-685/16 –NFJ071414–), *Kronos* (Sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto C-47/12 –NFJ055101–) y *Secil* (Sentencia de 24 de noviembre de 2016, asunto C-464/14 –NFJ064699–).

2.1.2.1. Perceptores personas jurídicas

A) Exención para dividendos internos e imputación para dividendos externos entrantes

En *FII Group Litigation* (Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto C-446/04 –NFJ024425–), se examinó la legislación británica la cual, al tiempo de los hechos, eximía los dividendos internos y, para participaciones iguales o superiores al 10 %, permitía la imputación del impuesto subyacente correspondiente a los dividendos externos entrantes.

Esa diversidad de trato no fue considerada restrictiva de la libertad de establecimiento, a condición de que el tipo de gravamen aplicable a los dos tipos de dividendo fuere el mismo y de que el impuesto subyacente extranjero se imputase en su totalidad (Moreno González, 2014) (p. 48 a 53).

Con todo, el método de exención podría deparar un mejor trato al dividendo interno respecto del externo entrante cuando las entidades residentes en el Reino Unido disfrutaran de incentivos fiscales que hicieran descender el tipo efectivo de gravamen respecto del nominal, lo que no fue obstáculo para que el TJUE mantuviera su criterio, a condición de que tal separación de tipos de gravamen fuera excepcional.

En *Test Claimants in the FII Group Litigation* (Sentencia de 13 de noviembre de 2012, asunto C-35/11 –NFJ049182–), el TJUE interpretó la sentencia *FII Group Litigation* (Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto C-446/04 –NFJ024425–), indicando que lo relevante era el tratamiento equivalente respecto de los dos dividendos (p. 38 y 39).

Como quiera que el tribunal británico remitente indicó que había constatado que, con carácter general, el tipo de gravamen efectivo nacional era inferior al tipo de gravamen nominal nacional, el TJUE apreció la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento (p. 51 y 52) y acometió el análisis de las causas de justificación, encontrando que operaba la consistente en la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal, ya que existía una relación directa entre el crédito fiscal propio del método de imputación (dividendos externos entrantes) y la exención (dividendos internos, con el impuesto subyacente (p. 58 y 59). Se observará que el TJUE interpretó la causa de justificación en términos amplios.

No obstante, el respeto al principio de proporcionalidad exigía que el impuesto subyacente se calculara sobre el tipo de gravamen nominal, en vez de sobre el tipo de gravamen efectivo (p. 62). De esta manera, se respetaban las ventajas fiscales propias de la imposición sobre el beneficio del que procedía el dividendo externo entrante, al modo en como lo hacía el método de exención. Y, aun así, el método de exención podía ser más ventajoso si el tipo de gravamen nominal nacional fuere más bajo que el tipo de gravamen nominal extranjero, pero el TJUE no observó en ello sino una consecuencia de las competencias de los Estados en la configuración de sus sistemas fiscales (p. 63 y 64).

Para participaciones inferiores al 10 % los dividendos externos entrantes no tenían derecho a la exención ni a la imputación del subyacente, en tanto que los internos disfrutaban de exención, a lo que, según el TJUE, se oponía la libertad de establecimiento. Sin embargo, esa restricción podría estar amparada por la causa de justificación de los controles fiscales, en relación con los dividendos procedentes de Estados terceros con los que no existiere un régimen de intercambio de información convencionalmente establecido, cuando la concesión de la ventaja fiscal estuviere supeditada al cumplimiento de requisitos para cuya comprobación se requería esa información (*Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Auto de 23 de abril de 2008, asunto C-201/05 –NFJ038723–, p. 96).

En *Haribo* (Sentencia de 10 de febrero de 2011, asunto C-436/08 –NFJ041413–, cuestión segunda), el TJUE reiteró que el método de imputación determinaba un trato equivalente al método de exención, siempre que el tipo impositivo sobre los beneficios correspondientes a los dividendos de origen extranjero no fuere superior al tipo impositivo aplicado a los beneficios correspondientes a los dividendos de origen nacional y que el crédito fiscal fuere al menos igual al importe pagado por el impuesto subyacente (p. 86), precisando que no era exigible devolver el exceso del impuesto subyacente sobre la cuota generada por el dividendo externo entrante (p. 88), de manera tal que era admisible la imputación ordinaria.

Ciertamente, el método de imputación imponía probar el montante del impuesto subyacente, pero esa diferencia respecto del método de exención no suponía, a juicio del TJUE, una restricción (p. 91), excepto si esa prueba fuere, en la práctica, imposible o muy gravosa (p. 96), en el bien entendido de que las informaciones exigidas por la Administración tributaria nacional a la sociedad beneficiaria de los dividendos acerca del impuesto que hubiese gravado efectivamente los beneficios de la sociedad que los distribuye en el Estado en el que reside, son inherentes al funcionamiento mismo del método de imputación y no pueden considerarse como una carga administrativa excesiva (p. 104).

La enseñanza que se extrae del conjunto de las sentencias consideradas es que no provocaría una restricción establecer el método de exención para los dividendos internos y el método de imputación para los dividendos externos entrantes cuando el efecto práctico de esa dualidad fuere un gravamen equivalente de unos y otros. La equivalencia ha de referirse al tipo efectivo de gravamen, no al tipo nominal de gravamen. A igualdad de tipos nominales de gravamen no habrá equivalencia si el tipo efectivo de gravamen de la entidad paga-

dora es superior al tipo efectivo de gravamen de la entidad perceptora. Por el contrario, sí la habrá si el tipo efectivo de gravamen de la entidad pagadora es igual o inferior al tipo de gravamen efectivo de la entidad perceptora.

Las matizaciones que se derivan de las sentencias del TJUE revisten interés. En efecto, la disparidad de métodos para eliminar la doble imposición, en particular la exención para dividendos internos y la imputación para dividendos externos entrantes, es admisible, bajo el requisito de gravamen equivalente. En consecuencia, el ordenamiento comunitario no impone la exención respecto de los dividendos externos entrantes cuando los internos disfrutan de ese método. Los dividendos externos entrantes podrán no disfrutar del método de exención, pero no podrán estar sometidos a tributación plena y deberán disfrutar de un método de imputación que depare un tratamiento equivalente al derivado del método de exención.

No se ocultará que esa opción es relevante desde la perspectiva de la política fiscal, por cuanto permite a los Estados miembros elegir entre la neutralidad en la exportación de capitales (método de imputación) y la neutralidad en la importación de capitales (método de exención). Más allá del debate académico, es lo cierto que el método de exención ha venido desplazando al método de imputación a lo largo de las dos últimas décadas, pero también lo es que con el contrapeso de la extensión de la transparencia fiscal internacional.

El método de exención para los dividendos externos entrantes puede provocar fenómenos de deslocalización de capitales por motivos fiscales, al tiempo que ofrece un punto de apoyo para las operaciones determinantes de asimetrías híbridas. Para los países que juegan la carta de la atracción de entidades tipo *holding* este método forma parte de esa estrategia, pero otros países querrán defenderse del «*dumping* fiscal» que suponen los tipos de gravamen sobre los beneficios anormalmente bajos o los incentivos fiscales exacerbados. Pues bien, los Estados miembros que deseen, al tiempo, eximir los dividendos internos y defenderse de la competición fiscal internacional, han de saber que la doctrina del TJUE no impone la exención para los dividendos externos entrantes, sino que es posible aplicar a estos últimos el método de imputación, si bien de una manera que garantice el tratamiento equivalente. El TJUE ha sugerido que esa manera podría consistir en tomar como impuesto subyacente pagado en el extranjero el derivado de la aplicación del tipo nominal de gravamen, el cual, claro está, tendría como límite el impuesto generado por el dividendo, respetándose así los incentivos fiscales existentes en la jurisdicción fiscal extranjera. Sin embargo, cuando en el Estado miembro coincide el tipo de gravamen nominal con el efectivo, esa técnica haría de mejor condición al dividendo extranjero. El tratamiento equivalente solo se produciría, de manera exacta, cuando se tomase como impuesto pagado en el extranjero el importe del impuesto subyacente calculado de acuerdo con las reglas del Estado miembro rectoras de la imposición sobre el beneficio o, de otra manera, aplicando el tipo efectivo de gravamen de la entidad perceptora del dividendo. En fin, sea cual fuere el criterio y la técnica que se sigan para alcanzar ese tratamiento equivalente, lo relevante es resaltar que la doctrina del TJUE no obliga a extender el método de exención a los dividendos externos entrantes cuando los dividendos internos están exentos.

B) Exención para dividendos internos y exención condicionada para dividendos externos entrantes

La disparidad parcial también se presenta cuando, aplicándose el mismo método, los dividendos externos están sujetos a requisitos más estrictos, en orden a la aplicación del mismo método.

Como ha quedado expuesto en *Haribo* (Sentencia de 10 de febrero de 2011, asunto C-436/08 –NFJ041413–, primera cuestión), la exención de ciertos dividendos externos entrantes estaba condicionada a la existencia de un acuerdo completo de asistencia mutua en materia administrativa y de recaudación. El TJUE entendió que existía una restricción a la libertad de establecimiento, ya que esa exigencia podía impedir un tratamiento equivalente de dividendos internos y externos. No obstante, apreció la causa de justificación consistente en la práctica de los controles fiscales, si bien la proporcionalidad excluía la pertinencia del acuerdo recaudatorio.

Así pues, la ausencia de un acuerdo de asistencia en materia administrativa permitiría dar un tratamiento distinto a los dividendos externos entrantes siempre que para la aplicación del régimen de exención respecto de los dividendos internos se exigiera la concurrencia de unos requisitos para cuya comprobación en relación con los dividendos externos entrantes fuere necesaria esa asistencia.

En *EV* (Sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-685/16 –NFJ071414–), la exención de los dividendos externos estaba condicionada a que la entidad pagadora realizara actividades económicas o que fuera una entidad *holding* funcional, esto es, que sus participadas realizaran actividades económicas. El TJUE halló que esa exigencia de mayores requisitos determinaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, ya que hacía la inversión en acciones de entidades extranjeras menos atractiva que la inversión en acciones de entidades nacionales (p. 63), siendo la situación de los dividendos internos y externos entrantes, comparable frente al objetivo de eliminar la doble imposición (p. 92).

Tampoco apreció que esos requisitos pudieran estar amparados por la causa de justificación de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, pues no perseguían frustrar montajes puramente artificiales carentes de realidad económica (p. 95) sino que, por el contrario, constituían una presunción *iuris et de iure* de fraude o evasión fiscal, en particular por lo que concernía a las sociedades extranjeras tipo *holding* (p. 98).

En definitiva, el TJUE no hizo sino aplicar su doctrina relativa a los regímenes fiscales antiabuso exclusivamente transfronterizos, a cuyo tenor, los mismos debían estar dirigidos contra los montajes artificiales carentes de realidad económica y permitir alegar al contribuyente en defensa de su derecho, en el caso a la hipotética exención de los dividendos externos entrantes, sobre la base de demostrar que no existía fraude o evasión fiscal.

Lo relevante de esta sentencia es que el tratamiento dispar de los dividendos externos entrantes respecto de los dividendos internos, no puede fundamentarse exclusivamente en

la naturaleza de las actividades ejecutadas por las entidades no residentes. En particular, no puede fundamentarse en que los activos de la entidad no residente producen rentas de naturaleza pasiva.

Aun cuando la transparencia fiscal internacional no es objeto de la presente colaboración, debe indicarse que la apreciación precedente tiene trascendencia en relación con la misma, en la medida en que este régimen fiscal suele afectar primordialmente a rentas pasivas. No obstante, si el impuesto extranjero subyacente es objeto de imputación, no parece que pueda existir una convalidación procedente del ordenamiento comunitario, en particular, bajo el cumplimiento de la regla de equivalencia. El TJUE abordó la transparencia fiscal internacional, por vez primera, en la sentencia *Cadbury Schweppes* (Sentencia de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 –NFJ023535–).

C) Imputación para dividendos internos y exención para externos entrantes

Esta disparidad fue examinada en *Kronos* (Sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto C-47/12 –NFJ055101–). Los dividendos externos estaban exentos en virtud de determinados convenios bilaterales para eliminar la doble imposición en tanto que los internos disfrutaban del método de imputación, con la particularidad de que el impuesto subyacente en exceso sobre la cuota era objeto de devolución, de manera tal que, para el caso de pérdidas, el método de imputación procuraba una ventaja de tesorería.

El TJUE no dedujo de ese tratamiento más ventajoso del dividendo interno una restricción a la libertad de movimiento de capitales porque, en primer lugar, el convenio bilateral implicaba que Alemania había renunciado a gravar el dividendo extranjero y, por tanto, solo le era exigible no gravar tales dividendos, pero no devolver el impuesto subyacente (p. 82) y, en segundo lugar, porque la devolución del impuesto subyacente respecto de los dividendos internos no era sino la consecuencia lógica del método de imputación que, frente al de exención, neutraliza la generación de una pérdida compensable en ejercicios futuros, en la medida en que incorpora el dividendo a la base imponible (p. 87). En definitiva, frente al objetivo de eliminar la doble imposición económica, el tratamiento de los dividendos internos y externos respetaba el principio de equivalencia.

2.1.2.2. Perceptores personas físicas

A) Exención en dividendos internos, imputación en dividendos externos entrantes

Esta disparidad fue examinada en *República Helénica* (Sentencia de 23 de abril de 2009, asunto C-406/07). El TJUE constató que el método de imputación ordinaria era menos ventajoso que el método de exención, en particular respecto de los contribuyentes cuyas rentas podían tributar al tipo marginal máximo, y de ahí dedujo una diferencia de trato determinante de una restricción a la libertad de movimiento de capitales (p. 26). Ante la carencia de

alegaciones del Gobierno griego, tanto en relación con el análisis de comparabilidad como respecto de las causas de justificación, el TJUE se abstuvo.

B) Imputación en dividendos externos entrantes limitada

Esta disparidad, examinada en *Becker* (Sentencia de 28 de febrero de 2013, asunto C-168/11 –NFJ050170–), consistía en calcular el límite a la imputación en cuota de la retención sufrida sobre los dividendos extranjeros entrantes, mediante una regla de tres en la que la porción de cuota íntegra imputable al dividendo extranjero se determinaba multiplicando la cuota íntegra por los dividendos y dividiendo el producto por la renta anterior a la deducción de gastos personales, resultando así un límite más bajo del que se hubiera aplicado en caso de que el divisor hubiera sido la renta posterior a la deducción de los gastos personales (p. 12).

El TJUE observó que esa forma de calcular el límite a la imputación de la retención extranjera hacía de peor condición a los dividendos de fuente extranjera respecto de las rentas de fuente nacional, en la medida en que su efecto práctico era no computar plenamente los gastos personales, lo cual desanimaría la realización de inversiones exteriores y, por tanto, constituía una restricción a la libertad de movimientos de capitales (p. 40)

El no cómputo de gastos personales por razón de la percepción de rentas extranjeras ya había sido considerado por el TJUE en varias sentencias anteriores, entre ellas *De Groot* (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-385/00 –NFJ013962–), como un régimen fiscal al que se oponía la libertad de concernida.

2.1.3. Presión fiscal efectiva mayor sobre los dividendos externos

En *Kerckaert* (Sentencia de 14 de noviembre de 2006, asunto C-513/04 –NFJ024029–), el TJUE examinó el régimen fiscal belga, a cuyo tenor, los dividendos internos y externos estaban sujetos al mismo tipo de gravamen (25 %), pero la presión fiscal efectiva sobre los dividendos externos, en el caso procedentes de Francia, era superior a la soportada por los dividendos internos. Esta mayor presión derivaba de la interacción entre las dos legislaciones fiscales concernidas, así como del convenio bilateral para eliminar la doble imposición, a cuyo tenor Francia concedía un crédito fiscal al accionista que, sumado al dividendo, era objeto de retención, la cual no podía imputarse respecto del gravamen generado en Bélgica.

El TJUE observó que la discriminación podía producirse, ciertamente, por causa de aplicar la misma tributación a situaciones diferentes, pero en el caso no la halló, por cuanto la mayor presión fiscal no derivaba de una norma fiscal discriminatoria, sino del ejercicio paralelo por dos Estados miembros de su potestad tributaria (p. 20).

El TJUE aceptó así que, en ausencia de una armonización fiscal comunitaria, los dividendos externos soportaran una mayor presión fiscal efectiva, por cuanto la misma no de-

rivaba de una norma que los tratara de manera más gravosa que a los internos, sino que era consecuencia del juego conjunto de dos ordenamientos fiscales y del convenio bilateral.

Tal vez pudo el TJUE entrar a examinar si la propia contextura del convenio bilateral, al no permitir la imputación de la retención practicada sobre los dividendos, determinaba un exceso de tributación discriminatorio, pero no lo hizo, por cuanto tal extremo no había sido objeto de la cuestión prejudicial.

La sentencia del TJUE pone de relieve que el Derecho de la UE no garantiza la igualdad de presión fiscal efectiva respecto de las rentas del capital mobiliario bajo la forma de dividendos.

En *Baudinet* (Auto de 4 de febrero de 2016, asunto C-194/15), el TJUE reiteró que la mayor presión fiscal sobre los dividendos externos derivada del ejercicio de la competencia fiscal por Estados miembros diferentes, en el caso Italia y Francia, no constituía una restricción prohibida por el tratado, en la medida en que no concurriera un supuesto de discriminación (p. 32).

El Estado miembro de la residencia del receptor del dividendo puede incurrir en un supuesto de discriminación si grava de manera más intensa a los dividendos externos entrantes que a los internos, cualquiera que sea la técnica aplicada al efecto, pero no está obligado a establecer un método para eliminar la doble imposición, tanto jurídica como económica, derivada del ejercicio conjunto de su competencia fiscal por el Estado miembro de origen (p. 33 a 37).

Las dos sentencias comentadas ponen de relieve que la tributación más gravosa del dividendo externo entrante respecto del dividendo interno no implica una restricción prohibida por las libertades en tanto tal efecto no sea consecuencia de un régimen fiscal discriminatorio. Ahora bien, esa disparidad es un factor mayor de la fragmentación del mercado de capitales.

2.2. Tributación de los no residentes (dividendos internos salientes)

El TJUE ha abordado, básicamente, la pertinencia de la imposición, mediante retención, de los dividendos pagados por entidades residentes a personas o entidades no residentes y, secundariamente, la necesidad de establecer un sistema de crédito fiscal para los socios o accionistas no residentes.

2.2.1. Retención a no residentes frente a residentes exentos

Esta cuestión se examinó en *Denkavit Internacional* (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05 –NFJ024423–), *Aberdeen* (Sentencia de 18 de junio de 2009, asunto

C-303/07 –NFJ033565–), *República italiana* (Sentencia de 19 de noviembre de 2009, asunto C-540/07 –NFJ036243–), *Reino de Países Bajos* (Sentencia de 11 de junio de 2009, asunto C-521/07 –NFJ033566–), *República Federal de Alemania* (Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–), *Tate & Lyl* (Auto de 12 de julio de 2012, asunto C-384/11), *Secilpar* (Auto de 22 de noviembre de 2010, asunto C-199/10), *Canadá* (Auto de 21 de enero de 2020, asunto C-613/18).

En todas las sentencias, las cuales versaron sobre supuestos en los que no era aplicable la Directiva 90/435/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (Directiva 90/435), mientras que los dividendos internos percibidos por entidades residentes no sufrían retención o bien la retención era objeto de imputación o de devolución por disfrutar los dividendos de exención, los percibidos por entidades no residentes o dividendos internos salientes sufrían una imposición definitiva bajo la forma de una retención, sea de acuerdo con la legislación interna o con lo previsto en un convenio para evitar la doble imposición, de modo que el perceptor no residente era gravado, frente a la jurisdicción fiscal de la fuente, de manera más intensa que el perceptor residente.

Para el TJUE dicho trato desfavorable de los dividendos internos salientes, en relación con el trato que se dispensaba a los dividendos internos, podía disuadir a las entidades extranjeras de invertir en instrumentos de patrimonio emitidos por entidades residentes, lo que constituía una restricción a la libre circulación de capitales.

Así pues, el TJUE entendió que el binomio retención sobre los dividendos internos salientes/no retención o imputación o devolución de la practicada sobre los dividendos internos o, en sentido más general, el binomio imposición definitiva sobre los dividendos internos salientes/imposición más liviana sobre los dividendos internos, implicaba un efecto disuasorio de la inversión en entidades residentes por parte de las entidades no residentes.

Tal vez deba matizarse ese criterio. Lo que puede disuadir la inversión de las entidades extranjeras en instrumentos de patrimonio emitidos por las entidades residentes es la retención, en sí misma, sobre los dividendos internos salientes, con independencia de que se retenga o no sobre los dividendos internos o de cuál sea la intensidad, si alguna, del gravamen que recae sobre el perceptor residente de los dividendos internos. Y lo que puede disuadir la inversión en instrumentos de patrimonio emitidos por las entidades no residentes es que los dividendos externos entrantes se graven plenamente, en tanto que los dividendos internos disfruten de un método para eliminar la doble imposición económica, como se ha comentado en el apartado precedente dedicado a los dividendos externos entrantes.

Ciertamente, frente a la imposición mediante retención, se constató, en todos los casos examinados, una diferencia de trato entre inversores residentes y no residentes en instrumentos de patrimonio emitidos por las entidades residentes, pero esa diferencia no era determinante de un efecto material sobre la decisión de inversión por parte de los no residentes en instrumentos de patrimonio emitidos por las entidades residentes.

Sin embargo, aquel binomio sí podía disuadir a las entidades residentes de invertir en entidades no residentes, por cuanto la retención implicaba una mayor tributación de estas entidades por comparación con las entidades residentes. Sin embargo, materialmente, este efecto solo se produciría en plenitud cuando los dividendos internos salientes constituyeran una parte sustancial de los ingresos de la entidad no residente, que para ella eran dividendos externos entrantes. Grande o pequeña, la retención sobre los dividendos internos salientes, cuando los dividendos internos no están gravados, sí podía determinar un obstáculo para que los inversores residentes invirtieran en instrumentos de patrimonio emitidos por entidades no residentes.

Sea como fuere, el TJUE apreció que la imposición sobre los dividendos internos salientes, cuando los dividendos internos estaban exentos y, o bien no sufrían retención o la misma era devuelta, implicaba una restricción, sea a la libertad de establecimiento o a la de movimiento de capitales, según los casos, no tanto en razón al efecto material disuasorio cuanto por razón de un tratamiento fiscal reputado discriminatorio.

Si el peor tratamiento fiscal de los dividendos internos salientes respecto de los dividendos internos era, en relación con la jurisdicción fiscal de la fuente, palmaria, restaba por ver el resultado del análisis de comparabilidad.

En las sentencias anteriormente enumeradas se encuentra un esquema argumental que puede resumirse en los siguientes puntos:

- El régimen jurídico que debe ser tomado en consideración es el concerniente a la eliminación de la doble imposición económica establecido por la jurisdicción fiscal de la fuente (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 55).
- Frente a este régimen, las entidades residentes y no residentes, perceptoras de dividendos no se hallan, necesariamente, en situación comparable (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 55).
- Sin embargo, a partir del momento en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía de convenios, somete al impuesto sobre la renta no solo a las sociedades residentes sino también a las sociedades no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de las mencionadas sociedades no residentes se asemeja a la de las sociedades residentes (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 56).
- En efecto, el mero ejercicio por ese mismo Estado de su potestad tributaria, con independencia de cualquier tributación en otro Estado miembro, da lugar a un riesgo de tributación en cadena o de doble imposición económica. En tal caso, para que las sociedades beneficiarias no residentes no se enfrenten a una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 56 del TCE (actual art. 63 TFUE), el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios

debe velar por que, en relación con el mecanismo previsto en su derecho nacional para evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica, las sociedades no residentes estén sujetas a un trato equivalente al que disfrutaban las sociedades residentes (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 57; *Denkavit Internacional*, Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05 –NFJ024423–, p. 37).

El esquema precedente, que se encuentra en todas las sentencias que versan sobre la materia, puede ser resumido así: La retención sobre el dividendo interno saliente determina que, en relación con el objetivo de eliminación de la doble imposición económica, las entidades residentes y no residentes se encuentren en situación comparable. Por tanto, corresponde al Estado miembro que crea la doble imposición mediante la retención proceder a su eliminación. El resultado práctico será, bien se comprende, la devolución de la retención, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto del posible efecto neutralizador de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

En *Aberdeen* (Sentencia de 18 de junio de 2009, asunto C-303/07 –NFJ033565–), bajo el enfoque de una restricción a la libertad de establecimiento, el TJUE rechazó que no existiera doble imposición porque la entidad perceptora de los rendimientos estuviera exenta (sociedad de inversión de capital variable –SICAV–), que la eliminación de la doble imposición económica correspondiera a la jurisdicción fiscal de la entidad perceptora de los rendimientos, y que la misma debiera producirse en sede de la tributación de los socios o partícipes de la SICAV, verdaderos beneficiarios efectivos de los dividendos (p. 50 a 55).

En efecto, para el TJUE el régimen fiscal de la entidad perceptora del dividendo interno saliente es irrelevante. Lo relevante es que, por causa de la retención, ha de tributar sobre el citado dividendo, en tanto que la entidad residente no debe hacerlo sobre el dividendo interno, siendo así que, frente al objetivo de eliminar la doble imposición, las dos están en situación comparable. Cuestión diferente es que la entidad residente deba cumplir algún requisito para disfrutar de la exención, en cuyo caso habría que examinar si la entidad no residente lo cumple. Esto es especialmente importante en el marco de aquellas exenciones que están condicionadas al cumplimiento de ciertos requisitos, cual es el caso de las instituciones de inversión colectiva españolas, según más adelante se expondrá.

Ciertamente, si esa retención genera un crédito fiscal ejercitable ante en la imposición sobre los beneficios de la entidad no residente perceptora del dividendo, la doble imposición achacable a la retención queda superada. Casi todas las sentencias relativas a la materia que nos ocupa se han pronunciado sobre este aspecto, que forma parte del problema, más general, de la capacidad de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición para neutralizar las restricciones a las libertades. El apartado 2.2.4 está dedicado a esta cuestión.

Las causas de justificación que se alegaron, básicamente la necesidad de mantener la coherencia del sistema tributario y el reparto equilibrado de los ingresos fiscales, no prosperaron.

Respecto de la primera, el TJUE no halló que la ventaja fiscal consistente en la supresión de la retención o en su devolución estuviera asociada a un gravamen fiscal compensatorio, en particular con la tributación en sede de los accionistas a causa de una ulterior redistribución de los dividendos (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 87), y añadió que no veía la razón por la que conceder esa supresión respecto de los dividendos internos salientes pudiera suponer una mengua de la coherencia del sistema tributario.

Por otra parte, la doctrina del vínculo directo, a cuyo tenor esta causa de justificación operaba cuando la asociación o correspondencia entre la ventaja y la carga había de producirse en el mismo impuesto y en el mismo contribuyente, descartaba, en el caso, su apreciación por parte del TJUE.

En rigor, la supresión de la retención sobre los dividendos internos estaba asociada con la previa tributación de los beneficios que nutrieron el dividendo, pero esa tributación también se producía respecto de los dividendos internos salientes.

Respecto de la segunda, el TJUE indicó que la misma operaba cuando el objetivo del régimen fiscal concernido fuere evitar comportamientos que comprometieran el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las rentas derivadas de las actividades desarrolladas en su territorio, lo que no era el caso, desde el momento en que se renunciaba a gravar los dividendos internos (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 78) y, por otra parte, esas rentas ya se habían gravado mediante la imposición sobre los beneficios de la entidad pagadora del dividendo (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 80 y 81).

Con independencia de lo que más adelante se comentará respecto de la eficacia neutralizadora de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, es lo cierto que el TJUE puso en un brete a los Estados miembros que tenían establecido un sistema para eliminar la doble imposición económica. En efecto, deberían renunciar, bien a la retención sobre los dividendos internos salientes, generalmente amparada por convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, bien a la eliminación de la doble imposición económica, generalmente apoyada por arraigadas razones de técnica tributaria, todo ello, claro está, en el ámbito de los dividendos que respondieren a los requisitos objetivos del método de eliminación de la doble imposición económica.

Con todo, la doctrina del TJUE, tal vez haya puesto el foco sobre la pertinencia de que la jurisdicción fiscal de la fuente grave los dividendos internos salientes, generalmente mediante una retención, cuando el beneficio del que procede el dividendo ya ha sido gravado por esa jurisdicción fiscal en sede de la imposición sobre los beneficios. En cierto modo, el Modelo de Convenio de la OCDE rebaja aquella pertinencia cuando prevé una retención del 5 % para los dividendos de participaciones significativas (25 %), frente a la general del 15 %, distinción que no hace en materia de intereses, a los que asigna una retención del 10 %.

2.2.2. Retención a no residentes frente a residentes no exentos

La lógica de las sentencias precedentes podría llevar a entender, en sentido contrario, que no se produciría una restricción a la libertad de movimiento de capitales o de establecimiento, según los casos, cuando los dividendos internos estuvieran sujetos a tributación plena en sede de la entidad residente perceptora de los mismos. No ha sido exactamente así.

En *Sofina* (Sentencia de 22 de noviembre de 2018, asunto C-575/17 –NFJ071996–), el TJUE observó que la retención sobre los dividendos internos salientes, en tanto que los dividendos internos no sufrían retención, si bien tributaban en la imposición definitiva de la entidad perceptora, excepto si eran neutralizados por consecuencia de pérdidas derivadas de otras actividades o inversiones, provocaba una diferencia de trato a favor de la entidad perceptora residente, en principio como ventaja de tesorería, que podía transformarse en definitiva si dicha entidad se extinguía antes de obtener beneficios (p. 32 y 33), de manera tal que esa diferencia de trato podía disuadir, por un lado, a los inversores no residentes de realizar inversiones en entidades residentes y, por otro, a los inversores residentes de adquirir instrumentos de patrimonio participaciones en sociedades no residentes (p 40), lo que constituía una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Ya se comentó anteriormente que este criterio podría no ser acertado. Un inversor no residente podrá desanimarse ante una retención, pero no porque los dividendos interiores no la sufran. Un inversor residente no desistirá de la inversión exterior porque los dividendos internos no sufran retención, excepto si los dividendos externos de entrada sufren retención, lo que no era el caso.

El análisis de comparabilidad se anunciaba interesante porque, a diferencia de los casos examinados en el epígrafe precedente, las entidades residentes tributaban por los dividendos percibidos, de manera tal que los dividendos internos y los dividendos internos salientes estaban sujetos a imposición ante la misma jurisdicción fiscal (Francia). Ya no se podía decir, por tanto, que entidades residentes y no residentes estaban en igual posición frente al objetivo de eliminación de la doble imposición económica, sencillamente, porque tal objetivo no se presentaba.

El análisis del TJUE no partió de constatar una posición comparable de las situaciones de las entidades residentes y no residentes en relación con el objetivo y finalidad de la legislación concernida, sino que indicó que, a partir del momento en que un Estado, de forma unilateral o por vía de convenios, sujetaba al impuesto sobre la renta no solo a los contribuyentes residentes sino también a los no residentes, por los dividendos que percibían de una sociedad residente, la situación de los mencionados contribuyentes no residentes se asemejaba a la de los contribuyentes residentes (p. 47).

Siendo la situación de residentes y no residentes comparable frente a la percepción de dividendos pagados por entidades residentes, el TJUE, que situó el análisis de compara-

bilidad en sede de las causas de justificación, concluyó que el régimen fiscal concernido procuraba una ventaja fiscal sustancial a las sociedades residentes que registraban pérdidas, ventaja que no se concedía a las sociedades no residentes con pérdidas, de manera tal que no había justificación.

A juicio del TJUE, en caso de que la entidad no residente perceptora de los dividendos externos salientes sufriera pérdidas, la retención debería quedar diferida hasta el ejercicio en el que obtuviera beneficios. De esta manera se respetarían, al tiempo, el derecho de imposición pactado según convenio bilateral para eliminar la doble imposición (franco-belga) y la igualdad de trato (p. 77).

Se notará que el flujo de dividendos se desarrollaba entre Estados miembros, de manera tal que la causa de justificación de los controles fiscales y de la garantía de la recaudación cedieron ante las normas comunitarias de asistencia mutua en materia de información y recaudación (p. 74 y 75). Probablemente, el juicio hubiera sido distinto en caso de una relación con un Estado tercero.

En *Bouanich* (Sentencia de 19 de enero de 2006, asunto C-265/04 –NFJ021865–), el TJUE entendió determinante de una restricción a la libertad de movimiento de capitales un régimen fiscal según el cual los accionistas no residentes soportaban una retención sobre el importe, calificado como dividendo, recibido como consecuencia de una operación de adquisición de acciones propias, en tanto que los accionistas residentes tributaban en concepto de ganancia patrimonial sobre la diferencia entre el importe recibido y el valor de adquisición (p. 35).

En efecto, a juicio del TFUE, ese régimen fiscal hacía menos atractiva la transferencia transfronteriza de capitales, al disuadir a los inversores no residentes de comprar acciones de sociedades residentes (suecas) y al restringir, por consiguiente, las posibilidades de las sociedades residentes de captar capitales de inversores no residentes (p. 34).

Nuevamente, ha de señalarse que no es el binomio retención sobre dividendos internos salientes/ganancia patrimonial interna lo que puede desanimar al inversor extranjero, sino la calificación como dividendo del total importe recibido, con la consiguiente imposición, mediante retención, sobre importes que pueden no ser renta sino recuperación del capital, con independencia de cuál sea la tributación de los residentes.

El TJUE trató el análisis de comparabilidad a modo de causa de justificación, pero halló que residentes y no residentes se encontraban en la misma situación en relación con el cálculo del importe de la renta (p. 40). En efecto, la naturaleza de la renta obtenida por los accionistas era la misma, con independencia del lugar de su residencia.

Estos dos casos, antes que destilar una regla específica, constituyen excepciones al reverso de la regla general consistente en que, por el contrario, no se produce una restricción por causa de la retención sobre los dividendos internos salientes, cuando los dividendos internos están plenamente gravados.

2.2.3. Crédito fiscal para los accionistas residentes, pero no para los no residentes

La pertinencia de conceder un crédito fiscal a las entidades no residentes y a sus accionistas, perceptoras de dividendos pagados por entidades residentes, cuando tal crédito fiscal sí se concede a las entidades residentes y a sus accionistas residentes, se abordó en *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto C-374/04 –NFJ024424–).

La concesión del crédito fiscal a los no residentes les pondría en igualdad de condiciones respecto de los residentes, en relación con el objetivo de eliminar la doble imposición económica. Sin embargo, ello implicaría que el Estado miembro origen de los beneficios renunciara a gravarlos. Por eso, en la medida en que dicho Estado no estableciere un impuesto sobre los beneficios distribuidos, el TJUE entendió que ni la libertad de establecimiento ni la de movimiento de capitales le obligan a conceder un crédito fiscal a los no residentes (p. 59, 60 y 70).

2.2.4. Neutralización de la restricción mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición

Esta cuestión, realmente fundamental, se abordó en buena parte de las sentencias anteriormente mencionadas relativas a las retenciones, en respuesta a las alegaciones de los gobiernos. Una síntesis de la doctrina del TJUE puede extraerse, entre otras, de *Denkavit Internacional* (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05 –NFJ024423–), *Bouanich* (Sentencia de 19 de enero de 2006, asunto C-265/04 –NFJ021865–), *Amurta* (Sentencia de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05 –NFJ026644–), *Reino de España* (Sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C-487/08 –NFJ038558–) y *Societe Generale* (Sentencia de 17 de septiembre de 2015, asunto C-17/14 –NFJ059548–).

En *Amurta* (Sentencia de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05 –NFJ026644–), el TJUE rechazó que la obligación que incumbía al Estado miembro de velar por que los efectos del mecanismo establecido en su ordenamiento fiscal nacional para evitar la doble imposición económica beneficiaran también a las entidades no residentes perceptoras de los dividendos salientes, se confiara a las medidas unilaterales adoptadas por la jurisdicción fiscal de la residencia del perceptor de los dividendos internos salientes. No obstante, tal obligación sí podía cumplirse mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición (p. 78, 79 y 80). Así pues, la restricción generada por la retención podía ser neutralizada mediante las disposiciones de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, pero no a través de las medidas unilaterales adoptadas por la jurisdicción fiscal de la residencia del perceptor.

Sin embargo, el TJUE no entró a analizar si el convenio para evitar la doble imposición concernido (luso-neerlandés) determinaba el efecto de neutralizar la restricción a la liber-

tad de movimiento de capitales, por cuanto el tribunal remitente no lo había solicitado, de manera tal que confió al mismo apreciar si el convenio era aplicable a tenor de los hechos en presencia y si, en tal caso, producía dicho efecto (p. 81, 82 y 83).

En *Societe Generale* (Sentencia de 17 de septiembre de 2015, asunto C-17/14 –NFJ059548–), el TJUE entró a examinar si los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición aplicables producían ese efecto neutralizador. Así sería cuando el impuesto retenido en la fuente pudiera deducirse del impuesto debido ante la jurisdicción fiscal de la residencia del perceptor de los dividendos internos salientes, hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional (p. 79). Por tanto, si los perceptores de dividendos internos no sufren imposición, por cuanto están exentos, y la retención les es devuelta o no se les practica, el efecto neutralizador solo se produciría si, de acuerdo con el correspondiente convenio bilateral para eliminar la doble imposición, fuera posible imputar la totalidad de la retención. No se trata de que, por causa del convenio bilateral, los dividendos internos salientes no soporten una tributación superior a la que soportan los dividendos internos, sino de que esa mayor tributación, si acaso, sea causada por la jurisdicción fiscal donde reside su perceptor (p. 80).

Así, el convenio concernido (belga-neerlandés) permitía deducir la retención sobre los dividendos externos salientes en concepto de gasto, tributando la renta resultante al 25 %, de manera tal que solamente se compensaba, aproximadamente, la cuarta parte del impuesto bajo la forma de retención practicada sobre los dividendos internos salientes por la jurisdicción fiscal de la fuente, siendo así que el perceptor de dividendos internos no sufría tributación alguna sobre los mismos. El TJUE concluyó que no cabía considerar que la restricción a la libre circulación de capitales hubiera quedado neutralizada (p. 84). Sin embargo, del análisis de la documentación relativa al otro convenio concernido (franco-neerlandés), el TJUE pudo constatar que, en relación con los ejercicios comprendidos entre los años 2000 a 2007, sí se producía la neutralización. No sucedía así en el ejercicio 2008, porque, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24, B, b), el crédito fiscal estaba sujeto a la imputación ordinaria, de manera tal que cabía la posibilidad de que la neutralización fuera tan solo parcial, correspondiendo al tribunal nacional remitente comprobar este extremo (p. 86).

En suma, si los dividendos internos no sufren imposición, el efecto neutralizador exige que la retención sea íntegramente imputada. Nótese que no se trata de que el no residente soporte una tributación igual al residente por razón de los dividendos, sino de que no soporte una tributación mayor por causa de que no pueda deducirse o, en su caso, devolverse la retención en sede de la imposición definitiva que soporta en el país de su residencia.

En *Denkavit Internacional* (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05 –NFJ024423–), el convenio bilateral para eliminar la doble imposición aplicable (franco-neerlandés) preveía que la retención sobre los dividendos internos salientes se imputara a la cuota generada por los mismos en sede de la entidad perceptora. Pues bien, dichos dividendos, en el caso, disfrutaban de exención, de manera tal que, no habiendo cuota,

la imputación no podía realizarse. No pudiendo realizarse la imputación, el convenio bilateral no neutralizaba la restricción, en el caso a la libertad de establecimiento (p. 46 a 48).

Se alegó, adicionalmente que, de acuerdo con los principios del derecho internacional, incumbía a la jurisdicción fiscal de la residencia del perceptor de los dividendos corregir los efectos de la doble imposición, pero el TJUE, antes que ver en la misma una causa de justificación, la entendió como un subterfugio para eludir las obligaciones incumbentes de acuerdo con el tratado (p. 53).

Enseguida se advierte que este criterio supone un duro golpe al método de imputación ordinaria, pues el mismo no procura necesariamente la imputación total ni, por supuesto, la devolución de la retención. Por sí mismo, un convenio bilateral para eliminar la doble imposición no garantiza la neutralización de la diferencia de trato, aun cuando, en casos concretos, sí pueda presentarse tal neutralización.

La conclusión a la que se llega es que, si los Estados miembros desean mantener su sistema de retenciones en la fuente sobre los dividendos, deberían estar dispuestos a efectuar las devoluciones pertinentes en orden a neutralizar la diferencia de trato, lo que en la práctica implica garantizar la total imputación de la retención mediante la devolución de aquella parte de la misma que no haya podido ser compensada por causa del límite propio del sistema de imputación ordinaria.

En *Bouanich* (Sentencia de 19 de enero de 2006, asunto C-265/04 –NFJ021865–), antes comentada, el TJUE indicó, de manera temprana, que una restricción, en el caso a la libertad de movimiento de capitales, podía ser sanada por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, en contra de lo alegado por la Comisión. A partir de aquí, el TJUE constató que la interpretación del convenio aplicable (franco-sueco), a la luz de los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, permitía deducir del importe recibido por el accionista no residente el valor nominal de las acciones, e instó al tribunal nacional para que realizase una comparación entre la tributación así definida del accionista no residente (importe recibido-valor nominal/15 %), con la del accionista residente (importe recibido-valor de adquisición/30 %).

De esta manera, reducida la base de cálculo de la retención por aplicación de lo previsto en el convenio aplicable (franco-sueco), era posible que la tributación sobre el no residente no fuera más gravosa que la tributación sobre el residente, en relación con la misma operación (p. 52 y 53).

En este caso, el convenio podía neutralizar la restricción inherente al régimen fiscal concernido, no porque la retención hubiera de imputarse en sede del perceptor de la renta, sino porque modulaba la aplicación de tal régimen fiscal, minorando la base de cálculo de la retención y, por ende, su intensidad, pudiendo reconducirlo a una igual o menor que aquella que soportaba el accionista residente.

Pero, a pesar de esta singularidad, el razonamiento subyacente es el mismo, esto es, comparar la tributación del residente con la del no residente considerando los efectos de la aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición, ya deban manifestarse estos en sede de la configuración de la retención o de su imputación, o de ambas a la vez.

En *Reino de España* (Sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C-487/08 –NFJ038558–), el TJUE apreció una restricción a la libertad de movimiento de capitales por cuanto la exención de retención respecto de los dividendos intracomunitarios se producía a partir de un porcentaje de participación del 20 %, en tanto que en los dividendos internos bastaba un porcentaje del 5 %. El TJUE advirtió que la legislación española, aun cuando adecuada a la Directiva 90/435, no por ello estaba exenta de un reproche derivado de las libertades comunitarias.

El Gobierno español alegó que la imputación de la retención en sede de la tributación del perceptor de los dividendos neutralizaba el efecto de doble imposición restrictivo provocado por la retención, pero el TJUE observó que, debido a que la imputación convenida generalmente era la ordinaria, la diferencia de trato únicamente podría neutralizarse si los dividendos se gravaban suficientemente en la otra jurisdicción fiscal, lo que no podía garantizar la jurisdicción fiscal de la entidad pagadora de los dividendos, en el caso España.

De acuerdo con las sentencias precedentes, un convenio bilateral para eliminar la doble imposición puede neutralizar la restricción derivada de una imposición mediante retención, a condición de que la misma pueda ser imputada plenamente en sede de la imposición ante la jurisdicción fiscal de la residencia del contribuyente perceptor de los dividendos (Grau Ruiz y Malherbe, 2016). Esa imputación no será posible si el dividendo externo está exento o motiva la deducción del impuesto sobre el beneficio del que procede el dividendo. En estos casos, el Estado miembro correspondiente se verá obligado a devolver el importe de la retención, en el bien entendido que solo cuando se cumpla el requisito de situación comparable y no medie una causa de justificación. También podría el Estado miembro verse obligado a una devolución parcial de la retención. De este modo, la normativa de la jurisdicción fiscal de la entidad perceptora de los dividendos, deviene decisiva en orden a apreciar el efecto neutralizador del convenio bilateral para eliminar la doble imposición, tal y como reseñó la abogada general en el asunto *Comisión v República Italiana* (Sentencia de 19 de noviembre de 2009, asunto C-540/07 –NFJ036243–) (Jabalera Rodríguez, 2010).

Seguramente, la única carta que resta a los Estados miembros para defender el sistema de retención respecto de los dividendos internos salientes, generalmente amparado por los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición concertados siguiendo el Modelo de Convenio de la OCDE, es la neutralización de la restricción derivada de los mismos mediante la imputación, en el bien entendido que, al ser esta de carácter ordinario, esa neutralización podría ser tan solo parcial. La alternativa a esta defensa es el retorno a la doble imposición intersocietaria, lo cual no sería deseable ni, de hecho, ha acaecido, a diferencia de lo acontecido en el caso de los contribuyentes personas físicas.

2.2.5. Diversidad de convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

En *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto C-374/04 –NFJ024424–), el TJUE apreció que la existencia, en una misma jurisdicción fiscal, de unos convenios para evitar la doble imposición internacional que concedían un crédito fiscal respecto de los dividendos externos entrantes y de otros que no la concedían, era una situación inherente a la propia naturaleza de los convenios, lo que implicaba, a su vez, que las entidades residentes en jurisdicciones fiscales distintas no se hallaran en situación comparable (p. 91 y 92).

En *Riskin* (Sentencia de 30 de junio de 2016, asunto C-176/15 –NFJ063196–), el TJUE examinó si la diversidad de condiciones, a tenor de los distintos convenios bilaterales para evitar la doble imposición, relativas a la imputación de la retención practicada sobre los dividendos externos percibidos por los residentes, era constitutiva de una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Desde luego, unas condiciones más exigentes podían desanimar la inversión en instrumentos de patrimonio de entidades residentes en los países concernidos, y de ahí que el TJUE entendiera que existiera una restricción (p. 25).

Sin embargo, considerando las disparidades existentes entre las distintas legislaciones nacionales, el TJUE consideró legítimo que las reglas de imputación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por un determinado Estado miembro pudieran ser diferentes, lo cual formaba parte del equilibrio general del respectivo convenio. Precisamente, esas disparidades determinaron que el TJUE entendiera que no eran comparables las situaciones de los accionistas residentes (Bélgica) que percibían dividendos externos procedentes de jurisdicciones fiscales distintas (p. 34), quedando así justificada la restricción.

Coincide esta doctrina con la vertida en la sentencia *D* (Sentencia de 5 de julio de 2005, asunto C-376/03 –NFJ022996–), según la cual la situación de un residente en Bélgica que tenía patrimonio en los Países Bajos no era comparable a la de un residente en Alemania que también tenía patrimonio en los Países Bajos, de manera tal que la libertad de movimiento de capitales no obligaba a conceder a este último ciertas ventajas previstas en el convenio bilateral correspondiente (belga-neerlandés). El TJUE basó su conclusión en que el convenio solo puede aplicarse a los residentes de las partes contratantes, pero no a residentes en otras jurisdicciones fiscales (p. 61).

En consecuencia, por una parte, la regulación distinta de los mecanismos para evitar la doble imposición establecida en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por los Estados miembros no determina restricciones a las libertades comunitarias, y, por otra parte, esas libertades no obligan a extender el disfrute de las ventajas estable-

cidas en determinados convenios bilaterales para eliminar la doble imposición a personas residentes en Estados miembros distintos de los contratantes.

Sin embargo, desde una perspectiva meramente económica, es claro que la no uniformidad de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición es un elemento primordial determinante de la fragmentación de los mercados financieros.

2.3. El caso particular de los fondos de pensiones y de las instituciones de inversión colectiva

En relación con los fondos de pensiones cabe citar a *República de Portugal* (Sentencia de 6 de octubre de 2011, asunto C-493/09 –NFJ044337–), *República de Finlandia* (Sentencia de 8 de noviembre de 2012, asunto C-342/10 –NFJ049295–), *Pensioensfonds* (Sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-252/14 –NFJ063397–), *College Pensions* (Sentencia de 13 de noviembre de 2019, asunto C-641/17 –NFJ075478–), y respecto de sus partícipes a *Bachman* (Sentencia de 28 de enero de 1992, asunto C-204/90 –NFJ066700–), *Reino de Bélgica* (Sentencias de 28 de enero de 1992, asunto C-300/90 –NFJ079340– y de 5 de julio de 2007, asunto C-522/04 –NSJ024108–) y *Reino de Dinamarca* (Sentencia de 30 de enero de 2007, asunto C-150/04 –NFJ024885–).

En relación con las instituciones de inversión colectiva, a *Orange* (Sentencia de 20 de mayo de 2008, asunto C-194/06 –NFJ028746–), *Santander Asset Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), *Reino de Bélgica* (Sentencia de 25 de octubre de 2012, asunto C-387/11 –NFJ048924–), *Emerging Markets* (Sentencia de 10 de abril de 2014, asunto C-190/12 –NFJ054063–), *Fidelity Fund* (Sentencia de 21 de junio de 2018, asunto C-480/16 –NFJ070708–) y *Atkiendfonds* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), y, respecto de sus socios o partícipes, a *Reino de Bélgica* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-370/11), *Caster* (Sentencia de 9 de octubre de 2014, asunto C-326/12 –NFJ055737–) y *Wagner* (Sentencia de 21 de mayo de 2015, asunto C-560/13 –NFJ058298–).

Estas entidades se caracterizan por gestionar patrimonios en beneficio de sus partícipes. Para evitar el exceso de imposición que pudiera derivarse de la tributación sobre las rentas que obtienen, las distintas legislaciones les suelen conceder un régimen de exención o uno determinante de efectos análogos. Esta forma de tributación ha puesto en tela de juicio la imposición, generalmente mediante retención, de los dividendos internos salientes percibidos por esas entidades.

El TJUE ha enfocado estos casos de acuerdo con los criterios que había venido estableciendo con carácter general, de manera tal que la exención de los fondos residentes determinó que la retención de los dividendos externos salientes percibidos por fondos ex-

tranjeros diera lugar a una restricción no justificable, en la medida en que los fondos residentes y extranjeros se hallaren en situación comparable.

Ya se ha visto que, en los casos generales, la comparación se ha efectuado en función del objetivo o finalidad del régimen fiscal concernido, esto es, eliminar la doble imposición económica. En el caso de los fondos de pensiones y de las instituciones de inversión colectiva, el análisis de comparabilidad ha presentado matices relevantes, relacionados con los requisitos de aplicación del régimen fiscal.

2.3.1. Fondos de pensiones

2.3.1.1. El fondo de pensiones

En *República de Portugal* (Sentencia de 6 de octubre de 2011, asunto C-493/09 –NFJ044337–), el TJUE apreció que la retención sobre los dividendos internos salientes percibidos por fondos de pensiones extranjeros determinaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto los dividendos internos no tributaban a causa de la exención de los fondos de pensiones residentes, lo que vendría a desanimar la inversión de los fondos de pensiones extranjeros en las entidades residentes.

Se trata, bien se ve, del razonamiento formulado con carácter general.

La especialidad se aprecia en las causas de justificación, en particular en la concierne a la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, aducida por el Gobierno portugués que, en realidad, envolvía el análisis de comparabilidad. Así, a juicio de dicho Gobierno, la exención de los fondos de pensiones residentes venía justificada por su función social, a cuyo efecto estaban sujetos a requisitos rigurosos en materia de gestión, funcionamiento, capitalización y responsabilidad financiera. El TJUE fue sensible a este argumento, pero indicó que del mismo no podía derivarse la justificación de plano del régimen fiscal, pues aquellos fondos extranjeros que desempeñaren la misma función y estuvieren sujetos a requisitos similares deberían disfrutar de exención respecto de la imposición sobre los dividendos internos salientes, lo que no podía darse en caso alguno, por cuanto la legislación nacional no concedía la prueba en tal sentido y, por otra parte, la comprobación de esos requisitos podía ejercitarse a través de las normas concernientes a la asistencia mutua en materia de información, de manera tal que una normativa nacional que impedía de modo absoluto que un fondo de pensiones extranjero demostrara que se ajustaba a las exigencias que le permitirían gozar de la exención por el IRC (*imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas*) si residiera en Portugal, no podía estar justificada en méritos de la eficacia de los controles fiscales (p. 46).

El efecto práctico de la argumentación del TJUE es que la retención sobre los dividendos externos salientes no debe practicarse, o debe ser devuelta, cuando el fondo de pen-

siones no residente pruebe que está sujeto a requisitos análogos a los fondos de pensiones residentes e, inversamente, que puede practicarse cuando la similitud no quede acreditada.

En *República de Finlandia* (Sentencia de 8 de noviembre de 2012, asunto C-342/10 –NFJ049295–), el mejor trato de los fondos de pensiones residentes venía dado porque los dividendos eran compensados por las provisiones técnicas, las cuales, sin embargo, no se tomaban en consideración a los efectos del impuesto, mediante retención, sobre los dividendos internos salientes, y de ahí el TJUE dedujo una restricción a la libertad de movimiento de capitales que no pudo superarse tras el análisis de comparabilidad porque, en relación con la función de las provisiones técnicas, los fondos de pensiones residentes y no residentes se hallaban en la misma posición (p. 42 y 43).

Este criterio enlaza con el más amplio del propio TJUE que considera discriminatorio no deducir, a efectos de la imposición de los no residentes, los gastos que sí son deducibles en la imposición de los residentes, en cuanto correlacionados con los ingresos.

En *College Pensions* (Sentencia de 13 de noviembre de 2019, asunto C-641/17 –NFJ075478–), el TJUE abordó un caso análogo, llegando a la misma conclusión, mediante la argumentación de rigor.

Se examinaron varias causas de justificación. Especial interés revistió la concerniente a la salvaguarda del reparto de las competencias tributarias, en el caso entre un Estado miembro y un Estado tercero. En efecto, la retención sobre los dividendos internos salientes estaba amparada por convenios para eliminar la doble imposición.

Como se expuso anteriormente, esta causa de justificación, nacida en *Marks & Spencer* (Sentencia de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03 –NFJ021162–), que había suscitado la esperanza en unos y el temor en otros de que los Estados miembros pudieran conservar las normas amparadas por los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, quedó reducida, tras sentencias posteriores, a justificar aquellas medidas fiscales tendentes a evitar comportamientos que pudieran comprometer el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio, confundándose así con la más veterana causa de justificación relativa a evitar el fraude y la evasión fiscales.

Esta causa de justificación no operó en el caso, por cuanto el Estado miembro concernido (Alemania) había decidido eximir en su práctica totalidad los dividendos abonados a los fondos de pensiones residentes, reiterando así el criterio recogido en varias sentencias precedentes (p. 85). En efecto, si los dividendos internos estaban exentos, la retención no podía estar dirigida a proteger la tributación de rentas derivadas de actividades realizadas en territorio alemán.

De esta manera, en el caso, Alemania podía gravar los dividendos internos salientes de acuerdo con su legislación interna y con el convenio bilateral para eliminar la doble imposición aplicable, pero la libertad de movimiento de capitales se lo impedía.

Solo quedaba, al efecto de salvar la retención, confiar en que la retención fuere imputada en sede de la imposición sobre los beneficios del fondo de pensiones extranjero, en aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición correspondiente. Sin embargo, tal imputación no era posible, por cuanto el mismo estaba exento, de modo que el convenio bilateral para eliminar la doble imposición no neutralizaría la restricción.

En *Pensioensfonds* (Sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-252/14 –NFJ063397–), el TJUE, a la vista de un régimen fiscal que gravaba los dividendos internos salientes percibidos por fondos de pensiones no residentes mediante una retención del 15 %, mientras que los fondos de pensiones residentes tributaban al 15 % sobre los rendimientos netos anuales estimados de su patrimonio, apreció una restricción a la libertad de movimiento de capitales, aun cuando el peor trato para los no residentes en un ejercicio pudiera ser compensado considerando varios ejercicios. Sin embargo, el análisis de comparabilidad reveló que, tomando en consideración los objetivos del régimen fiscal aludido, los fondos de pensiones residentes y no residentes no se hallaban en situación comparable.

El objetivo del régimen fiscal relativo a los fondos de pensiones residentes era crear una tributación neutra e independiente de la coyuntura sobre el rendimiento de los diferentes tipos de activos financieros, así como de todas las formas de ahorro para jubilación, lo que se conseguía gravando un rendimiento calculado estimativamente sobre el neto patrimonial del fondo de pensiones residente, de manera tal que, frente a esa forma de tributación, los fondos de pensiones no residentes se hallaban, en relación con la percepción de dividendos procedentes de entidades residentes, en situación diferente a los fondos de pensiones residentes.

Así pues, tomando en consideración la finalidad y objetivos del régimen fiscal en cuestión, el TJUE consideró que no convenía técnicamente a los fondos de pensiones no residentes (p. 63), de manera tal que la aplicación a los fondos de pensiones residentes y no residentes de dos métodos de tributación diferentes estaba justificada (p. 64).

Sin embargo, el TJUE observó que la base imponible de los fondos de pensiones residentes en función de un porcentaje sobre el patrimonio neto permitía tomar en consideración los denominados gastos profesionales, en tanto que la tributación de los fondos de pensiones no residentes se producía sobre los dividendos internos salientes sin tomar en consideración, por tanto, gasto alguno, y encomendó al tribunal nacional (Suecia) que comprobase este extremo, al efecto de conceder, en su caso, a los fondos de pensiones no residentes un tratamiento equivalente (p. 64).

Las sentencias comentadas guardan una línea de continuidad con las relativas a las retenciones sobre dividendos internos salientes cuando los dividendos internos están exentos o gozan de un régimen similar. Sin embargo, el análisis de comparabilidad revistió una singularidad.

En efecto, lo relevante fue la similitud de funciones y de régimen de funcionamiento de los fondos de pensiones, residentes y no residentes, pues esas funciones y ese régimen de funcionamiento eran los que determinaban un régimen fiscal beneficioso. No obstante, si la exención de los dividendos o su tributación privilegiada en sede de los fondos de pensiones residentes, respondieran a la técnica general de la eliminación de la doble imposición económica, esas funciones y ese régimen de funcionamiento serían irrelevantes a los efectos del análisis de comparabilidad. Así, una exención subjetiva hallará su fundamento en esas funciones y régimen de funcionamiento, en tanto que una exención de los dividendos internos lo hallará en la técnica general de eliminación de la doble imposición económica. Ahora bien, si el fondo de pensiones no residente no es homologable al fondo de pensiones residente, deberá ser contemplado como un contribuyente más, de manera tal que, eventualmente, podrá ser admitido al análisis de comparabilidad que descansa en la posición en relación con los objetivos del régimen de la eliminación de la doble imposición económica.

2.3.1.2. Los partícipes

La tributación de los partícipes se ha centrado en la pertinencia de la deducción de las primas pagadas por residentes a fondos de pensiones no residentes.

En *Bachman* (Sentencia de 28 de enero de 1992, asunto C-204/90 –NFJ066700–) y *Reino de Bélgica* (Sentencia de 28 de enero de 1992, asunto C-300/90 –NFJ079340–), el TJUE apreció que la no deducción de primas pagadas a entidades aseguradoras no residentes, en el seguro de ahorro, restringía la libertad de circulación de trabajadores, pero entendió que estaba justificada para preservar la coherencia del sistema fiscal, ya que existía una relación directa entre deducción, o no, de primas, y tributación, o no, de prestaciones.

En *Reino de Bélgica* (Sentencia de 5 de julio de 2007, asunto C-522/04 –NSJ024108–), el TJUE, ante una cuestión similar, no entró en el examen de la causa de justificación antedicha, al no haber sido alegada. Finalmente, en *Reino de Dinamarca* (Sentencia de 30 de enero de 2007, asunto C-150/04 –NFJ024885–), ante una legislación que, simplemente, excluía de la deducción a las primas pagadas a fondos de pensiones no residentes, el TJUE no apreció la coherencia como causa de justificación.

La Comisión fijó su posición en su comunicación al Consejo y al Parlamento (COM 2001, 214 final), indicando que las libertades garantizadas por el tratado se oponían a un tratamiento dispar de las primas pagadas a sistemas de aseguramiento según cuál fuere la residencia de la entidad aseguradora, y recomendó una fiscalidad homogénea basada en el sistema de deducción de las contribuciones, no gravamen de las rentas acumuladas y gravamen de las prestaciones, incluso cuando la deducción y tributación se produjere en Estados miembros distintos, lo que ya acontece así en buena parte en virtud de las normas de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.

2.3.2. Instituciones de inversión colectiva

2.3.2.1. La institución de inversión colectiva

En todas las sentencias, el TJUE apreció una restricción a la libertad de movimiento de capitales a causa de la retención practicada sobre los dividendos internos salientes, cuando los dividendos internos no la sufrían o era devuelta. El núcleo del debate se produjo en sede del análisis de comparabilidad.

En *Santander Asset Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), el TJUE apreció una restricción a la libertad de movimiento de capitales por cuanto los dividendos internos salientes sufrían retención, en tanto que los dividendos internos estaban exentos, de manera tal que esa diferencia de trato fiscal podía disuadir, por una parte, a las instituciones de inversión colectiva no residentes de realizar inversiones en residentes y, por otra, a los inversores residentes de adquirir participaciones en instituciones de inversión colectiva no residentes. Ya se ha comentado anteriormente el impacto de ese binomio sobre las decisiones de inversión.

En punto al análisis de comparabilidad, el tribunal remitente inquirió si también debía tomarse en cuenta la tributación de los partícipes lo que, a juicio del Gobierno concernido, así era pertinente, por cuanto los fondos de inversión eran meros vehículos de las inversiones de sus socios o partícipes. El TJUE no fue sensible a este argumento, porque, a su entender, si un Estado miembro opta por ejercer su potestad tributaria sobre los dividendos abonados por sociedades residentes basándose únicamente en el lugar de residencia de los fondos de inversión beneficiarios, la situación fiscal de los partícipes de estos carecerá de pertinencia a efectos de apreciar si dicha normativa tiene carácter discriminatorio (p. 28) pero es que, además, los fondos de inversión residentes (Francia) no estaban obligados a distribuir beneficios ni la exención de la que disfrutaban estaba supeditada a la distribución (p. 30).

Se notará que si, a juicio del TJUE, hubiera sido pertinente tomar en consideración la tributación de los socios o partícipes, se hubiera constatado que existía un gravamen para los socios o partícipes residentes, si bien solo en el momento del reembolso de la participación, de manera tal que, habiendo tributación de los residentes, decaería la discriminación.

El Gobierno francés también alegó que en la imposición personal de los socios o partícipes del fondo de inversión no residente, ya en el momento del reembolso de la participación o en otro anterior por imputación, según la legislación nacional aplicable, habría de deducirse la retención por aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición correspondiente, con lo cual estos socios o partícipes no sufrirían un exceso de imposición. Sin embargo, el TJUE insistió en que la fiscalidad de los socios o partícipes era irrelevante.

Adicionalmente, el TJUE indicó que, si bien ciertos convenios bilaterales para evitar la doble imposición preveían la imputación de la retención en sede de los socios o partícipes,

de ello no podía deducirse que, a efectos del análisis de comparabilidad, hubiera de tenerse en cuenta la situación fiscal de dichos socios o partícipes (p. 35 a 38). En suma, habida cuenta del criterio de distinción establecido por la normativa concernida, basado únicamente en el lugar de residencia de las instituciones de inversión colectiva, había de tomarse en cuenta la situación de las mismas, pero no la de sus socios o partícipes (p. 39).

El TJUE rechazó la causa de justificación de la necesidad de garantizar el reparto equilibrado de los ingresos fiscales pues, aun cuando la retención estuviera amparada por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, el Estado miembro había decidido no gravar a los fondos de inversión residentes por los dividendos que los mismos percibían (p. 48), así como la de mantener la coherencia del régimen fiscal, por cuanto la exención de los dividendos internos en sede del fondo de inversión residente no estaba supeditada a una ulterior redistribución a los socios o partícipes que determinase una tributación de aquellos dividendos que compensara la exención (p. 52). Es interesante esta precisión del TJUE porque de la misma cabe inferir que tal causa de justificación hubiere operado si la exención del fondo de inversión estuviese supeditada a la redistribución de la renta a favor de sus socios o partícipes.

En *Reino de Bélgica* (Sentencia de 25 de octubre de 2012, asunto C-387/11 –NFJ048924–), el TJUE apreció una restricción a la libertad de movimiento de capitales provocada por un régimen fiscal en cuya virtud las retenciones sobre intereses y dividendos eran devueltas a las instituciones de inversión colectiva residentes a causa de la exención de las mismas, en tanto que las retenciones practicadas respecto de las instituciones de inversión colectiva extranjeras constituían una imposición definitiva.

En el análisis de comparabilidad, el TJUE consideró que la normativa de exención tenía por objeto evitar la doble imposición, a la que, justamente, estaban abocadas las instituciones de inversión colectiva no residentes por causa de la retención, de manera tal que, frente a esa legislación, estaban en situación comparable a las residentes (p. 50 y 51). A estos efectos, el TJUE entendió irrelevante que ciertos fondos de inversión fueran transparentes (p. 61) y no tomó en consideración la tributación de los socios o partícipes, pues el distinto régimen fiscal de los fondos de inversión, según que fueran residentes o no residentes, derivaba del lugar de su residencia (p. 67).

El TJUE examinó la posible neutralización de la restricción mediante los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, lo que requeriría la completa imputación de la retención contra la imposición del fondo de inversión ante la jurisdicción fiscal de su residencia (p. 55) lo que, sin embargo, no había quedado demostrado por el Estado miembro concernido (Bélgica).

En *Emerging Markets* (Sentencia de 10 de abril de 2014, asunto C-190/12 –NFJ054063–), el TJUE apreció, por las mismas razones que en *Santander Asset Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), una restricción a la libertad de movimiento de capitales provocada por un régimen fiscal que no gravaba los dividendos percibidos por los fondos de inversión residentes y sujetaba a imposición,

mediante retención, a los dividendos percibidos por fondos de inversión no residentes, en el caso residentes en un Estado tercero (Estados Unidos).

En el análisis de comparabilidad, el TJUE desestimó el argumento de que los fondos de inversión residentes (Polonia) se sujetaban a la Directiva 85/611/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), en tanto que los no residentes no lo hacían, porque, de una parte, ese argumento privaría de toda eficacia a la libertad de movimiento de capitales (p. 66 y 67) y, de otra, el criterio de distinción del régimen fiscal aplicable a los fondos de inversión era, exclusivamente, la residencia de los mismos (p. 68). Lo únicamente relevante, por tanto, fue que, frente al objetivo y finalidad de la normativa de exención para los fondos de inversión residentes, consistente en evitar un exceso de imposición derivado de la interposición del fondo de inversión entre los inversores finales y las entidades emisoras de los correspondientes instrumentos de patrimonio, los fondos de inversión residentes y no residentes se hallaban en la misma situación. Por tanto, los dividendos internos de salida eran merecedores de la exención en méritos del principio de libertad de movimiento de capitales.

En el análisis de las causas de justificación cobró relevancia la de los controles fiscales, ya que el fondo de inversión concernido residía en un Estado tercero, por tanto, ajeno a los instrumentos jurídicos de asistencia mutua administrativa propios de la UE. La autoridad fiscal nacional (polaca), en efecto, había de tener constancia de que la entidad no residente era una institución de inversión colectiva, a cuyo efecto la misma debía presentar un conjunto de pruebas susceptibles de comprobación mediante la colaboración con la autoridad fiscal extranjera correspondiente (norteamericana) lo que, a juicio del TJUE, era posible en virtud del marco de cooperación derivado del artículo 23 del convenio bilateral (polaco-norteamericano) para evitar la doble imposición y del artículo 4 del Convenio elaborado por la OCDE y el Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 25 de enero de 1988, sobre la asistencia administrativa mutua en materia fiscal (p. 86).

Se alegó la necesidad de mantener la coherencia del sistema fiscal y el reparto equilibrado de los ingresos fiscales. El TJUE respondió en términos similares a como ya lo había hecho en *Santander Asset Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), y puntualizó que los mismos eran también aplicables respecto de situaciones extracomunitarias.

En *Fidelity Fund* (Sentencia de 21 de junio de 2018, asunto C-480/16 –NFJ070708–), el TJUE apreció, por las mismas razones que en *Santander Asset Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

En el análisis de comparabilidad, el TJUE hubo de afrontar que la exención a favor del fondo de inversión residente estaba supeditada a la distribución o imputación de benefi-

cios a sus socios o partícipes y a la práctica de una retención, pero no le concedió trascendencia, por cuanto, de una parte, el fondo de inversión no residente podía tener socios o partícipes en el Estado miembro de referencia (Dinamarca), de manera tal que podrían ser gravados; y, de otra, que siendo cierto que no se podría gravar a los socios o partícipes no residentes, a diferencia de lo que acontecía respecto de los residentes, tal imposibilidad era coherente con la lógica del desplazamiento de la carga impositiva desde el fondo de inversión al socio o partícipe (p. 62).

Este razonamiento es discutible. En efecto, de lo que se trata no es de que Dinamarca pretenda gravar a los socios o partícipes no residentes del fondo de inversión no residente. De lo que se trata es de comparar los fondos de inversión residentes y no residentes. Así, si los fondos de inversión residentes para acceder al régimen de exención deben distribuir beneficios o imputarlos a sus socios o partícipes, el fondo de inversión no residente también debería estar legalmente sujeto a esa obligación o, cuando menos, materialmente cumplirla, a los efectos de la comparación. Si, por el contrario, el fondo de inversión no residente es de acumulación, no estará en situación comparable al fondo de inversión residente que disfruta de exención. Nótese que la distribución es, justamente, lo que convierte al fondo de inversión en un vehículo, de manera tal que, si la fiscalidad danesa responde a esa consideración, el fondo de inversión no residente de acumulación no sería comparable al fondo de inversión residente.

No prosperó la causa de justificación del reparto equilibrado de la potestad tributaria, pues la retención sobre los dividendos internos salientes no tenía por objeto combatir conductas contrarias a que la jurisdicción fiscal concernida (Dinamarca) pudiera recaudar los tributos correspondientes a actividades realizadas en su territorio, por cuanto aquella había decidido no gravar los dividendos internos (p. 71), a lo que el TJUE añadió que los dividendos satisfechos a los fondos de inversión no residentes por las entidades residentes habían tributado ya ante la jurisdicción fiscal concernida (Dinamarca) como parte de la base imponible del impuesto sobre beneficios soportado por las mismas (p. 72) lo que, en el fondo, era una suerte de enmienda a la totalidad respecto de la tributación de los dividendos transfronterizos según los criterios del Modelo de Convenio de la OCDE. No en vano, el gobierno británico y el danés señalaron que, en caso de no prevalecer la causa de justificación, la jurisdicción fiscal concernida (Dinamarca) habría de renunciar a un derecho de imposición conferido por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

El TJUE apreció la causa de justificación de la coherencia del sistema fiscal, por cuanto había un vínculo directo entre la exención del fondo de inversión residente y la tributación, mediante retención, de sus socios o partícipes, inherente a la obligación de distribución o imputación. Sin embargo, entendió que el principio de proporcionalidad se cumpliría perfectamente liberando de retención o eximiendo a los dividendos percibidos por los fondos de inversión no residentes a condición de que las autoridades fiscales concernidas (danasas) se aseguraran de que los mismos liquidaran, ante la jurisdicción fiscal de su residencia, un impuesto equivalente al importe que los fondos de inversión residentes debían girar, como

retención fiscal, respecto de los beneficios obligatoriamente distribuidos o imputados a sus socios o partícipes (p. 84).

En *Atkiendfonds* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), el TJUE se enfrentó a un régimen fiscal que establecía una retención sobre los dividendos pagados por las entidades residentes (Países Bajos), la cual sería devuelta a los fondos de inversión residentes que, por cumplir ciertos requisitos, estuvieran exentos. Estos requisitos eran la distribución de los beneficios a sus socios o partícipes en el plazo de ocho meses y la amplia difusión de las participaciones con identificación de los socios o partícipes. Bajo el cumplimiento de esos mismos requisitos, los fondos de inversión no residentes también tenían derecho a la devolución de la retención.

El TJUE apreció que, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales, los fondos de inversión no residentes tenían derecho a la devolución de la retención con tal de que cumplieran con los mismos requisitos que se imponían a los fondos de inversión residentes para disfrutar de la exención, y examinó si tales requisitos podían ser, razonablemente, cumplidos por los fondos de inversión extranjeros. Ese examen envolvía, realmente, el análisis de comparabilidad.

Así, por lo que se refería al requisito de redistribución, el TJUE, entendiendo que su objeto y finalidad era desplazar la tributación hacia los socios o partícipes, concluyó que un fondo de inversión residente que realiza una distribución efectiva de sus beneficios y un fondo de inversión no residente cuyos beneficios no se reparten, pero que se consideran distribuidos y son gravados, como tales, en la tributación personal de los socios o partícipes mediante la pertinente imputación, se hallan en una situación objetivamente comparable por cuanto, en uno y otro caso, la tributación se desplaza desde el fondo de inversión al partícipe (p. 81). En sentido contrario, si el fondo de inversión no residente no estuviera sujeto a la obligación de distribución o al régimen de imputación, no estaría en situación comparable.

En relación con el requisito de difusión, en el periodo 2002-2006, las participaciones o bien debían cotizar en la Bolsa de Ámsterdam y no pertenecer en más del 25 % a una sola persona física o bien, si no cotizaban, el 75 % de las acciones debía pertenecer a entidades no lucrativas o a personas físicas, pero sin que ninguna de ellas pudiera tener el 5 % o más; y en el periodo 2007, las acciones debían estar admitidas a negociación en un mercado de instrumentos financieros legalmente regulado, que permitiera al fondo de inversión conocer la identidad de sus inversores.

Respecto del periodo 2002-2006, el TJUE reenvió la cuestión a la apreciación del tribunal nacional remitente (neerlandés), al objeto de que verificase si el requisito relativo a los partícipes que, como se ha indicado, estaba basado en la cotización de las participaciones del fondo de inversión en la Bolsa de Ámsterdam, por su naturaleza o de hecho solo podía ser satisfecho por los fondos de inversión residentes, mientras que los fondos de inversión

no residentes cuyas acciones y participaciones no cotizaban en la Bolsa de Ámsterdam, sino en alguna otra, no lo cumplían (p. 58).

Respecto del periodo 2007, el TJUE consideró que la prueba del cumplimiento de los requisitos relativos a la amplitud y difusión de las participaciones correspondía al fondo de inversión no residente pero, en el caso concreto, no podía satisfacerla, no porque esos requisitos fueran en exceso complejos u orientados exclusivamente a los fondos de inversión residentes (neerlandeses), sino porque el sistema de negociación de participaciones elegido por el fondo de inversión no residente no le permitía conocer a los titulares de las participaciones (p. 64 a 66).

El fondo de inversión no residente estaba sujeto a la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (Directiva 2009/65), pero esto fue irrelevante. Lo decisivo fue que no podía probar el requisito de amplia difusión de la participación por causa imputable al sistema de negociación por él elegido, en tanto que los fondos residentes sí podían hacerlo.

En esta sentencia, a diferencia de las precedentes, el cumplimiento de los requisitos que habilitaban la exención jugó un papel fundamental. No solo fue relevante la posición comparable de los fondos de inversión residentes y no residentes frente al objeto y finalidad del régimen fiscal concernido, sino que también lo fueron los requisitos necesarios para disfrutar del mismo, de manera tal que los fondos de inversión no residentes que los cumplieran tendrían, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales, derecho a dicho régimen fiscal, en el caso la exención y la consiguiente devolución de la retención sufrida sobre los dividendos internos salientes, en el bien entendido de que tales requisitos habrían de ser de posible cumplimiento por los fondos de inversión no residentes.

Con la sentencia *Atkiendfonds* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), el TJUE sitúa el análisis de comparabilidad en sede de los requisitos que deba cumplir la institución de inversión colectiva residente para disfrutar del régimen fiscal especial determinante, entre otros aspectos, de la exención de los dividendos, de manera tal que la institución de inversión colectiva no residente estará en situación comparable si cumple dichos requisitos. De esta manera, una diferencia de tributación entre los fondos de inversión residentes y no residentes no será determinante de una restricción si los segundos no cumplen los requisitos exigidos a los primeros. Esos requisitos, por ejemplo, la difusión de las participaciones, la cotización de las mismas en mercados organizados, la obligación de redistribución y cualesquiera otras a tenor de la legislación nacional son los que habilitan el régimen fiscal especial beneficioso y, por tanto, su cumplimiento determina la situación comparable.

Ahora bien, al igual que se ha comentado respecto de los fondos de pensiones, los fondos de inversión no residentes que no cumplan con esos requisitos tal vez puedan, en cuan-

to contribuyentes que son, estar en situación comparable con los contribuyentes residentes distintos de los fondos de inversión. Así sucederá cuando estos contribuyentes, por ejemplo, disfruten de una exención sobre los dividendos internos en orden a evitar la doble imposición, ya que frente a ese objetivo los contribuyentes no residentes se hallan en situación comparable, según la doctrina del TJUE, habida cuenta de que la retención crea doble imposición.

Así, si proyectamos estos criterios sobre la legislación española, los fondos de inversión extranjeros que no cumplan con el requisito de tener 100 o más socios o partícipes no estarían en situación comparable respecto de los fondos de inversión españoles, pero sí podrían estarlo, en relación con los dividendos pagados por entidades residentes en territorio español que, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (Ley 27/2014), disfrutaran de exención. En tal caso, la retención habría de ser devuelta, si bien no es claro si los fondos de inversión extracomunitarios podrían acceder a esa devolución por cuanto el artículo 21 contempla participaciones significativas, de manera tal que la libertad concernida podría ser la de establecimiento y no la de movimiento de capitales. Más adelante se desarrolla esta materia.

En *Orange* (Sentencia de 20 de mayo de 2008, asunto C-194/06 –NFJ028746–), el TJUE apreció que la libertad de movimiento de capitales se oponía a que los fondos de inversión residentes, que tributaban en régimen de exención, percibieran una compensación por razón de las retenciones sufridas sobre los dividendos externos entrantes ante otras jurisdicciones fiscales con las que existía un convenio bilateral para evitar la doble imposición, por cuanto podía disuadirles de realizar inversiones en entidades residentes en jurisdicciones fiscales con las que no existiera tal convenio.

Sin embargo, considerando que el objeto y finalidad de la medida fiscal era que a los inversores les fuera indiferente invertir de manera individual o colectiva, el TJUE apreció que el trato diferente era congruente, por cuanto frente a ese objetivo y finalidad, los dividendos no se hallaban en situación objetivamente comparable. Por otra parte, la mayor carga fiscal soportada por los dividendos procedentes de jurisdicciones fiscales sin convenio era provocada por la retención practicada por las mismas, pero no por la de la residencia del fondo de inversión (Países Bajos), que eximía a las dos clases de dividendos (p. 61 a 63). De esta manera, la restricción quedaba superada.

Con todo, se observará que el régimen fiscal de compensación fragmentaba el mercado de capitales en relación con las inversiones de los fondos inversión.

Sin embargo, la supresión de la compensación en la parte correspondiente a los socios o partícipes no residentes de los fondos de inversión determinaba, a juicio del TJUE, una restricción que no podía superarse en función del objetivo y finalidad mencionados, y que tampoco estaba justificada por la coherencia del sistema fiscal bajo el argumento de que la compensación estaba relacionada con la posterior tributación del dividendo en sede de los socios o partícipes, ya que también los no residentes tributaban, mediante retención.

2.3.2.2. Los partícipes

En *Reino de Bélgica* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-370/11), el TJUE apreció que la tributación de las plusvalías derivadas del reembolso de participaciones en fondos de inversión del EEE mientras que las de los fondos de inversión residentes estaban exentas, determinaba la existencia de una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto desanimaría a los inversores residentes (Bélgica) a tomar participaciones en fondos de inversión extranjeros. No se examinaron causas de justificación.

En *Caster* (Sentencia de 9 de octubre de 2014, asunto C-326/12 –NFJ055737–), el TJUE apreció que calcular en el 6 % del valor liquidativo los ingresos derivados de participaciones sobre fondos de inversión extranjeros que no aportaban información en los mismos términos que lo hacían los fondos de inversión residentes, sin admitir pruebas respecto del verdadero importe de aquellos ingresos, determinaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto la tributación forfataria podía ser más gravosa que la efectiva, lo que disuadiría a los inversores residentes (Alemania) a tomar participaciones sobre fondos de inversión extranjeros.

El TJUE profundizó en el análisis de la causa de justificación de los controles fiscales en asociación con la de garantizar la eficacia de la recaudación.

La necesidad de obtener una información suficiente para liquidar correctamente el tributo fue apreciada como causa de justificación. Sin embargo, el TJUE entendió que una normativa que rechazaba cualquier medio de prueba distinto del previsto respecto de los fondos residentes era desproporcionada, máxime considerando que ese medio de prueba estaba concebido respecto de las rentas derivadas de las participaciones mantenidas en aquellos (p. 48 y 49). Indicó el TJUE que no cabía excluir que los partícipes de los fondos de inversión extranjeros pudieran aportar los justificantes que permitieran a las autoridades fiscales comprobar, de manera clara y precisa, la información exigida para determinar correctamente el importe de los rendimientos de los fondos de inversión obtenidos por el partícipe (p. 50), particularmente en el ámbito comunitario, habida cuenta de la normativa sobre asistencia mutua en materia administrativa. Inversamente, la causa de justificación hubiera prosperado si la normativa concernida hubiera permitido al contribuyente aportar las pruebas necesarias para evaluar sus rendimientos efectivos (p. 57).

En el mismo sentido *Wagner* (Sentencia de 21 de mayo de 2015, asunto C-560/13 –NFJ058298–).

2.4. Dividendos afectos a la Directiva matriz-filial

Sobre la Directiva 90/435, posteriormente sustituida por la Directiva 2011/96/UE, del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades

matrices y filiales de Estados miembros diferentes (refundición) (Directiva 2011/96), han versado las sentencias *Denkavit*, *Vitic* y *Voormer* (Sentencia de 17 de octubre de 1996, asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94 –NFJ002240–), *Epson* (Sentencia de 8 de junio de 2000, asunto C-375/98 –NFJ079345–), *Océ* (Sentencia de 25 de septiembre de 2003, asunto C-58/01 –NFJ014941–), *Burda* (Sentencia de 26 de junio de 2008, asunto C-284/06 –NFJ029155–), *Les Vergers* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-48/07 –NFJ031283–), *Cobelfret* (Sentencia de 12 de febrero de 2009, asunto C-138/07 –NFJ031339–), *Bank KBC y Beleggen* (Auto de 4 de junio de 2009, asuntos acumulados C-439/07 y C-499/07 –NFJ079352–), *Gaz France* (Sentencia de 1 de octubre de 2009, asunto C-247/08 –NFJ035247–), *Ferrero y Beverage* (Sentencia de 24 de junio de 2010, asuntos acumulados C-338/08 y C-339/08 –NFJ038926–), *Punch Graphics* (Sentencia de 18 de octubre de 2012, asunto C-371/11 –NFJ048730–), *X (BE)* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-68/15 –NFJ066589–), *Wereldhave* (Sentencia de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15 –NFJ065784–), *Eqion* (Sentencia de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16 –NFJ067536–), *Argenta* (Sentencia de 26 de octubre de 2017, asunto C-39/16 –NFJ068395–), *Afep* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-365/16 –NFJ066586–), *Danmark Aps* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–), *Deister y Juhler* (Sentencia de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16 –NFJ069234–), *GS* (Auto de 14 de junio de 2018, asunto C-440/17), *Brussels Securities* (Sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-389/18 –NFJ075720–) y *GVC* (Sentencia de 2 de abril de 2020, asunto C-458/18 –NFJ077050–).

El objetivo de la Directiva matriz-filial fue establecer un régimen común relativo a los dividendos intracomunitarios, procedentes de participaciones significativas, que procurase la eliminación de la doble imposición económica a través del método de exención o de imputación, así como mediante la supresión de las retenciones relativas a aquellos.

La jurisprudencia del TJUE relativa a los dividendos internos salientes ha rebajado la importancia de esta directiva ya que, como se ha visto, cuando el Estado miembro correspondiente tuviere establecido un método para eliminar la doble imposición económica respecto de los dividendos internos, la libertad de establecimiento impondría la aplicación del mismo y la supresión de la retención. Por la misma razón, la perfecta transposición de la directiva no garantiza que no puedan surgir pretensiones fundamentadas en las libertades comunitarias respecto de dividendos inherentes a situaciones distintas de las amparadas por la directiva. En cualquier caso, lo anterior no desmerece el esfuerzo armonizador de la directiva (Calderón Carrero y Martín Jiménez, 2019, pp. 182 y ss.), ya que el tratamiento de los dividendos internos por parte de los Estados miembros no tiene, necesariamente, que estar basado en la eliminación de la doble imposición económica.

2.4.1. Requisitos de acogimiento

La Directiva 2011/96 se aplica según los dividendos intracomunitarios que reúnen ciertos requisitos. El TJUE se ha pronunciado respecto de algunos de ellos.

2.4.1.1. Tiempo de tenencia de la participación

En *Denkavit, Vitic y Voormer* (Sentencia de 17 de octubre de 1996, asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94 –NFJ002240–), el TJUE interpretó que el requisito de tiempo de tenencia de la participación, previsto en el artículo 3.2 b) de la Directiva 90/435 a modo de opción concedida a los Estados miembros, podía cumplirse después de la distribución del dividendo. Algunos Estados miembros, entre ellos Alemania y España, habían interpretado que el plazo debía estar ya cumplido en dicho momento, contando con el amparo de las deliberaciones habidas en el Consejo, pero el TJUE les negó valor y apadrinó una interpretación literal de la norma, observando que la posibilidad de establecer un tiempo de tenencia de la participación se expresaba a través de una fórmula condicional o subjuntiva que, desde luego, no permitía entender que el referido tiempo hubiera debido transcurrir en el momento del pago del dividendo. Por el contrario, tal tiempo se podría completar en un momento posterior.

Sin embargo, como quiera que el tiempo de tenencia de la participación era un instrumento para evitar una forma de fraude conocida como el lavado del dividendo, el TJUE interpretó que los Estados miembros podrían practicar la retención aun cuando no se hubiera cumplido el tiempo de tenencia en el momento de la distribución del dividendo, debiendo devolverla una vez cumplido el plazo.

Sin embargo, el TJUE, pese a reconocer el efecto directo de la norma armonizadora, entendió que no concurrían los requisitos determinantes de la responsabilidad por incumplimiento de los Estados miembros, esto es, que la norma confiriese derechos a los particulares, que la violación estuviere suficientemente caracterizada, y que existiere una relación directa entre infracción y daño.

2.4.1.2. Forma jurídica

En *Gaz France* (Sentencia de 1 de octubre de 2009, asunto C-247/08 –NFJ035247–), el TJUE entendió que la directiva no era aplicable a una entidad constituida en Francia (*société par actions simplifiée*) a pesar de tener una naturaleza análoga a aquellas que estaban expresamente mencionadas en el anexo, rechazando así la inclusión por analogía.

Sin embargo, el TJUE fue sensible a la discriminación que ello podía suponer, de manera tal que, aunque los Estados miembros solo estuvieran obligados a conceder los beneficios fiscales de la Directiva 90/435 a las entidades enumeradas en el anexo, el cumplimiento de esa obligación no les eximía del deber de dar un trato igual a las entidades no residentes que, respecto del régimen fiscal de los dividendos, se hallaren en situación comparable con las residentes.

En *Punch Graphics* (Sentencia de 18 de octubre de 2012, asunto C-371/11 –NFJ048730–), el TJUE interpretó que la fusión por absorción de carácter impropio no podía ser subsumida bajo el concepto de liquidación, de manera tal que a las rentas puestas de manifiesto en

aquella no les afectaba la exclusión prevista en el artículo 4.1 de la directiva. Adicionalmente, por lo que se refiere a la plusvalía de fusión, ha de recordarse que la Directiva 90/434/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, prevé su exención, bajo el cumplimiento de determinados requisitos.

En *GVC* (Sentencia de 2 de abril de 2020, asunto C-458/18 –NFJ077050–), el TJUE abordó la cuestión de la aplicación de la directiva a las entidades residentes en Gibraltar.

A la sazón, Gibraltar constituía un territorio europeo cuyas relaciones exteriores eran asumidas por el Reino Unido, de manera tal que se aplicaba el Derecho de la UE, según lo previsto en el artículo 355.3 del TFUE. Por otra parte, la declaración 55 del TFUE, formulada por el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, establecía que los tratados se aplicarían a Gibraltar en cuanto territorio europeo cuyas relaciones exteriores asumía un Estado miembro, sin que ello supusiera modificación alguna de las respectivas posiciones de España y el Reino Unido sobre Gibraltar.

Sin embargo, por lo que estrictamente se refería a la directiva, el TJUE entendió que las sociedades constituidas en Gibraltar y sujetas al IS no estaban comprendidas en los conceptos de «sociedades constituidas de conformidad con el Derecho del Reino Unido» y «*corporation tax* en el Reino Unido». Esta interpretación excluía a las entidades constituidas en Gibraltar de los beneficios establecidos en la directiva, sin que a esta conclusión cupiera oponer lo previsto en el artículo 355.3 del TFUE ni en la declaración 55 del TFUE, concernientes a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores eran asumidas por un Estado miembro.

2.4.1.3. Sujeción a la imposición sobre los beneficios

En *Wereldhave* (Sentencia de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15 –NFJ065784–), el TJUE interpretó que una entidad, en el caso una institución de inversión colectiva, que estaba sujeta al IS, pero que tributaba al tipo cero a condición de que distribuyera los beneficios a sus socios o partícipes, no cumplía con el requisito de sujeción sin posibilidad de opción y sin estar exenta, establecido en el artículo 2 c) de la directiva (actual art. 2.a).iii), de manera tal que no tenía derecho a la exención respecto de la imposición en el Estado miembro de la fuente.

El TJUE entendió, adicionalmente, que el tipo de gravamen cero impedía, por sí mismo, la doble imposición, de manera tal que el objetivo de la directiva ya estaba logrado, y ello a pesar de que los socios o partícipes de la institución de inversión colectiva sí estaban sujetos a tributación. Tal vez las libertades de establecimiento o de movimiento de capitales hubieran podido oponerse a la retención sobre los dividendos internos salientes, pero el TJUE no entró en esta cuestión.

La Directiva 2014/86/UE, del Consejo, de 8 de julio de 2014, modificó la Directiva 2011/96, al objeto de que los Estados miembros se abstuvieran de gravar los beneficios distribuidos «en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial».

Hasta el momento, el TJUE no se ha pronunciado sobre el problema que plantea esta cláusula, a saber, si tiene derecho a las previsiones de la directiva un dividendo que procede de un beneficio que no ha tributado efectivamente, aun cuando la entidad que lo distribuye se hallare sujeta y no exenta a la imposición sobre los beneficios.

Desde luego, si el beneficio distribuido está excluido de la base imponible por el hecho mismo de la distribución, el Estado miembro de la sociedad matriz, no solamente no estará obligado a conceder la exención sino que deberá gravarlo. Pero la respuesta no es tan clara si el beneficio distribuido no ha tributado por causa distinta (Calderón Carrero y Martín Jiménez, 2019, pp. 188 y ss.), por ejemplo, debido a la aplicación de una deducción extracontable calculada sobre el importe de los fondos propios (deducción ACE o bonificación por crecimiento e inversión, en el sentido de la propuesta de directiva sobre una base imponible común) o porque procede de una reserva que, en el momento de su creación, motivó una reducción de la base imponible (reserva de capitalización de la Ley 27/2014).

Una interpretación literal de la directiva llevaría a conceder su aplicación en estos casos, pero una interpretación desligada de la literalidad pudiera llevar, no solo a negarla, sino a entender que el Estado de la sociedad matriz está obligado a gravar ese beneficio.

La sentencia *Wereldhave* (de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15 –NFJ065784–) anima a postular la segunda interpretación, pero es lo cierto que se abriría un camino bastante incierto, ya que podría cuestionarse la aplicación de la directiva cuando mediare cualquier tipo de incentivo fiscal que hubiere llevado a una tributación nula o simbólica de los beneficios distribuidos. En el fondo, los razonamientos precedentes lo que hacen es poner en cuestión el método de exención para eliminar la doble imposición económica en una situación, como la actual, en la que la preocupación por la tributación, al menos una vez, del beneficio, está ocupando el centro de la política fiscal sobre los beneficios transfronterizos, a raíz del proyecto BEPS «Erosión de la base imponible y traslado de beneficios» y de sus repercusiones en la estrategia fiscal de la Comisión.

2.4.1.4. Usufructo

En *Les Vergers* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-48/07 –NFJ031283–), el TJUE interpretó que las participaciones poseídas en concepto de usufructo no daban derecho a la aplicación de la Directiva 90/435 (p. 44). Sin embargo, cuando el método de eliminación de la doble imposición establecido para los dividendos internos se aplicase en caso de usufructo, el TJUE observó que las libertades del tratado obligaban a dar el mismo

trato a los dividendos externos procedentes de una sociedad de otro Estado miembro, lo que, por otra parte, era conforme con los objetivos de la Directiva 90/435 (p. 45 a 47).

2.4.2. Concepto de retención

En *Epson* (Sentencia de 8 de junio de 2000, asunto C-375/98 –NFJ079345–), el TJUE interpretó que un impuesto recaudado por Portugal con ocasión de la distribución de dividendos por parte de las sociedades filiales a sus matrices, formalmente encuadrado entre la imposición sobre el tráfico patrimonial (impuesto sobre sucesiones y donaciones), debía ser entendido como retención en origen en el sentido del artículo 5 de la directiva, por cuanto el tributo en cuestión se devengaba con ocasión del pago de dividendos, la base imponible era su importe y, en fin, el contribuyente era el titular de la participación, de manera tal que lo que pesó fue la verdadera contextura del tributo y no su denominación.

En *Athinaiki Zythopoiia AE* (Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto C-294/99 –NFJ011021–), el TJUE interpretó que constituía retención en origen, en el sentido del artículo 5 de la directiva, la tributación, en sede de la entidad filial y a cargo de la misma, de los beneficios previamente exentos, en la parte que correspondiera a los beneficios distribuidos, contrariando así la posición del Gobierno griego quien sostuvo que esa tributación era la propia del IS de la entidad filial. Para el TJUE fue decisivo que la tributación tuviera lugar a causa de la distribución del beneficio (p. 28)

En *Océ* (Sentencia de 25 de septiembre de 2003, asunto C-58/01 –NFJ014941–), el TJUE interpretó que un impuesto que recaía sobre el dividendo aumentado en la devolución del impuesto compensatorio, que daba origen a un crédito fiscal, de acuerdo con el convenio bilateral anglo-neerlandés, debía ser calificado como retención en origen, en el sentido de la directiva, excepto en la medida en que recaía sobre el importe del impuesto compensatorio.

No obstante, respecto de la parte de retención que fue considerada como retención en origen en el sentido del artículo 5 de la directiva, el TJUE examinó si podía tener cabida en su artículo 7.2, a cuyo tenor aquella no afecta a las disposiciones nacionales o convenidas que puedan tener por objeto suprimir o atenuar la doble imposición económica de dividendos, constatando que el citado artículo fue introducido, precisamente, en atención a la legislación británica relativa a la eliminación de la doble imposición económica.

En *Burda* (Sentencia de 26 de junio de 2008, asunto C-284/06 –NFJ029155–), el TJUE consideró que el impuesto compensatorio establecido en Alemania no constituía una retención en origen en el sentido de la directiva, por cuanto formaba parte del IS aun cuando se devengase, a cargo de la entidad filial, en el momento de la distribución del beneficio.

En *Ferrero y Beverage* (Sentencia de 24 de junio de 2010, asuntos acumulados C-338/08 y C-339/08 –NFJ038926–), el TJUE tuvo oportunidad de ratificar su doctrina respecto de los

impuestos compensatorios, en cuanto piezas de un sistema para eliminar la doble imposición económica. El impuesto compensatorio italiano o incremento de impuesto en concepto de liquidación final podía ser devuelto de acuerdo con el convenio italo-neerlandés, pero, en tal caso, tendría la consideración de dividendo y estaría sujeto a retención, debatiéndose si dicha retención era compatible con la directiva.

El conflicto no versaba sobre una posible restricción sino sobre la calificación de la devolución como dividendo a la luz de la directiva. El TJUE, sobre la base de que la directiva excluía la retención sobre las rentas derivadas de la participación, concluyó que el incremento de imposición era un tributo, no un rendimiento, que corría a cargo de la sociedad distribidora, de manera tal que, aunque el convenio bilateral lo calificara como dividendo, en realidad se trataba de la transferencia de una parte de un ingreso fiscal que derivaba de la renuncia por el Estado italiano a la percepción definitiva del mismo, de manera tal que la retención sobre dicho importe no contravenía la directiva.

Por otra parte, la devolución del incremento de impuesto y la retención sobre el importe de dicha devolución, prevista en el convenio italo-neerlandés, podía encajar en la delimitación del ámbito de aplicación de la directiva previsto en su artículo 7.2, en la medida en que dicha retención no frustrase el mecanismo para evitar la doble imposición económica previsto en el convenio bilateral.

En *X (BE)* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-68/15 –NFJ066589–), el TJUE interpretó que un impuesto que gravaba los dividendos distribuidos sobre la base de la diferencia entre su importe y el de los resultados del ejercicio sujetos a tributación no tenía naturaleza de retención, por cuanto el contribuyente no era el titular de las acciones sino la entidad que distribuía el dividendo. En efecto, el impuesto en cuestión (*fairness tax*) tenía por objeto establecer una tributación mínima (5 %) sobre la base de un dividendo procedente de un beneficio que no había tributado, o lo había hecho muy débilmente, en la imposición sobre el beneficio, básicamente debido a la deducción del interés nacional, la compensación fiscal de pérdidas y otros conceptos similares.

Con esta sentencia, el TJUE completaba su doctrina respecto del concepto de retención en el sentido del artículo 5 de la directiva, y matizaba el criterio vertido en *Athinaiki Zythopoiia AE* (Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto C-294/99 –NFJ011021–), indicando que debe recaudarse por el Estado miembro en que resida la entidad que reparte los dividendos, que su hecho imponible es el pago de esos dividendos o de cualquier otro rendimiento de los títulos, que la base imponible es el importe del rendimiento y, en fin, que el contribuyente debe ser el tenedor de dichos títulos.

De acuerdo con esta doctrina, no debe calificarse como retención en origen la tributación, a cargo de la entidad filial, con ocasión de la distribución del beneficio. En efecto, no puede descartarse la existencia de impuestos sobre los beneficios de las sociedades que difieran el gravamen al momento de la distribución del beneficio. Estos impuestos no cons-

tituyen una retención en origen, en el sentido del artículo 5 de la directiva, por más que se devenguen a causa de la distribución del beneficio.

Tampoco deben ser calificados como retención en origen los denominados impuestos compensatorios, actualmente en retirada, pero que tuvieron presencia en ciertos Estados miembros, pues aun cuando se devengan con ocasión de la distribución del beneficio, recaen sobre la entidad filial que los distribuye y forman parte de un sistema para eliminar la doble imposición económica.

2.4.3. Método de eliminación de la doble imposición

En *Cobelfret* (Sentencia de 12 de febrero de 2009, asunto C-138/07 –NFJ031339–), el TJUE interpretó que el artículo 4.1 de la directiva se oponía a una norma (Bélgica) que excluía los dividendos intracomunitarios de la base imponible, pero solo hasta el montante de las rentas de otras fuentes, por cuanto el efecto práctico de la norma en cuestión era gravarlos, indirectamente, a través de la reducción del importe de las rentas negativas compensables, con rentas de ejercicios futuros.

El Gobierno belga alegó que esa norma también se aplicaba respecto de los dividendos internos. La igualdad de trato entre los dividendos internos e intracomunitarios era un argumento fuerte pues descartaba que la norma belga fuera discriminatoria y, además, permitía inscribirla en el ámbito de las finalidades de la directiva. Ahora bien, esto reconocido, el TJUE observó que la norma belga frustraba el principal objetivo de la directiva, esto es, la eliminación total de la doble imposición económica en el ámbito intraeuropeo, en el contexto de las relaciones matriz-filial.

En *Bankb KBC y Beleggen* (Auto de 4 de junio de 2009, asuntos acumulados C-439/07 y C-499/07 –NFJ079352–), se debatió la misma cuestión que en *Cobelfret* (Sentencia de 12 de febrero de 2009, asunto C-138/07 –NFJ031339–), pero el TJUE hubo de abordar, al hilo de la misma, si la obligación de excluir el dividendo de la renta imponible prevista en el artículo 4.1 de la directiva acarrearba la de permitir la compensación de la renta negativa con beneficios de ejercicios futuros. El TJUE observó que la directiva no obligaba a la compensación de las pérdidas derivadas de la abstención de gravar el dividendo, pero puntualizó que existiendo tal compensación en Bélgica la normativa de transposición no debía implicar una limitación a la misma. De esta manera, el TJUE parece dar a entender que, si en Bélgica no hubiera existido compensación de pérdidas con beneficios futuros, la transposición de la Directiva 90/435 hubiera sido correcta. Esto es opinable, por cuanto de esa manera no se hubiera evitado la doble imposición económica.

En *X (BE)* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-68/15 –NFJ066589–), el TJUE interpretó que la normativa belga implicaba, cuando la matriz redistribuía el dividendo, la frustración de la exención prevista en el artículo 4.1 a) de la directiva, por cuanto la aplicación del

gasto a tanto alzado del 5 % del artículo 4.3 de la directiva en el eslabón o eslabones sucesivos determinaba que el gasto rebasara el límite del 5 %. El TJUE da, por tanto, una interpretación amplia del alcance de la exención. En efecto, según el TJUE la exención se proyecta respecto de los beneficios percibidos por la matriz, tanto cuando la imposición se verifique en su sede como en la de otra entidad, con ocasión de su ulterior redistribución (p. 79 y 80).

En *Afep* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-365/16 –NFJ066586–), el TJUE interpretó, en línea con la sentencia *X (BE)* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-68/15 –NFJ066589–), que el artículo 4.1 b) de la directiva se oponía a un impuesto sobre la sociedad matriz que se devengaba cuando distribuía dividendos, si los mismos hubieren sido nutridos, a su vez, por dividendos procedentes de sociedades filiales residentes en otro Estado miembro y que, de acuerdo con la legislación francesa de transposición de la referida directiva, estaban exentos. En efecto, según el TJUE, la exención no solo procedía en el momento de la percepción de los dividendos intracomunitarios sino también en el de su ulterior redistribución (p. 31), sin que fuese relevante la calificación del gravamen que recaía en el momento de la redistribución (p. 33).

En *Argenta* (Sentencia de 26 de octubre de 2017, asunto C-39/16 –NFJ068395–), el TJUE interpretó que el artículo 4.2 de la directiva, que permite la no deducción de los gastos relacionados con la obtención de los dividendos, se oponía a una norma que negaba la deducción de intereses hasta el importe de los dividendos, por cuanto prescindía de asociar la financiación con la adquisición de las acciones (p. 44, 52 y 55). En sentido contrario, si existiera relación de causalidad, sería pertinente negar la deducción.

En *Brussels Securities* (Sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-389/18 –NFJ075720–), el TJUE interpretó que el artículo 4.1 de la directiva se oponía a que la exención del dividendo se practicara antes que otras deducciones de la base imponible, señaladamente la relativa a capital-riesgo (DCR), la cual no podría hacerse efectiva, total o parcialmente, en caso de que la deducción por exención del dividendo (RGD) hubiere agotado, total o parcialmente, la base imponible, por cuanto la aplicación de los saldos pendientes de (DCR) estaban limitados a siete años. Por tanto, a juicio del TJUE, el artículo 4.1 de la directiva no solamente impone la exención del dividendo o la imputación del impuesto subyacente, sino que se instrumenten de manera tal que no obstruyan el disfrute de cualquier ventaja fiscal. Bajo tal premisa, el TJUE constató que la forma en como se practicaba la exención podría determinar la pérdida de la deducción (DCR) lo que, indirectamente, implicaría perjudicar el objetivo de eliminación de la doble imposición económica. En el caso examinado, sería preciso que la (DCR) pudiera aprovecharse ilimitadamente en el tiempo para evitar la infracción del artículo 4.1 de la directiva.

La enseñanza que se deriva de las sentencias precedentes es que, para cumplir con la Directiva 2011/96, no basta con establecer alguno de los dos métodos previstos en la misma para eliminar la doble imposición económica, sino que es preciso hacerlo de manera tal que no perturbe el disfrute de otras ventajas fiscales.

2.4.4. Norma antiabuso

En *Eqion* (Sentencia de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16 –NFJ067536–), el TJUE se pronunció en contra de la norma antiabuso francesa, la cual preveía, en caso de que la mayoría de los accionistas de la entidad perceptora de los dividendos no fueran residentes en algún Estado miembro, que la exención de retención solo procedía si se probaba que la cadena de participaciones no tenía por objetivo principal o uno de sus objetivos principales acogerse a la exención, por cuanto tal supeditación, sin que la administración estuviera obligada a aportar un principio de prueba o indicio del fraude o abuso, implicaba una presunción general de fraude o abuso, lo que iba en detrimento del objetivo perseguido por la directiva, esto es, evitar la doble imposición de los beneficios distribuidos por filiales a sus matrices (p. 36).

Para fundamentar su decisión, el TJUE recordó su doctrina concerniente a las normas antiabuso de carácter transfronterizo: su finalidad debe ser oponerse a comportamientos puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo fin sea acogerse indebidamente a una ventaja tributaria; deben aplicarse mediante el análisis específico de la operación u operaciones concernidas, prescindiendo, por tanto, de criterios generales predeterminados; corresponde a la administración fiscal probar, cuando menos, la existencia de indicios de fraude o evasión fiscal; el obligado tributario ha de tener la posibilidad de combatir esos indicios mediante los medios de prueba que, racionalmente, puedan estar a su alcance, sin que ello le suponga soportar una carga desproporcionada (p. 30 a 34).

En *Deister y Juhler* (Sentencia de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16 –NFJ069234–), se examinó la norma antiabuso alemana. El TJUE, tras reconocer que los Estados miembros pueden, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 2011/96 (redacción original), establecer normas específicas para evitar el abuso o aplicar las de carácter general al mismo efecto, observó que esas normas debían ser adecuadas y proporcionadas (p. 55 y 56), recordó, al igual que en *Eqion* (Sentencia de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16 –NFJ067536–), su doctrina general concerniente a las normas antiabuso de carácter transfronterizo, esto es, en síntesis, que su fin específico debía ser oponerse a comportamientos consistentes en montajes puramente artificiales carentes de realidad económica ejecutados para disfrutar, indebidamente, de una ventaja fiscal (p. 60). Ahora bien, una configuración de la norma antiabuso en tal forma requería que la misma permitiera el análisis de las circunstancias del caso, de manera tal que la Administración tributaria, con base en las mismas, aportara, cuando menos, indicios de la existencia de fraude (p. 69). La norma alemana no tenía esa estructura, puesto que, sobre la base de unas circunstancias objetivas, establecía una suerte de presunción general de fraude sin que el contribuyente pudiera aportar prueba alguna en contrario (p. 70). Es útil reproducirla al efecto de compararla con la norma antiabuso española².

² El artículo 50 d), apartado 3, de la EStG dispone que:

El TJUE también examinó la norma antiabuso desde la perspectiva de la libertad de establecimiento. El TJUE recordó que el lugar de residencia de los socios o accionistas era irrelevante en orden al disfrute de dicha libertad por parte de las entidades (p. 84), y como quiera que la norma antiabuso no se aplicaba en relación con las situaciones internas entendió que existía una restricción que no podía ser superada por la situación diversa de los dividendos internos salientes respecto de los dividendos internos, frente al objetivo de eliminación de la doble imposición económica. El TJUE rechazó la causa de justificación de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal por las mismas razones que motivaron el rechazo de la norma antiabuso específica, así como la consistente en salvaguardar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre Estados miembros, por cuanto la propia directiva cumplía esa función.

Las normas antiabuso enjuiciadas en las dos sentencias precedentes y, en realidad, todas las concernientes a la Directiva 2011/96, tienen por objeto cercenar las estructuras triangulares, excluyendo de la exención de la imposición en la fuente a las sociedades matrices constituidas en un Estado miembro que no tienen la condición de beneficiario efectivo. El TJUE, obviamente, no rechazó la legitimidad de ese objeto, pero sí la forma en cómo pretendía ser conseguido. En sentencias posteriores el TJUE abundó en este aspecto.

En *Danmark Aps* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–), el TJUE, a la vista de la legislación danesa de transposición de la directiva, tuvo ocasión de profundizar en el significado del abuso del derecho en el ordenamiento comunitario (Delgado Pacheco, 2018, pp. 290 y ss.), así como en la condición de beneficiario efectivo. El supuesto de hecho que motivó la cuestión prejudicial consistió, en síntesis, en la pertinencia de aplicar la exención de retención del artículo 5 de la directiva a unos dividendos derivados de la inversión en el capital de entidades operativas residentes en Dinamarca por parte de sociedades matrices establecidas en los Estados Unidos, cuyos

Una sociedad no residente no tendrá derecho a la exención total o parcial prevista en los apartados 1 o 2 si poseen participaciones en dicha sociedad personas que, si percibieran directamente los ingresos, no tendrían derecho a la devolución o exención, siempre que:

- (1) no existan razones sólidas, ya sea económicas o de otro tipo, que justifiquen la interposición de la sociedad no residente, o
- (2) la sociedad no residente no obtenga de su propia actividad económica más del 10 % de sus ingresos brutos totales en el ejercicio de que se trate, o
- (3) la sociedad no residente no participe en el tráfico económico general con un establecimiento adecuado para su propio objeto social.

A este respecto se tendrá en cuenta exclusivamente la situación de la sociedad no residente, y no se tomarán en consideración las características relevantes, organizativas, económicas o de otro tipo, de las empresas que tengan vínculos con ella [artículo 1, apartado 2, de la *Außens-teuerengesetz* (Ley de fiscalidad exterior)]. Se considerará que no existe actividad económica propia si la sociedad no residente obtiene sus ingresos brutos de la administración de activos o si cede a terceros sus principales operaciones comerciales. [...]

accionistas, en su mayor parte, residían en ese Estado tercero, realizadas mediante entidades constituidas en Luxemburgo y Chipre (Calderón Carrero, 2019).

Dinamarca no había establecido una norma antiabuso específica respecto de la aplicación de la directiva, pero sus tribunales de justicia habían acuñado, con carácter general, la doctrina de la sustancia del fondo sobre la forma, así como el concepto de beneficiario efectivo.

El TJUE indicó que, aun sin existir una norma en el ordenamiento comunitario relativa al abuso del derecho, la prohibición del mismo se fundamentaba en un principio general (p. 70 y 71). El abuso se manifiesta a través de un conjunto de indicios derivados de las circunstancias específicas de las operaciones concernidas. Así, la obtención de un resultado que no se avenga con la finalidad de la normativa afectada, en el caso la Directiva 90/435 (p. 76), y la utilización de actos, operaciones o negocios artificiosos carentes de justificación económica o comercial con la finalidad de obtener una ventaja fiscal (p. 97 y 98).

En el caso de la exención de retención prevista en el artículo 5 de la directiva, el abuso podría venir por la vía de la constitución de sociedades instrumentales intermedias constituidas en Estados miembros que no retengan sobre los dividendos pagados al inversor final, en el caso los Estados Unidos, sea por legislación interna o convenida, y de aquí que el TJUE ofreciese orientaciones sobre el particular.

En este sentido, el TJUE consideró que una entidad instrumental intercalada, en la estructura del grupo, entre la sociedad operativa que satisface los dividendos y la entidad del grupo beneficiaria efectiva de estos, puede ser constitutiva de una maniobra de elusión de la retención (p. 100), constituyendo indicio de esa instrumentalidad la circunstancia de que dichos dividendos, una vez percibidos, sean retransferidos por la sociedad perceptora íntegramente o en su casi totalidad y en un plazo muy breve a entidades que no reúnan los requisitos de aplicación de la directiva (p. 101). La circunstancia de que una sociedad opera como instrumental puede concurrir cuando su única actividad consista en la percepción de los dividendos y su transferencia al beneficiario efectivo o a otras sociedades igualmente instrumentales. A este respecto, la falta de una actividad económica real deberá deducirse, teniendo en cuenta las características singulares de la actividad de que se trate, de un análisis del conjunto de los datos pertinentes relativos, en particular, a la gestión de la sociedad, a sus estados contables, a la estructura de sus costes y a los gastos reales soportados, al personal que emplea, así como a las instalaciones de que dispone (p. 104). También pueden constituir indicios de un escenario artificial los diferentes contratos existentes entre las sociedades implicadas en las operaciones financieras en cuestión que den lugar a flujos financieros intragrupo, el modo de financiación de las operaciones, la evaluación de los fondos propios de las sociedades intermediarias, así como el hecho de que no se haya conferido a las sociedades instrumentales el poder de disponer económicamente de los dividendos percibidos. A este respecto, pueden constituir tales indicios, no solamente la existencia de una obligación legal o contractual a cargo de la sociedad que percibe los dividendos de transmitirlos a un tercero, sino también el hecho de que, como señala el órgano jurisdiccio-

nal remitente, «básicamente» no se haya conferido a dicha sociedad el derecho de usar y disponer de tales importes, aunque no esté sujeta a una obligación legal o contractual (p. 105). Por lo demás, tales indicios pueden resultar confirmados por circunstancias, como la coincidencia o la proximidad en el tiempo de cambios importantes en la legislación fiscal, o la ejecución de operaciones financieras complejas o la concertación de préstamos en el seno de un mismo grupo (p. 106). Corresponde al contribuyente probar la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 5 de la directiva, y a la Administración tributaria concernida, en su caso, los indicios determinantes del abuso, en particular que la entidad perceptora de los dividendos no sea el beneficiario efectivo, sin que la existencia de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición se oponga a tal prueba (p. 117 y 118). En fin, es importante notar, en caso de abuso, no se aplicarán los efectos de las libertades comunitarias (p. 122).

Todas las sentencias se refieren a hechos y normas anteriores a la nueva redacción de la norma antiabuso de la directiva establecida por la Directiva (UE) 2015/121, del Consejo, de 27 de enero de 2015 (modifica la Directiva 2011/96) (Directiva 2015/121)³ y, por supuesto, a la prevista en la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (Directiva 2016/1164)⁴. Las dos normas antiabuso

³ El artículo 1 indica:

En la Directiva 2011/96/UE, el artículo 1, apartado 2, se sustituye por los apartados siguientes: «2. Los Estados miembros no acordarán los beneficios contemplados en la presente Directiva a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva.

Un arreglo podrá estar constituido por más de una fase o parte.

3. A efectos del apartado 2, un arreglo o una serie de arreglos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

4. La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para la prevención de la evasión fiscal, el fraude fiscal o las prácticas abusivas».

⁴ El artículo 6 establece:

Artículo 6. Norma general contra las prácticas abusivas.

1. A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.

2. A efectos del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

presentan los mismos elementos componentes: concurrencia de actos o negocios falsos o falseados por cuanto no hayan sido concertados o establecidos por razones comerciales válidas sustentadas en una realidad económica; finalidad de obtener una ventaja fiscal contraria al objeto y finalidad de la norma aplicable; evaluación de los dos componentes precedente a la vista de todos los hechos y circunstancias concurrentes. En cierto modo, esos preceptos implican una codificación, con los matices que se quiera, de la jurisprudencia del TJUE relativa a las normas antiabuso.

Vistas en su conjunto, las sentencias del TJUE en materia de normas antiabuso relativas a hechos y operaciones concernientes a la Directiva 2011/96 arrojan un aceptable equilibrio entre la efectiva consecución de su finalidad y la protección de la imposición sobre los dividendos internos salientes, en su mayor parte referenciada a convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. Así, las administraciones fiscales no podrán escudarse tras normas antiabuso puramente objetivas que no permitan un examen de los hechos y circunstancias en presencia, en orden a desvelar la irregularidad, y los contribuyentes tampoco podrán hacerlo en estructuras jurídicas formales desprovistas de sustancia económica o que no reflejen la realidad económica.

La protección que el Derecho de la UE presta a las entidades jurídicas constituidas en cualquier Estado miembro por personas o entidades residentes en Estados terceros implica, ciertamente, el riesgo de la creación de estructuras de participación cuya única finalidad sea aprovechar la vía más liviana para repatriar beneficios, pero ese riesgo debe ser controlado mediante un examen de los hechos y circunstancias, mas no mediante normas apodícticas. De esta manera, el punto de equilibrio habrá de alcanzarse mediante un procedimiento probatorio, en el que las administraciones deberán constatar, en su caso, los indicios de irregularidad, desvelando la finalidad primordialmente fiscal de la función realizada por las entidades receptoras de los dividendos, y los contribuyentes deberán, por su parte, aportar pruebas que, frente a tales indicios, fundamenten la función económica sustantiva de las mismas.

Con todo, cabe distinguir, a título de simple especulación, en relación con las sociedades instrumentales participadas por entidades residentes en Estados terceros, entre aquellas que reinvierten los dividendos en entidades residentes en Estados miembros, y aquellas otras que, sistemáticamente, remiten los dividendos a personas o entidades residentes en Estados terceros por cualquier medio financiero que depare una tributación ventajosa comparada con la inherente al pago directo, aun cuando concorra una cierta actividad o sustancia que, sin embargo, no sea relevante en relación con la ventaja fiscal obtenida.

Si la teoría es fácil, la práctica no lo será. La efectiva neutralización del riesgo apuntado solo puede venir mediante la imposición común de los dividendos internos salientes hacia

3. Cuando un mecanismo o serie de mecanismos no se tenga en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional.

Estados terceros, lo que exigiría un convenio para evitar la doble imposición concertado con los Estados terceros por la propia UE o, cuando menos, que los convenios bilaterales de los Estados miembros con Estados terceros respondieran a una política común. Ya se ve que no es así⁵. En ausencia de esa política, la exoneración de la retención establecida por la Directiva 90/435, actualmente Directiva 2011/96, se ha mostrado conflictiva, y probablemente continuará siéndolo, respecto de los dividendos con destino final en Estados terceros⁶.

3. Tributación de los intereses

3.1. Tributación de los residentes

Las sentencias del TJUE han versado, básicamente, sobre dos materias, a saber, la deducción de intereses relacionados con instrumentos de patrimonio y las normas antisubcapitalización.

3.1.1. Intereses relacionados con instrumentos de patrimonio

A esta materia se refieren *Bosal* (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, asunto C-168/01 –NFJ015171–), *Keller* (Sentencia de 23 de febrero de 2006, asunto C-471/04 –NFJ028808–) y *XBV* (Sentencia de 22 de febrero de 2018, asunto C-398/16 –NFJ069606–).

En *Bosal* (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, asunto C-168/01 –NFJ015171–), el TJUE entendió que supeditar la deducción de los intereses asociados a la participación a que los beneficios de la entidad participada tributaran ante la jurisdicción fiscal de la entidad pagadora de los mismos (Países Bajos) restringía la libertad de establecimiento, por cuanto desalentaba la realización de inversiones financieras en entidades residentes en otros Estados miembros, ya que estas entidades normalmente no obtendrán beneficios en

⁵ El artículo 12 del convenio bilateral para evitar la doble imposición entre Chipre y los Estados Unidos establece la no imposición de los dividendos pagados por entidades residentes en Chipre, en tanto que otros Estados miembros, entre ellos España, tienen tipos de entre el 5 y el 15 %.

⁶ Decisión del Conseil d'Etat 05/06/2020, N.º 423810.//:

[...] résulte de ces motifs que la qualité de bénéficiaire effectif des dividendes doit être regardée comme une condition du bénéfice de l'exonération de retenue à la source prévue par l'article 5 de la directive. Par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la société Eqiom n'était pas fondée à soutenir que les dispositions du 2 de l'article 119ter du code général des impôts, en ce qu'elles subordonnent le bénéfice de l'exonération à la condition que la personne morale justifie auprès du débiteur ou de la personne qui assure le paiement des dividendes qu'elle en est le bénéficiaire effectif, seraient incompatibles avec les objectifs de la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 (párrafo 5).

el territorio de esa jurisdicción fiscal (p. 27). Ciertamente, el artículo 4.2 la Directiva 90/435 (art. 4.3 de la Directiva 2011/96) autoriza, a los efectos de la aplicación de los métodos establecidos para eliminar la doble imposición económica, la no deducción de gastos relativos a la participación, pero el TJUE puntualizó que la opción debía ejercitarse respetando las disposiciones fundamentales del tratado (p. 26), y adicionalmente observó que tal supeditación iba en contra del objetivo previsto en la Directiva 90/435, consistente en eliminar la penalización provocada por disposiciones fiscales que regulan las relaciones entre sociedades matrices y filiales residentes en Estados miembros diferentes de manera menos favorable que las relativas a las relaciones entre sociedades matrices y filiales residentes en un mismo Estado miembro (p. 28).

No prosperó ninguna de las causas de justificación alegadas, siendo de resaltar la concerniente al respeto al principio de territorialidad, ya antes reconocida por el TJUE en *Futura* (Sentencia de 15 de mayo de 1997, asunto C-250/95 –NSJ000778–). En efecto, a juicio del Gobierno neerlandés, los intereses cuya deducción se rechazaba estaban asociados a unos beneficios obtenidos en el territorio de una jurisdicción fiscal extranjera, de manera tal que no podía compararse la situación de filiales nacionales y extranjeras, pero el TJUE entendió lo contrario, por cuanto la entidad matriz estaba exenta por los beneficios que procedían de unas y otras (p. 39). En realidad, con esta respuesta, el TJUE eludió entrar en el fondo de la alegación. En efecto, lo relevante era dilucidar si, desde el punto de vista de la correlación de ingresos y gastos, esos intereses correspondían a las operaciones de la entidad filial o a las de la matriz.

En *Keller* (Sentencia de 23 de febrero de 2006, asunto C-471/04 –NFJ028808–), el TJUE apreció que una normativa que excluía la deducción de los intereses correspondientes a la participación sobre una filial extranjera cuyos dividendos estaban exentos en virtud de un convenio para eliminar la doble imposición (austro-germano), cuando tal deducción estaba permitida tratándose de la participación sobre filiales residentes (Alemania), implicaba una restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto, al igual que en *Bosal* (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, asunto C-168/01 –NFJ015171–), podía desanimar la inversión en filiales extranjeras. Del mismo modo, el TJUE rechazó el amparo de la Directiva 90/435 y de las causas de justificación, en particular la relativa al principio de territorialidad, pero sin precisar su significado, limitándose a afirmar que la normativa alemana relativa a la no deducción de los intereses no era un desarrollo de dicho principio.

En *XBV* (Sentencia de 22 de febrero de 2018, asunto C-398/16 –NFJ069606–), el TJUE apreció que una normativa en cuya virtud una sociedad matriz establecida en un Estado miembro no estaba autorizada a deducir los intereses de un préstamo contraído con una sociedad vinculada, a fin de financiar una aportación de capital a una filial establecida en otro Estado miembro, mientras que si la filial estuviera establecida en el mismo Estado miembro la sociedad matriz podría beneficiarse de dicha deducción formando con dicha sociedad una unidad de tributación conjunta, determinaba una restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto podría desanimar la inversión en filiales extranjeras.

La consolidación fiscal permitía superar la regla general de no deducción de intereses relativos a la operación de financiación vinculada para la aportación vinculada. Por tanto, la diferencia de trato traía causa de que las entidades no residentes no podían formar parte del grupo fiscal. Como quiera que en *X Holding BV* (Sentencia de 25 de febrero de 2010, asunto C-337/08 –NFJ037112–) se había considerado que la composición puramente nacional del grupo fiscal, aun cuando determinaba una restricción a la libertad de establecimiento, estaba justificada por la necesidad de mantener el reparto de la potestad tributaria, el TJUE hubo de puntualizar que las ventajas fiscales, distintas de la transmisión de las pérdidas en el interior del grupo fiscal consolidado, no estaban amparadas por tal causa de justificación (p. 24 y 39). En el caso, la ventaja fiscal en cuestión, esto es, la deducción de los intereses, no era la compensación general de pérdidas y beneficios propia de la unidad fiscal (p. 40), y así el TJUE rechazó la causa de justificación del reparto de la potestad tributaria (p. 42).

Las sentencias precedentes rechazan la no deducción de los intereses relacionados con participaciones extranjeras, cuando los relacionados con participaciones nacionales son deducibles.

3.1.2. Intereses afectados por normas antiabuso

A estas materias se refieren *Lankhorst* (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00 –NFJ013286–), *Thin Cap Group* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 –NFJ024996–), *Lasertec* (Auto de 10 de mayo de 2007, asunto C-492/04 –NFJ079348–), *Lammers* (Sentencia de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07 –NFJ026981–) e *Itelcar* (Sentencia de 3 de octubre de 2013, asunto C-282/12 –NFJ052007–).

Todas estas sentencias tienen en común que versan sobre normas nacionales que restringían, bajo la concurrencia de determinadas circunstancias, la deducción de intereses pagados a entidades vinculadas no residentes, pero no de los pagados a entidades vinculadas residentes.

En *Lankhorst* (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00 –NFJ013286–), la norma nacional (Alemania) calificaba como distribución encubierta de beneficios los intereses pagados por razón del préstamo recibido de un socio no residente en la medida en que su montante excediera del triple del valor de la participación del socio, a menos que la entidad prestataria hubiera podido obtener esa financiación de un tercero. En *Thin Cap Group* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 –NFJ024996–), la norma nacional (Reino Unido), tras sucesivas modificaciones, en esencia y síntesis final, negaba la deducción de los intereses en operaciones entre partes vinculadas que no hubieran podido concertarse con terceros. En *Lammers* (Sentencia de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07 –NFJ026981–), la norma nacional (Bélgica) calificaba como dividendos los intereses de los préstamos concedidos por una entidad que actuaba en calidad de administrador, en la medida en que los citados préstamos excedieran de los fondos propios.

En todas las sentencias precedentes, el TJUE enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, y en *Lasertec* (Auto de 10 de mayo de 2007, asunto C-492/04 –NFJ079348–), el debate se centró, precisamente, en ese punto, resultando preferente esa libertad respecto de la de movimiento de capitales, pero en *Itelcar* (Sentencia de 3 de octubre de 2013, asunto C-282/12 –NFJ052007–) se impuso la de movimiento de capitales, con las consecuencias ya conocidas.

En *Lankhorst* (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00 –NFJ013286–), la restricción parecía evidente. La cuestión se centró en las causas de justificación. El TJUE no entró en el análisis de comparabilidad, y rechazó las causas de justificación. La basada en evitar el riesgo de evasión fiscal, porque la norma restrictiva no tenía por objeto específico combatir los montajes puramente artificiales cuyo objetivo fuera eludir la obligación fiscal alemana, sino que contemplaba, en general, cualquier situación en la que la sociedad matriz fuera extranjera (p. 37). El Gobierno alemán alegó la coherencia del sistema fiscal, vinculándola con el principio de plena competencia, pero el TJUE la rechazó en virtud de la doctrina del vínculo directo, ya que el tratamiento fiscal desfavorable no estaba compensado por una ventaja fiscal en sede de la propia entidad filial (p. 39 a 42). Esta sentencia fue señera, ya que puso en cuestión unas normas, bastante extendidas entre los Estados miembros, que pretendían su amparo en el principio de libre competencia auspiciado por la OCDE.

En *Thin Cap Group* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 –NFJ024996–), los Gobiernos alemán y británico vincularon la causa de justificación del reparto equilibrado de las competencias tributarias al principio de libre competencia, reconocido en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición internacional, siguiendo la pauta del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE, de manera tal que el ajuste positivo por causa de la limitación a la deducción de intereses en sede de la entidad prestataria motivaría un ajuste negativo en sede de la entidad prestamista, pero el TJUE observó que las disposiciones nacionales controvertidas no procedían del reparto de competencias entre el Reino Unido y los países con los que este país había celebrado los convenios, sino que respondían a una decisión unilateral (p. 50, 51 y 52). Por otra parte, la legislación del Reino Unido no garantizaba que el ajuste positivo en sede de la entidad prestataria fuere correspondido por un ajuste negativo en sede de la entidad prestamista, por más que mediare un convenio bilateral para eliminar la doble imposición (p. 55 y 56). Por la misma razón, el TJUE rechazó la causa de justificación de la coherencia del sistema fiscal (p. 69). En suma, la adecuación de las normas antisubcapitalización a los criterios inspiradores de los convenios para evitar la doble imposición internacional de la OCDE no les daba, sin más, amparo frente a las exigencias del Derecho de la UE (p. 53) (Martín Jiménez y Calderón Carrero, 2003).

Sin embargo, el TJUE fue sensible a la causa de justificación de evitar el fraude o la evasión fiscal (Espejo Poyato, 2008). En efecto, la norma antisubcapitalización examinada era apta para frustrar maniobras de desplazamiento artificioso de beneficios, pero debía hacerlo de manera adecuada y proporcionada, lo que exigía, de una parte, que estuviera basada en elementos objetivos y verificables conducentes a identificar el fraude consistente en el tras-

lado de beneficios por motivos fiscales, concediendo al contribuyente la prueba en contrario basada en la existencia de motivos económicos válidos, y de otra, que la recalificación de los intereses vinculados como beneficios distribuidos tan solo afectara a la porción correspondiente al préstamo que no hubiera sido concedido por terceros independientes, esto es, en condiciones de libre competencia (p. 80 a 83), correspondiendo a los tribunales nacionales examinar si las normas concernidas cumplían tales requisitos, sin que fuese exigible al Estado miembro en cuestión que garantizase el ajuste de signo contrario o la consideración como dividendo en sede de la entidad prestamista no residente (p. 88), pues la eliminación de la doble imposición correspondía a la jurisdicción fiscal de la entidad prestamista, excepto si la jurisdicción fiscal de la entidad prestataria decidía ejercitar también su competencia respecto de la entidad prestamista, por razón de la renta recalificada como dividendo (p. 90).

Frente a la parquedad cortante de *Lankhorst* (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00 –NFJ013286–), *Thin Cap Group* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 –NFJ024996–) incorpora un conjunto de matizaciones que, en su conjunto, indican los requisitos que deben cumplir las normas antiabuso exclusivamente transfronterizas para estar justificadas, siendo destacable su adecuación al principio de libre competencia en cuanto elemento para cumplir el requisito de proporcionalidad. De esta manera, el TJUE reconocía la trascendencia de los criterios de la OCDE, en relación con el principio de libre competencia (Cencerrado Millán, 2010). Esta doctrina se vería posteriormente confirmada en *SGI* (Sentencia de 21 de enero de 2010, asunto C-311/08 –NFJ036705–).

En *Lammers* (Sentencia de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07 –NFJ026981–), el TJUE, sobre la base de los criterios vertidos en *Thin Cap Group* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 –NFJ024996–), abundó en la pertinencia del principio de libre competencia tanto al efecto de constituir un elemento objetivo para calificar una práctica de abusiva por causa de su incumplimiento como al de constituir una regla efectiva en orden al cumplimiento de la proporcionalidad (p. 29 y 30), al tiempo que rechazó que la relación objetiva entre fondos propios y préstamos vinculados fuera una técnica correcta de aplicación del citado principio (p. 33).

En *Lasertec* (Auto de 10 de mayo de 2007, asunto C-492/04 –NFJ079348–), el TJUE expuso los criterios para seleccionar la libertad aplicable en relación con una norma anti-subcapitalización de alcance exclusivamente transfronterizo. Estos criterios partían de los supuestos afectados por la misma, de manera tal que si se trataba de situaciones en las que la posesión de una participación permitía influir en las decisiones y actividades de la sociedad prestataria, sería aplicable la libertad de establecimiento (p. 20). Ciertamente, la norma antisubcapitalización podía, al tiempo, perturbar la libertad de movimiento de capitales, pero tal efecto, indicó el TJUE, sería la consecuencia inevitable del obstáculo a la libertad de establecimiento y no justificaba un examen del caso a la luz de aquella libertad (p. 25), de manera tal que estando limitado el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento a las relaciones intracomunitarias, no podía ser invocada cuando la entidad prestamista residiese en un Estado tercero (p. 27).

En *Itelcar* (Sentencia de 3 de octubre de 2013, asunto C-282/12 –NFJ052007–), el TJUE, a la vista de una norma antisubcapitalización (Portugal) que se aplicaba cuando la entidad prestamista participaba en, al menos, el 10 %, entendió que no concurría la nota de influencia significativa, de manera tal que enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales, puesto que un préstamo implicaba un movimiento de capitales. El TJUE apreció la función de la norma antisubcapitalización portuguesa como instrumento de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, así como su correcta configuración en la medida en que concedía al contribuyente la prueba del endeudamiento hipotético con un tercero y solo rechazaba como no deducibles los intereses que correspondían al exceso (p. 39). Sin embargo, tras alcanzar esa conclusión, el TJUE se adentró en otros aspectos de la norma antisubcapitalización, observando que su aplicación requería la concurrencia de relaciones especiales entre las dos entidades concernidas, pero no necesariamente que mediara una relación de participación, y de ahí infirió que la norma afectaba a realidades económicas innegables, y concluyó que, por tal motivo, la norma iba más allá de lo necesario (p. 41 y 42). No obstante, el Gobierno portugués alegó que aun cuando explícitamente la norma no contuviera el requisito de participación así debía entenderse, pero el TJUE replicó que ese requisito no aparecía en el texto de la norma, que de la misma parecía desprenderse lo contrario y, en fin, que las normas debían ser claras y precisas, en particular las que imponían restricciones, lo que no ocurría en el caso presente, de manera tal que una norma que no era acorde con la seguridad jurídica no podía considerarse proporcionada (p. 44). En esta apelación al principio de seguridad jurídica y a su vinculación con la proporcionalidad, reside la importancia de esta sentencia. Una norma confusa será adversa a la seguridad jurídica y, por tanto, no será proporcionada.

Vistas en su conjunto, las sentencias del TJUE no rechazan las normas antisubcapitalización con efectos exclusivamente transfronterizos, con tal de que estén específicamente dirigidas a evitar el desplazamiento artificioso de beneficios entre entidades vinculadas, se ajusten al principio de libre competencia y permitan al contribuyente la justificación de su particular situación con base en la concurrencia de motivos económicos válidos.

La Comisión expresó su parecer respecto del significado y efectos de las sentencias del TJUE en materia de subcapitalización en su Comunicación al Parlamento y al Consejo *Aplicación de medidas antiabuso en el ámbito de la imposición directa dentro de la UE y en relación con terceros países* (COM (2007)785). Las normas antiabuso, indicó la Comisión, debían estar dirigidas a frustrar los montajes puramente artificiales destinados a eludir normas fiscales, a cuyo efecto había de realizarse un análisis del fondo de las operaciones, debiendo concederse a los interesados «la oportunidad de demostrar, bajo control jurisdiccional, que sus operaciones han sido realizadas con fines comerciales legítimos».

Sin embargo, a raíz de las sentencias del TJUE, es lo cierto que bastantes Estados miembros modificaron radicalmente la fiscalidad de los intereses, en cuanto partida fiscalmente deducible, abriéndose paso las normas tipo barrera de intereses al modo de lo previsto en la Directiva 2016/1164, si bien algunos países optaron por extender la norma tradicional

antisubcapitalización a las situaciones puramente internas, lo que fue calificado de lamentable por el abogado general Geelhoed.

3.1.3. Intereses relacionados con exenciones

A estas materias se refieren *Reino de Bélgica* (Sentencia de 6 de junio de 2013, asunto C-383/10 –NFJ051033–), *Weegen* (Sentencia de 8 de junio de 2017, asunto C-580/15 –NFJ066807–), *Masco* (Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-593/14 –NFJ064954–) y *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (Sentencia de 8 de diciembre de 2011, asunto C-157/10 –NFJ044922–).

Todas estas sentencias tienen en común que versan sobre normas que establecen un régimen privilegiado para los intereses internos frente a los intereses externos entrantes.

En *Reino de Bélgica* (Sentencia de 6 de junio de 2013, asunto C-383/10 –NFJ051033–), el TJUE apreció que la libertad de prestación de servicios se oponía a una legislación que concedía una exención parcial a los intereses procedentes de imposiciones en entidades de crédito residentes (Bélgica), mientras que los intereses procedentes de entidades de crédito no residentes tributaban plenamente. A la vista de esa sentencia Bélgica modificó su legislación, extendiendo la exención parcial a los intereses procedentes de entidades de crédito no residentes. Sin embargo, los requisitos necesarios para su disfrute eran de difícil cumplimiento para estas entidades.

En *Weegen* (Sentencia de 8 de junio de 2017, asunto C-580/15 –NFJ066807–), el TJUE apreció que existía una restricción a la libertad de prestación de servicios, por cuanto los requisitos determinantes de la exención solamente eran ofrecidos, de hecho, por las entidades de crédito belgas, lo que disuadiría a los impositores de colocar sus capitales en entidades de crédito residentes en otros Estados miembros, sin que prosperara la causa de justificación de la protección de los consumidores, ya que esa protección también podía lograrse a través de la legislación al efecto establecida en otros Estados miembros.

En *Masco* (Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-593/14 –NFJ064954–), el TJUE apreció que la exclusión de la base imponible de los ingresos por intereses procedentes de una entidad filial residente (Dinamarca), afectados por la no deducción derivada de una norma antisubcapitalización, provocaba una restricción a la libertad de establecimiento, ya que, al no hacer lo propio respecto de los procedentes de entidades filiales residentes en otros Estados miembros, podía disuadir su constitución, siendo así que frente al objetivo de ese régimen fiscal, esto es, la eliminación de la doble imposición, la situación de los préstamos concedidos a entidades filiales residentes y no residentes era comparable (p. 31). El TJUE aceptó la causa de justificación del reparto equilibrado de los ingresos fiscales, por cuanto el Estado miembro de la sociedad matriz perceptora de los intereses (Dinamarca) ostentaba un derecho de imposición sobre tales intereses que no podía ser preterido por razón

de que los mismos no fueran deducibles en sede de la sociedad filial en razón a una norma que limitaba su deducción (p. 38), pero observó que lo proporcionado sería admitir la exención de los intereses externos entrantes vinculados en la parte concurrente con los que no hubieran sido deducibles en sede de una supuesta entidad filial residente (p. 43). Se notará que este criterio es congruente con el mantenido por el TJUE respecto de la aplicación a los dividendos externos entrantes de los métodos para eliminar la doble imposición económica.

En *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (Sentencia de 8 de diciembre de 2011, asunto C-157/10 –NFJ044922–), el TJUE apreció que la libertad de movimiento de capitales no se oponía a que la retención sobre los intereses externos entrantes no pagada por causa de exención no fuera deducida de la cuota de la entidad perceptora (España). El TJUE recordó que los Estados miembros pueden construir del modo que deseen sus sistemas tributarios, siempre que no incurran en discriminación. Como consecuencia de ello, esos sistemas pueden determinar doble imposición, sin que los Estados miembros estén obligados a resolverla, más allá del cumplimiento de las directivas que hacen al caso. Si esto es así, con mayor razón no estarán obligados a adaptar sus normas fiscales para permitir el disfrute de los incentivos fiscales nacidos con arreglo a las normas fiscales de otro Estado miembro (p. 38 y 39).

3.2. Tributación de los no residentes

A esta materia se refieren, *Truck Center* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-282/07 –NFJ031306–), *Brisal* (Sentencia de 13 de julio de 2016, asunto C-18/15 –NFJ063337–) y *Royaume Belgique* (Sentencia de 29 de octubre de 2015, asunto C-589/14).

En *Truck Center* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-282/07 –NFJ031306–), el TJUE apreció que la retención practicada sobre los intereses pagados a entidades no residentes, cuando sobre los pagados a entidades residentes no sufrían retención, no era determinante de una restricción, por cuanto las dos situaciones no eran comparables. Esta sentencia ha sido sistemáticamente esgrimida por los Gobiernos en las sentencias relativas a retenciones sobre pagos a entidades no residentes, en particular tratándose de dividendos, sin duda porque en ella se contienen declaraciones que ponen de relieve la diferencia de la posición de los Estados frente a la tributación de los residentes y no residentes (p. 42), así como respecto de la diferencia estructural entre los hechos imposables de la tributación de los residentes y no residentes (p. 43) y, en fin, a la diferencia que implican los propios convenios para evitar la doble imposición en cuanto rectores de la imposición sobre los no residentes (p. 45). Sin embargo, por lo que hace al caso, la circunstancia decisiva fue que las entidades residentes tributaban plenamente respecto de los intereses percibidos, tanto internos como externos entrantes, en sede de la imposición sobre los beneficios (p. 49). Se notará que no era este el caso de la mayoría de las sentencias relativas a los dividendos internos salientes, puesto que las entidades residentes disfrutaban de exención respecto de los dividendos internos o de algún método para paliar o eliminar la doble imposición económica.

En *Brisal* (Sentencia de 13 de julio de 2016, asunto C-18/15 –NFJ063337–), el TJUE apreció que la retención sobre los intereses brutos pagados a entidades financieras no residentes, cuando los pagados a las entidades financieras residentes (Portugal) no sufrían retención y tributaban previa deducción de los gastos profesionales, determinaba una restricción a la libertad de prestación de servicios, por cuanto implicaba un trato desventajoso para las entidades financieras no residentes (p. 27 y 28), incluso considerando que el tipo de gravamen del impuesto sobre los beneficios de las entidades financieras residentes era superior al tipo de retención sobre las entidades financieras no residentes. No prosperó ninguna de las causas de justificación esgrimidas. En particular no lo hizo la relativa al reparto pactado de los ingresos fiscales en el convenio para evitar la doble imposición (luso-irlandés), pues el TJUE entendió que la deducción de los gastos profesionales no afectaba a dicho reparto (p. 37), lo que es cuestionable ya que la no deducción de los gastos profesionales afecta al importe de la retención y, por ende, al del crédito fiscal del Estado de la residencia. Una vez desechadas las causas de justificación, los gastos profesionales debían entenderse deducibles. El TJUE señaló algunos específicos, pero donde se presenta el verdadero problema es en relación con los gastos financieros soportados por la entidad financiera no residente. El TJUE admitió que era difícil establecer un vínculo directo entre los intereses activos y los pasivos, pero no descartó que pudiera lograrse mediante las pruebas oportunas (p. 48 a 50), cuya valoración correspondía a los tribunales nacionales.

En *Royaume Belgique* (Sentencia de 29 de octubre de 2015, asunto C-589/14), el TJUE apreció que un régimen de retención sobre los intereses de préstamos pagados por sociedades residentes (Bélgica) a sociedades de inversión no residentes, excepto si los títulos representativos de aquellos estaban depositados o registrados en cuenta en una institución financiera establecida en la misma jurisdicción fiscal (Bélgica), determinaba una restricción a la libertad de prestación de servicios. La restricción era palmaria, pues disuadía a las sociedades de inversión de contratar los servicios de las instituciones financieras residentes en otros Estados miembros. De hecho, Bélgica ya había iniciado los procedimientos para modificar esa normativa.

3.3. Intereses afectados por la Directiva 2003/49, de intereses y cánones

A estas materias se refieren *Luxembourg/Danmark* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–) y *Scheuten Solar* (Sentencia de 21 de julio de 2011, asunto C-397/09 –NFJ043480–).

En *Luxembourg/Danmark* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–), el TJUE interpretó la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de

diferentes Estados miembros (Directiva 2003/49), en relación con el concepto de beneficiario efectivo, la necesidad de establecer una norma antiabuso específica, los elementos constitutivos del abuso del derecho y su prueba y la incidencia de la naturaleza y régimen fiscal de las entidades receptoras de los intereses. Los criterios del TJUE pueden resumirse en los siguientes puntos: para interpretar y aplicar la Directiva 2003/49, son aptos los criterios contenidos en los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE relativos al beneficiario efectivo (p. 90 y 91); beneficiario efectivo es quien obtiene la renta y puede disfrutar y disponer de ella libremente (p. 88 y 89); las sociedades instrumentales o conductoras no tienen la condición de beneficiario efectivo (p. 91 y 93); el ordenamiento comunitario repele, con carácter general, el abuso del derecho, de manera que no es necesaria una norma nacional antiabuso específica de transposición del artículo 5 de la directiva, a los efectos de retirar los beneficios fiscales otorgados por la misma, cuando se pruebe la existencia de los elementos, objetivo y subjetivo, constitutivos del abuso de derecho (p. 104, 105, 111, 117 y 120); para probar la existencia de los elementos, objetivo y subjetivo, del abuso de derecho, habrá de verificarse, caso por caso, la existencia de un conjunto de indicios demostrativos, tales como las estructuras de participación puramente formales, la inmediata transferencia de los intereses percibidos, o la exigua actividad económica (p. 124, 125, 127, 128, 130, 131 y 132); la entidad receptora de los intereses no cumplirá con el requisito de sujeción sin exención a la imposición sobre los beneficios, cuando dichos intereses no tributen efectivamente en sede de la misma (p. 147 a 151); si se constata la existencia de abuso, no puede pretenderse lograr el efecto de no retención invocando la libertad de movimiento de capitales (p. 155); cuando la directiva no sea aplicable por carencia de los requisitos previstos, las libertades comunitarias pueden deparar el efecto de impedir la retención respecto del interés pagado a una entidad no residente si el interés pagado a una entidad residente no sufre imposición o disfruta de una imposición más ventajosa (p. 165).

La apelación a los criterios de la OCDE remite a los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio. A su tenor, el beneficiario efectivo se construye mediante la concurrencia de tres notas: percibir la renta, tener derecho a usar y disfrutar de la misma, y no estar obligado a transferir la renta a otra persona sea por imperativo legal o contractual.

Esta sentencia, en unión de *Danmarks Aps* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–), supone un acicate para la investigación, por parte de las administraciones fiscales de los Estados miembros, de los entramados societarios potencialmente afectados por la existencia de sociedades conductoras (Hjorth, Lejour y Van't Riet, 2019; Schwarz, 2019).

En *Scheuten Solar* (Sentencia de 21 de julio de 2011, asunto C-397/09 –NFJ043480–), el TJUE interpretó que la no deducción de intereses pagados a una entidad asociada, en el sentido de la directiva, residente en otro Estado miembro, en relación con el impuesto sobre actividades económicas (Alemania), no contravenía la directiva, por cuanto la tributación no recaía sobre el acreedor sino sobre el deudor de los intereses (p. 28 a 30). En consecuen-

cia, la norma limitativa de la deducción de intereses del artículo 4 de la Directiva 2016/1164 también será perfectamente compatible con la directiva. Por otra parte, los intereses afectados por la no deducción no podrán ser considerados como distribución de beneficios en el sentido de la Directiva 2011/96 (p. 35).

4. Tributación de las plusvalías mobiliarias

A esta materia se refieren *XY* (Sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto C-436/00 –NFJ013486–), *Reino de España* (Sentencia de 9 de diciembre de 2004, asunto C-219/03 –NFJ018622–), *Reino de España* (Sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-562/07 –NFJ035348–), *República Federal de Alemania* (Sentencia de 16 de abril de 2015, asunto C-591/13 –NFJ057924–), *XAB* (Sentencia de 10 de junio de 2015, asunto C-686/13 –NFJ058604–) y *Reino Unido* (Sentencia de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14).

4.1. Tributación de los residentes

En *XY* (Sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto C-436/00 –NFJ013486–), el TJUE apreció que la tributación inmediata de la plusvalía obtenida en la aportación de una participación significativa a una entidad no residente o a una entidad residente filial de una entidad no residente, cuando en caso de aportación a una entidad residente (Suecia) la tributación quedaría diferida, determinaba una restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto podía tener un efecto disuasorio respecto de la constitución de entidades en otro Estado miembro (p. 36 y 37).

El Gobierno sueco alegó la coherencia del sistema fiscal, ya que la plusvalía diferida podría sujetarse a tributación posterior si la entidad adquirente fuere residente, pero no si no lo fuere, en particular la posterior tributación sería ilusoria si el transmitente trasladaba su domicilio al extranjero pues en tal caso los puntos de conexión de la plusvalía futura con la jurisdicción fiscal sueca se habrían desvanecido, pero el TJUE observó que ese efecto era consecuencia de la libre decisión de los Estados de suscribir convenios bilaterales para eliminar la doble imposición en los términos del artículo 13.4 del Modelo de Convenio (p. 54 y 55). Por otra parte, el convenio relevante, esto es, el sueco-belga, contenía una norma para evitar el abuso consistente en la retención de la competencia para gravar durante los cinco primeros años del traslado del domicilio (p. 56) y, en cualquier caso, existían medidas más proporcionadas como la consistente en la prestación de garantías en caso de traslado de la residencia al extranjero (p. 59).

En *Reino de España* (Sentencia de 9 de diciembre de 2004, asunto C-219/03 –NFJ018622–), el TJUE apreció que la aplicación de coeficientes reductores de plusvalías de valores mobiliarios emitidos por entidades no residentes distintos y menos beneficiosos que los relativos a los

emitidos por entidades residentes (España) determinaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto desanimaba la inversión en valores extranjeros.

En *República Federal de Alemania* (Sentencia de 16 de abril de 2015, asunto C-591/13 –NFJ057924–), el TJUE apreció que un régimen de diferimiento por reinversión de plusvalías condicionado a que los activos adquiridos estuvieran adscritos a establecimientos permanentes situados en Alemania determinaba una restricción a la libertad de establecimiento, pues podría disuadir de operar mediante establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros (p. 57 a 59).

Ciertamente, si la técnica de diferimiento por reinversión estuviere asociada a la amortización del nuevo activo o a su transmisión, cabía entender que Alemania perdería la competencia para gravar la plusvalía cuando el activo se hallara ubicado en otra jurisdicción fiscal, y de ahí que se alegara la causa de justificación del reparto de la potestad impositiva, pero el TJUE observó que la normativa concernida, aun cuando apropiada a tal objetivo, iba más allá de lo necesario ya que, en efecto, existían técnicas menos agresivas que permitían garantizar el gravamen de la plusvalía diferida (p. 67 y 72).

En *XAB* (Sentencia de 10 de junio de 2015, asunto C-686/13 –NFJ058604–), el TJUE apreció que la libertad de establecimiento no se oponía a una legislación (Suecia) que eximía del IS las plusvalías derivadas de participaciones y excluía de forma correlativa la deducción de las minusvalías, cualquiera que fuere la residencia de la entidad emisora de las participaciones, incluso si dichas minusvalías se debían a una diferencia de cambio. En efecto, no existía un tratamiento fiscal dispar que hiciera de peor condición a las participaciones sobre entidades no residentes, por más que las ganancias o las pérdidas procedentes de la variación del tipo de cambio solo fueran predicables de las participaciones adquiridas en moneda distinta.

En *Reino Unido* (Sentencia de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14), el TJUE apreció que la imputación de las plusvalías realizadas por las entidades no residentes a los socios o partícipes residentes, cuando tal imputación no se producía en caso de entidades residentes (Reino Unido), determinaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto podía disuadir a los residentes de adquirir participaciones en entidades no residentes.

La única causa de justificación alegada fue la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El TJUE constató que la imputación solamente quedaba exceptuada cuando el activo determinante de la plusvalía estaba afecto a una actividad económica realizada fuera del Reino Unido, sin permitir al contribuyente probar la realidad económica latente tras su participación en la sociedad no residente o, de otra manera, la existencia de motivos económicos válidos, lo que reputó incorrecto (p. 28). De esa manera, el TJUE reafirmó su rechazo a las normas antiabuso de alcance exclusivamente transfronterizo que no concedían la prueba de la motivación económica válida al obligado tributario, aun cuando aquellas excluyeran, *a priori*, el campo de las rentas derivadas o relacionadas con actividades económicas.

4.2. Tributación de los no residentes

En *Reino de España* (Sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-562/07 –NFJ035348–), el TJUE apreció que la tributación de las plusvalías a largo plazo obtenidas por los residentes (España) a un tipo de gravamen inferior (15 %) al que lo hacían los no residentes (35 %) implicaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto estos contribuyentes, respecto de ese tipo de renta, se hallaban en una situación objetivamente comparable (p. 59). El TJUE no hizo alusión a que ese tratamiento podría desanimar la realización de inversiones transfronterizas. Bastó, por tanto, la diferencia de trato, no amparada por ninguna de las causas de justificación esgrimidas.

5. Tributación patrimonial

Sobre esta materia tratan *Baars* (Sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98 –NFJ008797–) y *NN (L)* (Sentencia de 26 de mayo de 2016, asunto C-48/15 –NFJ063161–).

En *Baars* (Sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98 –NFJ008797–), el TJUE apreció que la exención de participaciones significativas emitidas por entidades residentes (Países Bajos), cuando las emitidas por entidades residentes en otro Estado miembro no lo estaban, determinaba una restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto podía desanimar la inversión en las participaciones emitidas por comunitarias.

El Gobierno neerlandés alegó que la exención tenía por objeto aliviar la doble imposición, por cuanto los beneficios de las participaciones nacionales tributaban por la imposición sobre los beneficios, pero el TJUE advirtió que no existía un vínculo directo entre la tributación sobre los beneficios y la tributación sobre el patrimonio.

En *NN (L)* (Sentencia de 26 de mayo de 2016, asunto C-48/15 –NFJ063161–), el TJUE apreció que la libertad de movimiento de capitales no se oponía a un impuesto sobre el patrimonio de las instituciones de inversión colectiva que gravaba no solo a las constituidas con arreglo a la legislación nacional (Bélgica) sino también a las constituidas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de un Estado tercero, en la medida en que comercializasen participaciones en Bélgica.

Ciertamente, esa tributación conducía a una doble imposición respecto de las instituciones de inversión colectiva extranjeras, pues las mismas podrían verse sometidas, además, a tributación ante la jurisdicción fiscal donde residían, pero el TJUE observó, de una parte, que el impuesto belga no era discriminatorio por cuanto trataba por igual a las instituciones de inversión colectiva residentes y no residentes (p. 46), y, de otra, que a falta de una armonización fiscal comunitaria, las desventajas que podían resultar del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de la potestad tributaria, siempre y cuando tal ejercicio

no fuere discriminatorio, no constituían restricciones de las libertades de circulación, de manera tal que los Estados miembros no tenían la obligación de adaptar su sistema tributario a los diferentes sistemas de tributación de los otros Estados miembros, para eliminar la doble imposición (p. 47).

Parte segunda. La incidencia de las sentencias del TJUE

A raíz de las sentencias del TJUE relativas a las rentas del capital los distintos tribunales españoles, aun sin plantear cuestiones prejudiciales (Juan y Peñalosa y Raventós Calvo, 2010), procedieron a declarar inaplicables ciertos preceptos de las leyes reguladoras de la imposición directa. También reaccionó el legislador fiscal, introduciendo las modificaciones normativas pertinentes.

Pudiera pensarse que una descripción de esas sentencias y de esas modificaciones normativas no tiene otro interés, con no ser desdeñable, que el puramente histórico. No es así porque, de una parte, esa descripción permite apreciar la forma en como tales sentencias y reformas legislativas se han relacionado con los principios de la imposición, y de otra, porque, como se verá, todavía quedan algunas cuestiones abiertas sobre las que, probablemente, los diferentes tribunales o el propio legislador habrán de pronunciarse.

1. Impuesto sobre la renta de las personas físicas

1.1. Eliminación de la doble imposición de dividendos

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 23 de octubre de 2008 (rec. núm. 423/2006 –NFJ031750–) declaró inaplicable el último inciso del artículo 23.1 b) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias (Ley 40/1998), a cuyo tenor el método de imputación estimativa para la eliminación de la doble imposición económica era aplicable exclusivamente respecto de los dividendos que «procedan de entidades residentes en territorio español», cuyo efecto práctico consistió en extender el citado método a los dividendos extranjeros entrantes.

La Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 9 de julio de 2014 (rec. núm. 2873/2012 –NFJ054855–) se pronunció en el mismo sentido, pero matizó que cuando un residente «pretende que se deduzcan, por el concepto de doble imposición de dividendos, los dividendos pagados por entidades no residentes, habrá de acreditar que el gravamen sufrido por la entidad no residente en sus resultados es equiparable al que se paga en España».

Esta matización captó perfectamente el sentido del análisis de comparabilidad propio de las sentencias del TJUE. En efecto, concedió la deducción por dividendos en la medida

en que la carga tributaria derivada del IS extranjero fuese comparable a la del IS. Se notará que la comparación había de hacerse en función del gravamen sufrido, no solo de la materia imponible ni, por supuesto, del tipo nominal de gravamen, y también que la prueba correspondía al contribuyente.

Hubiera podido el legislador fiscal adoptar esa solución, es decir, mantener la imputación estimativa, tanto para los dividendos internos como para los extranjeros, condicionada en el caso de estos últimos a la prueba de un gravamen equivalente sobre el beneficio del que procedían los dividendos. Habida cuenta de los multiplicadores de la imputación estimativa ($1,40 \times 0,40$), la prueba hubiera debido considerarse cumplimentada mediante la demostración de un gravamen efectivo no inferior al 28 %. Ha de reconocerse que esa prueba solo estaría, razonablemente, al alcance de los inversores individuales que ostentaren una participación significativa, en tanto que la deducción se concedía para los dividendos internos, como así era lógico desde la perspectiva de la capacidad económica, cualquiera que fuere el porcentaje de participación.

Las sentencias del TJUE sobre la materia, anteriormente descritas, pusieron en dificultades a los Estados miembros que aplicaban métodos para la eliminación o atenuación de la doble imposición de dividendos o doble imposición económica. ¿Cómo era posible, al tiempo, conservar esas medidas, sin duda apropiadas desde la perspectiva de la capacidad económica, y adaptarse a aquellas sentencias?

Acudió la Comisión al rescate de los Estados miembros mediante su Comunicación al Consejo y al Parlamento titulada *Tributación de los dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior (COM (2003)810)* la cual, tras una amplia exposición de las alternativas en presencia, propuso para todos los dividendos, tanto internos como externos, el denominado «sistema cedular».

Precisamente esta fue la solución adoptada por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (Ley 35/2006), actualmente en vigor (Zornoza Pérez, 2014). El problema planteado por las sentencias del TJUE había quedado superado, pero aparecieron tres carencias de técnica tributaria, a saber, la ruptura de la neutralidad entre dividendos e intereses, el deterioro de la progresividad y el privilegio para los dividendos externos procedentes de beneficios escasamente gravados.

En efecto, al sujetar a los dividendos e intereses a la misma escala, esto es, la del ahorro, los primeros quedaban sobrecargados respecto de los segundos, por cuanto aquellos sufrieron previamente la tributación por el IS. Al tiempo, la escasa progresividad de la escala del ahorro determinaba una tributación, en conjunción con el IS, prácticamente igual para todos los perceptores de dividendos, cualquiera que fuere el importe de los mismos. En fin, los dividendos procedentes de entidades extranjeras escasamente gravadas sobre

sus beneficios tendrían una tributación más liviana que la correspondiente a los dividendos pagados por entidades residentes.

El saldo no ha sido muy halagüeño: desperfectos para la neutralidad en las inversiones financieras, privilegiando el endeudamiento, menoscabos para la progresividad impositiva y, en fin, estímulo a la deslocalización por motivos fiscales.

Sería erróneo cargar en la cuenta del TJUE estas deficiencias, por cuanto la técnica tributaria ofrecía soluciones alternativas más idóneas aunque, tal vez, de más compleja instrumentación y aplicación.

1.2. Régimen de las ganancias patrimoniales

Como ha quedado anteriormente expuesto, el TJUE consideró que la existencia en la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley 18/1991), de unos coeficientes reductores de plusvalías más ventajosos para los valores cotizados en mercados de organizados españoles era restrictiva de la libertad de movimiento de capitales, lo que fue rectificado por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes, estableciéndose así la igualdad de trato.

Con la Ley 35/2006 desaparecieron los coeficientes reductores de plusvalías, pero han persistido las reglas de cálculo diferenciadas, incluso tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre (se modifican la Ley 35/2006, el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes y otras normas tributarias), según que los valores coticen en mercados financieros comunitarios o extracomunitarios. Estas reglas son más gravosas para los segundos, por cuanto establecen un valor mínimo respecto del importe de la transmisión, salvo prueba en contrario, lo que podría ser objetable desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales (art. 37.1 b).

1.3. Aportaciones a fondos de pensiones

En periodos impositivos regidos por la Ley 40/1998, la Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de marzo de 2013 (rec. núm. 948/2010 –NFJ050646–) estableció que:

[...] se opone al principio de no discriminación una interpretación del artículo 46.1.4.º de la Ley 40/1998 y del artículo 60.1 del Real Decreto Legislativo 3/2004 que impide la reducción fiscal de las aportaciones a un plan de pensiones alemán, siempre que este cumpla con las exigencias que impone con carácter general la normativa española.

La Ley 35/2006 contempla la equiparación de las aportaciones a los fondos de pensiones. Se notará que esa equiparación se reduce al círculo de los fondos de pensiones sujetos a normativa comunitaria, de manera tal que no se proyecta respecto de las aportaciones realizadas a fondos de pensiones residentes en Estados terceros (art. 51.1), lo que está en línea con el enfoque de la situación desde la perspectiva de la libertad de circulación de trabajadores.

2. Impuesto sobre sociedades

2.1. Eliminación de la doble imposición económica

2.1.1. De dividendos

La Sentencia de la AN de 3 de diciembre de 2015 (rec. núm. 202/2013 –NFJ062017–), sobre la base del principio de igualdad de trato a situaciones comparables, entendió aplicable a los dividendos externos entrantes la deducción que el artículo 30.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), establecía para los dividendos internos, para porcentajes de participación de, al menos, el 5%.

La sentencia hizo especial referencia a la de 13 de noviembre de 2012 del TJUE, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (asunto C-35/11 –NFJ049182–), y constató que el tipo de gravamen efectivo soportado por la entidad extranjera era inferior al nominal del IS, de manera tal que el método de imputación, válido para los dividendos externos entrantes de acuerdo con el artículo 32 del TRLIS, era menos beneficioso que el método de exención del artículo 30.2, válido para los dividendos internos, con la consecuencia de que procedía aplicar este precepto a los dividendos externos entrantes.

El abogado del Estado recurrió alegando que la sentencia no había realizado correctamente el juicio de equivalencia propio del análisis comunitario, de manera tal que solo cuando el tipo efectivo nacional fuere inferior al tipo nominal nacional, se habría quebrado la equivalencia entre el método de exención y el de imputación, con la consecuencia de que, de no ser así, procedería aplicar, respecto de los dividendos externos entrantes, el método de imputación del artículo 32 del TRLIS, pero no el método de exención del artículo 30.2 del TRLIS.

La Sentencia del TS de 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 255/2016 –NFJ067278–) desestimó el recurso, aunque sin entrar en la cuestión de la equivalencia tal y como la había planteado la Administración. Lo decisivo fue que las normas relativas a la eliminación de la doble imposición de dividendos concedían un mejor trato a los dividendos internos, ya que los mismos gozaban de exención en todo caso para participaciones de, al menos, 5%, en tanto que los externos entrantes para disfrutar de exención debían cumplir un conjunto de requisitos adicionales, entre ellos el de proceder de beneficios derivados de activida-

des económicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del TRLIS y, por otra parte, el método de imputación del artículo 32 del TRLIS no podía parangonarse al de exención, pues el segundo permitía la conservación de los incentivos fiscales de los que hubiere podido disfrutar la entidad filial, en tanto que el primero no lo hacía. La Sentencia de la AN de 4 de abril de 2017 (rec. núm. 185/2015 –NFJ067288–) se pronunció en términos similares.

La Sentencia de la AN de 9 de febrero de 2018 (rec. núm. 352/2015 –NFJ070225–) declaró aplicable la exención parcial del artículo 30.1 del TRLIS, respecto de unos dividendos externos entrantes, relativos a participaciones inferiores al 5 %, por cuanto existía:

[...] desigualdad injustificada, en el tratamiento fiscal de la deducción relativa a dividendos, según la entidad que los distribuye sea o no residente en España, (lo que) vulnera el Derecho Europeo en los términos señalados, por lo que procede someter los dividendos que nos ocupan, al régimen previsto para las sociedades residentes en España.

La sentencia, sin embargo, no abordó el juicio de equivalencia.

La citada Sentencia del TS de 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 255/2016 –NFJ067278–) insistió en el trato menos ventajoso de los dividendos externos entrantes, indicando que:

[...] en el supuesto de deducción por doble imposición interna, art. 30 del Real Decreto Legislativo 4/2004, cuando la entidad perceptora de los dividendos participaba al 5 % o mayor porcentaje en el capital de la entidad de la que se obtuvieron, *de facto* se aplicaba un régimen de exención, al ser la deducción del 100 % de la cuota íntegra. En cambio, en el caso de deducción por doble imposición internacional, art. 32, se seguía un régimen de imputación en la entidad que percibía el dividendo cuando ostentaba esa misma participación en el capital de la entidad que los distribuía, con la consecuencia de que en este caso el beneficio fiscal dependía del tipo efectivo del gravamen, no del nominal, excluyendo, con ello, de la deducción las bonificaciones, desgravaciones y ventajas fiscales de que hubiese disfrutado la entidad generadora del beneficio que daba origen a los dividendos distribuidos, efecto este que no se producía en el supuesto del art. 30. Esta situación determinó que la Comisión Europea denunciase el trato fiscal discriminatorio que se aplicaba a las inversiones en sociedades no residentes, lo que se corrigió en la reforma fiscal operada en el Impuesto sobre Sociedades por la Ley 27/2014, que vino a equiparar el tratamiento fiscal de participaciones de entidades residentes y no residentes.

Véase, por consiguiente, como el método de exención para los dividendos internos arrastra, de acuerdo con la sentencia, el efecto práctico del reconocimiento de los incentivos fiscales establecidos por una jurisdicción fiscal extranjera, incluso si los mismos fueren superiores a los que se hubieren podido disfrutar, caso de ser realizadas las actividades económicas en España, respecto de los beneficios de los que procedía el dividendo.

El Auto del TS de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 3503/2017 –NFJ069059–) admitió el recurso de casación en relación con la Sentencia de la AN de 4 de abril de 2017 (rec. núm. 185/2015 –NFJ067288–), centrando el interés casacional en determinar si los dividendos externos entrantes recibían un peor trato que los internos, por cuanto el método de imputación del artículo 32 del TRLIS no permitía conservar los incentivos fiscales disfrutados por el beneficio del que procedía el dividendo, en tanto que el método de exención del artículo 30 del TRLIS, sí lo hacía.

La Sentencia del TS de 2 de julio de 2020 (rec. núm. 3503/2017 –NFJ078427–) dio satisfacción al referido auto de admisión apoyándose en la Sentencia de 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 255/2016 –NFJ067278–), en la que se dijo que:

[...] así las cosas, en el supuesto de deducción por doble imposición interna, art. 30 del Real Decreto Legislativo 4/2004, cuando la entidad perceptora de los dividendos participaba al 5 % o mayor porcentaje en el capital de la entidad de la que se obtuvieron, *de facto* se aplicaba un régimen de exención, al ser la deducción del 100 % de la cuota íntegra. En cambio, en el caso de deducción por doble imposición internacional, art. 32, se seguía un régimen de imputación en la entidad que percibía el dividendo cuando ostentaba esa misma participación en el capital de la entidad que los distribuía, con la consecuencia de que en este caso el beneficio fiscal dependía del tipo efectivo del gravamen, no del nominal, excluyendo, con ello, de la deducción las bonificaciones, desgravaciones y ventajas fiscales de que hubiese disfrutado la entidad generadora del beneficio que daba origen a los dividendos distribuidos, efecto este que no se producía en el supuesto del art. 30.

Así pues, la Sentencia del TS de 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 255/2016 –NFJ067278–) centró la discriminación en que el método de imputación del artículo 32 del TRLIS, a diferencia del método de exención del artículo 30 del TRLIS, cercenaba el disfrute de los incentivos fiscales disfrutados por el beneficio del que procedía el dividendo, en el caso conferidos por la legislación fiscal neerlandesa.

La Sentencia del TS de 2 de julio de 2020 (rec. núm. 3503/2017 –NFJ078427–), tomando como punto de referencia la Sentencia de 13 de noviembre de 2012 del TJUE, *Test Claimants* (asunto C-35/11 –NFJ049182–), afirmó, de una parte, que en la sentencia de instancia, contrariamente a lo que había alegado el abogado del Estado, sí se había realizado el denominado «juicio comparativo», y de otra, que era «evidente que hay una discriminación puesto que, al estar exentos los dividendos obtenidos por la sociedad holandesa, el sistema de imputación del artículo 32 TRLIS (los) impedía trasladar a la deducción por doble imposición». Y añadió que:

[...] esa comparación, por lo demás, es fácil de deducir del sistema fiscal de los Países Bajos y del muy favorable régimen de tributación de los residentes, por lo que no es preciso un análisis exhaustivo para concluir que el régimen de imputación siempre será más desfavorable que el de exención.

Sin embargo, en *Test Claimants* (asunto C-35/11 –NFJ049182–), el TJUE decidió que:

[...] los artículos 43 CE y 56 CE no se oponen a una legislación de un Estado miembro que declara exentos del impuesto sobre sociedades los dividendos que una sociedad residente percibe de otra sociedad residente, mientras que sujeta a dicho impuesto los dividendos que una sociedad residente percibe de una sociedad no residente de la que posee al menos el 10 % de los derechos de voto, concediendo, en este último caso, un crédito fiscal por el impuesto efectivamente pagado por la sociedad que distribuye beneficios en su Estado miembro de residencia, siempre que el tipo impositivo sobre los dividendos de origen extranjero no sea superior al tipo impositivo aplicado a los dividendos de origen nacional y que el crédito fiscal sea al menos igual al importe pagado en el Estado miembro de la sociedad que distribuye beneficios hasta el límite de la cuantía impositiva aplicada en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria.

Es cierto que, en la mayoría de los supuestos, el método de exención depara un tratamiento más ventajoso que el de imputación, pero no siempre. En ciertos casos, el método de imputación procurará un tratamiento equivalente al de exención. Así lo ha reconocido el propio TJUE, y de ahí el sentido del enjuiciamiento de comparación. Ocurre, sin embargo, que la forma en como debe realizarse el juicio de comparación no ha quedado bien perfilada en la doctrina del TJUE y de ahí, tal vez, que los tribunales de justicia españoles, aunque citándola, no hayan entendido pertinente profundizar en el camino abierto por la mencionada sentencia del TJUE *Test Claimant* (asunto C-35/11 –NFJ049182–). Por otra parte, la reacción del legislador de la Ley 27/2014, al Dictamen motivado de la Comisión 2010/4111, según el cual el tratamiento que el TRLIS daba a los dividendos externos entrantes era discriminatorio, no alentaba esa profundización.

Antes de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas (Ley 29/1991), los dividendos internos disfrutaban de exención total para participaciones significativas (25 %) o parcial en otro caso, en tanto que los dividendos externos entrantes tributaban plenamente. La Ley 29/1991 estableció el método de imputación para los dividendos externos entrantes amparados por la Directiva 90/435. La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Ley 43/1995), extendió el método de imputación a todos los dividendos externos entrantes. El Real Decreto-Ley 8/1996, de 7 de junio, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, estableció el método de exención también para los dividendos externos entrantes, procedentes de participaciones significativas, nutridos con beneficios derivados de actividades económicas. Ese era el marco normativo que, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 2/2000, de 23 de junio, por el que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, y otras normas tributarias, y contenido en los artículos 21, 30 y 32 del TRLIS, estaba en vigor en las vísperas de la Ley 27/2014, actualmente vigente.

El artículo 21 de la Ley 27/2014, seguramente influido por el Dictamen motivado de la Comisión 2010/4111 (García Rozado, 2016; López Pombo, 2019), ha establecido el método de exención para todos los dividendos procedentes de participaciones significativas (5 % o más, o superior a 20 millones de euros de precio de adquisición), sin que sea requisito la realización de actividades económicas, aunque sí, para los dividendos externos entrantes, la tributación a un tipo de gravamen nominal no inferior al 10 %, que se entiende cumplido cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición. Los dividendos externos entrantes de participaciones significativas (5 % o más, o superior a 20 millones de euros de precio de adquisición) que no cumplan los requisitos del método de exención, pueden acogerse al método de imputación del artículo 32 de la Ley 27/2014. Los dividendos de participaciones no significativas tributan plenamente.

La igualdad de trato, mediante el método de exención, entre dividendos internos y externos entrantes, cumple con la libertad de movimiento de capitales así como con la libertad de establecimiento, al tiempo que facilita la repatriación de beneficios, aspecto este de extrema importancia para aquellos países cuyos grandes grupos obtienen una parte importante de sus beneficios mediante la realización de actividades económicas en el extranjero a través de entidades filiales (López Tello, 2014, pp. 26 y ss.).

Sin embargo, el método de exención arrastra el inconveniente de que puede incentivar la deslocalización de actividades económicas por parte de las entidades matrices españolas, mediante la constitución de entidades filiales en jurisdicciones fiscales de baja tributación o que disfrutan de potentes incentivos fiscales. De esta manera, la fiscalidad de los dividendos externos entrantes se ha modificado correctamente para no infringir la libertad de movimiento de capitales impuesta por el artículo 63 del TFUE, pero de forma tal que podría estimular la ubicación de las inversiones por motivos fiscales, lo que, paradójicamente, desmerece la función económica de esa libertad. Se notará que la deslocalización por motivos fiscales puede afectar tanto a las inversiones de contenido real, tangible o intangible, como financiero.

Sea como fuere, lo cierto es que el método de exención para los dividendos de fuente extranjera se ha impuesto en los sistemas fiscales de los países más avanzados. Así la reforma fiscal norteamericana lo ha establecido, pero con la prevención de introducir un régimen neutralizador de las deslocalizaciones de activos intangibles (Mullerat y Concha, 2019). En cierto modo, aunque con menos potencia, el ensanchamiento de la transparencia fiscal internacional operada por la Ley 27/2014 se inscribe en la misma línea.

Se recordará que la sentencia *Haribo* (de 10 de febrero de 2011, asunto C-436/08 –NFJ041413–) permitía inferir que no se infringía la libertad de movimiento de capitales al supeditar la exención de los dividendos externos entrantes al requisito de que los beneficios de los que procedían hubieran soportado una tributación efectiva comparable a la que soportan los beneficios de los que procedían los dividendos internos. El requisito de tributación al tipo nominal de gravamen no inferior al 10 % no supone, ciertamente, la exigencia de una tributación comparable pues, de una parte, implica una brecha de 15 puntos por-

centuales respecto del tipo general de gravamen nominal, y de otra, la tributación efectiva no solamente depende del tipo nominal de gravamen.

La Ley 27/2014 ha suprimido la exención parcial de la que disfrutaban los dividendos internos procedentes de participaciones no significativas, igualando así la tributación de los mismos con la de los dividendos externos entrantes también procedentes de participaciones no significativas, en perfecta sintonía con la libertad de movimientos de capitales, pero retrocediendo respecto del objetivo de eliminación de la doble imposición económica. En efecto, la doble imposición se produce cualquiera que sea el porcentaje de participación.

2.1.2. De plusvalías de cartera

Antes de la Ley 27/2014, las plusvalías derivadas de instrumentos de patrimonio extranjeros podían disfrutar de exención plena para porcentajes de participación no inferiores al 5 %, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, en los términos previstos en el artículo 21 del TRLIS, en particular la realización de actividades económicas por parte de la entidad emisora, en tanto que sobre las derivadas de los instrumentos de patrimonio internos, también para participaciones no inferiores al 5 %, no pesaba tal requisito, pero estaban sujetas al límite de los beneficios no distribuidos acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación.

Tras la Ley 27/2014, el régimen de las plusvalías ha quedado unificado, de manera tal que todas las referentes a participaciones significativas (5 % o más, o superior a 20 millones de euros de precio de adquisición) están exentas, sin sujeción al requisito de realización de actividad económica ni a límite alguno pero, respecto de los valores extranjeros, el artículo 21.1 b) exige la tributación de la sociedad emisora a un tipo nominal de gravamen no inferior al 10 %. No obstante, siendo el tipo nominal general de gravamen del IS superior al 10 %, no parece que exista campo para la discriminación.

La Ley 27/2014 ha traído la igualdad de trato, pero ha sacrificado un objetivo de política fiscal no desdeñable, esto es, que la entidad no residente realice actividades económicas, las cuales, por otra parte, estaban descritas en las normas correspondientes bajo el criterio de que se tratara de actividades no deslocalizables.

2.2. Deducción de gastos financieros

2.2.1. El nuevo enfoque de la subcapitalización

La Sentencia del TS de 21 de febrero de 2008 (rec. núm. 8310/2002 –NFJ028747–) se enfrentó a la compatibilidad con el ordenamiento comunitario del artículo 16.9 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Ley 61/1978), precepto que, incorporado por la disposición adicional quinta de la Ley 18/1991, rechazaba la deducción de los inte-

reses correspondientes a préstamos contraídos con entidades vinculadas no residentes que excedieran del triple de los fondos propios, concluyendo, a la vista de las sentencias del TJUE *Lankhorst* (asunto C-324/00 –NFJ013286–) y *Thin Cap Group* (asunto C-524/04 –NFJ024996–), que «ante la doctrina sentada por el TJCE, no cabe duda de la incompatibilidad de la norma española controvertida con la libertad de establecimiento, por lo que debe ser inaplicada».

La Sentencia de la AN de 30 de abril de 2008 (rec. núm. 63/2005 –NFJ028655–), también en relación con el artículo 16.9 de la Ley 61/1978, indicó que:

[...] parece incontestable que, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst* (asunto C-324/00)... el tratamiento diferente dispensado en el impuesto sobre sociedades a dos compañías nacionales que obtienen financiación de otra con la que se encuentran vinculada, en función de que esta segunda resida en el propio país o lo haga en otro Estado miembro, de modo que, en el segundo caso, los intereses pagados queden sometidos a un régimen tributario más desfavorable, contradice la libertad de establecimiento e infringe el artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea...

Si bien esa restricción quedaría justificada si concurrían dos condiciones, a saber:

1.^a) que se base en un examen de elementos objetivos y verificables que permitan identificar la existencia de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales, estableciendo la posibilidad de que el contribuyente pueda presentar, en su caso, y sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los motivos comerciales subyacentes a la transacción de que se trata; y 2.^a) que, demostrada la existencia de tal montaje, la referida legislación solo califique dichos intereses como beneficios distribuidos en la medida en que superen los que se habrían acordado en condiciones de libre competencia...

La sentencia concluyó que «ninguna de dichas dos condiciones aparece en la normativa española», pues la norma en cuestión «no acude a parámetros objetivos incontestables para cotejar si una operación de préstamo entre una filial y su matriz foránea responde a un artificio con la finalidad de eludir el pago de los tributos...» y, adicionalmente, «no se le ofrece al sujeto pasivo ninguna oportunidad de justificar que se pactaran a precios semejantes a los que hubieran acordado en el mercado personas independientes ni, por ende, de acreditar la inexistencia de ningún ánimo elusivo de las cargas tributarias...».

Sentencias posteriores se pronunciaron en similares términos.

Así pues, los distintos tribunales españoles reaccionaron cumplidamente ante las sentencias del TJUE, ejercitando el poder-deber de inaplicación respecto de una norma a la que el ordenamiento comunitario se oponía.

El contenido del artículo 16.9 de la Ley 61/1978 fue, en esencia, reproducido por la Ley 43/1995, recalando, finalmente, en el artículo 20 del TRLIS, de donde fue removido, en relación con el ámbito comunitario, por el artículo 62.Primeros.Dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, mediante la adición de un nuevo apartado en cuya virtud la norma antisubcapitalización «no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal». Solución radical que desarboló la normativa antisubcapitalización en el ámbito comunitario (Palao Taboada, 2005).

Finalmente, el artículo 20 del TRLIS fue derogado por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (RDL 12/2012), el cual, como más adelante se comentará, estableció un nuevo régimen respecto de la deducción de intereses en el que la distinción entre los ámbitos interno y externo no se contemplaba. De esta manera, hasta el Real Decreto-Ley 12/2012, no existieron normas reguladoras de la subcapitalización en relación con las operaciones de endeudamiento intracomunitario, sin perjuicio de lo que en el apartado siguiente se dirá respecto del denominado conflicto de los gastos financieros (Gutiérrez Lousa, 2016).

2.2.2. El conflicto de los gastos financieros

El supuesto de hecho del conflicto de los gastos financieros ha consistido en endeudar a una entidad residente en territorio español, generalmente mediante préstamos intragrupo transfronterizos destinados a la adquisición de participaciones cuyos dividendos disfrutaban de exención, de manera tal que su base imponible quedaba minorada en el importe de los intereses (López Ribas, 2016). En la práctica, las regularizaciones determinantes de la no deducción de esos intereses, normalmente encauzadas a través del expediente de fraude o conflicto en aplicación de la ley tributaria, han afectado principalmente a subgrupos españoles de grupos multinacionales y por ello los interesados vinieron alegando discriminación prohibida por el Derecho de la UE.

Varias sentencias de la AN han rechazado esa pretensión. Así la Sentencia de 7 de febrero de 2013 (rec. núm. 172/2010 –NFJ050014–) observó que la regularización:

[...] no está aplicando una norma a entidades no residentes que deba aplicarse a entidades residentes, no está dispensando trato distinto a unas y otras y, por tanto, no hay discriminación ni se está contraviniendo la doctrina del TJCE, ni infringiendo el principio de libertad de establecimiento... A modo de conclusión, las sentencias a las que alude el contribuyente se formulan ante normas dictadas por los Estados miembros que obstaculizan el ejercicio de la libertad de establecimiento, y sin embargo, la regularización que se propone en este expediente no supone ninguna discriminación ni atenta a dicho principio porque se fundamenta en una

norma antiabuso de general aplicación como es el fraude de ley, que no tiene por objeto los grupos multinacionales sino que se aplicará siempre y cuando concurren los supuestos determinantes de la misma.

Y la Sentencia de 21 de febrero de 2013 (rec. núm. 47/2010 –NFJ050173–) indicó:

[...] que en definitiva, no se puede hablar de trato discriminatorio puesto que los fundamentos de la resolución que declara el fraude de ley no se basan en la residencia de las entidades intervinientes ni en su pertenencia a grupos multinacionales, sino que lo que se enjuicia es la licitud de unas operaciones en función de las circunstancias objetivas que concurren en las mismas, en las que se aprecia el abuso de derecho en su realización, dándose la circunstancia de la participación en dichas operaciones de entidades que pertenecen a grupos multinacionales, pero sin que la residencia fiscal de ninguna de dichas entidades ni el régimen fiscal que les resulta aplicable en sus países de residencia sea un elemento decisivo a la hora de calificar dichas operaciones, pues tal y como declara la Administración «la misma calificación se hubiera propuesto si hubieran intervenido entidades con otra residencia y hubieran concurrido los mismos elementos fácticos».

Y, en fin, en términos similares, la Sentencia de 14 de noviembre de 2013 (rec. núm. 468/2010) precisó que:

[...] los argumentos alegados en relación con las sentencias del TJCE no resultan de aplicación, pues ni la condición de no residente de la matriz ni de las entidades del grupo intervinientes, ni la deducibilidad de los gastos financieros de grupos multinacionales, se pone en cuestión, y ni siquiera se alude a ella como fundamento alguno, únicamente se cuestiona la artificiosa forma en que se sitúa una carga financiera en España, siendo irrelevante a estos efectos donde se encuentre el domicilio de la matriz o de otras entidades intervinientes y su condición de sociedades no españolas o pertenecientes a un grupo español. La regularización que se propone se basa en la concurrencia de los elementos que configuran el fraude de ley, sin que se valore ninguna otra circunstancia.

También el TS se ha pronunciado. Así, en dos sentencias de 9 de febrero de 2015 (recs. núms. 188/2014 –NFJ057488– y 3971/2013 –NFJ057489–), admitió que las regularizaciones practicadas podrían ser restrictivas, pero concluyó que «la Administración tributaria, en una actuación que *a priori* podría parecer restrictiva de la libertad de establecimiento, cumplió con los estándares comunitarios: razón imperiosa de interés general y/o conducta abusiva». La sentencia busca la razón imperiosa de interés general en que:

[...] la práctica que detecta y corrige la Administración tributaria constituye en la actualidad una de las mayores preocupaciones en el seno de la OCDE reflejada en

el BEPS... y también lo es de la Unión Europea, como se deduce de la recomendación que la Comisión emitió sobre planificación fiscal agresiva... la operación enjuiciada en el presente recurso carecía de una auténtica sustancia económica, siendo la finalidad fiscal la única destacable...

En el mismo sentido la Sentencia de 12 de febrero de 2015 (rec. núm. 2452/2013).

En la Sentencia de 19 de julio de 2016 (rec. núm. 2553/2015 –NFJ063385–), ante la alegación de restricción a la libertad de establecimiento, observó que «la ventaja fiscal está en el fondo de las operaciones efectuadas... el título legitimador de los intereses no existe, porque el negocio jurídico generador del préstamo carece de causa», y ante la alegación de restricción a la libertad de movimiento de capitales, que:

[...] habrá de reiterarse todo lo antes dicho sobre la inexistencia de vínculo de derecho comunitario. El recurrente en este planteamiento vuelve a insistir en que la no deducibilidad de los intereses supone una restricción a la libertad de circulación de capitales. Si las cosas fueran como las cuenta el recurrente habría que aceptar la vulneración del principio invocado, pero lo que aquí sucede es que el título legitimador de los intereses no existe, porque el negocio jurídico generador del préstamo carece de causa, y es esta circunstancia, y no otra, la que hace improcedentes e inaplicables, las sentencias invocadas.

En la Sentencia de 16 de marzo de 2016 (rec. núm. 3162/2014 –NFJ062529–), indicó que:

[...] no puede afirmarse que la conclusión alcanzada en función de las circunstancias concurrentes sea contraria al Derecho Comunitario, pues no se cuestiona la deducibilidad de los gastos por la circunstancia de que la matriz del grupo sea una sociedad no residente, sino, insistimos una vez más, por no responder la operación a una verdadera finalidad económico-empresarial, que afecta a una entidad residente, sin que pueda hablarse por tanto, de discriminación a no residentes, ni de vulneración de los Convenios de doble imposición.

En la Sentencia de 22 de diciembre de 2016 (rec. núm. 3421/2015 –NFJ065105–), al hilo del quinto motivo de casación en el que la recurrente alegó que la liquidación tributaria había contravenido principios básicos del derecho comunitario, en concreto la libertad de establecimiento, la libertad de circulación de capitales y el principio de confianza legítima, desplegó una amplia argumentación relativa a la relación entre el fraude a la ley tributaria y el ordenamiento comunitario, según la cual:

[...] tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el análisis de la adecuación de los Derechos nacionales al Derecho Comunitario, como la del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional relativa al fraude de ley, se inspiran en

principios similares respecto al equilibrio entre los derechos de la Hacienda Pública y el de los contribuyentes, cualquiera que sea la residencia de estos, de modo que lo que se pretende es que los comportamientos de los contribuyentes respondan a la realidad de las necesidades económicas o empresariales y no a montajes articulados con la exclusiva finalidad de reducir artificiosamente la carga tributaria...

La finalidad perseguida por el Derecho Comunitario resultaría incumplida si, ajustándose los Ordenamientos de los Estados miembros a esos principios básicos, sin embargo se burlasen en la práctica con operativas artificiosas realizadas con finalidad exclusiva o principalmente fiscal. En este sentido la existencia de un mecanismo como el del fraude de ley no puede sino merecer un juicio positivo como medida tuteladora de aquellos principios. Podrá discutirse la existencia o no de la figura en cuestión en cada caso concreto, con arreglo a nuestro Derecho, pero de concluirse la existencia del mismo, ninguna tacha cabría desde el punto de vista del Derecho Comunitario

Y así se desprende también del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo - Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países», aprobado por unanimidad del Pleno de 17 y 18-9-08.

Las ideas más significativas del Dictamen pueden resumirse así: Se percibe la necesidad de encontrar un equilibrio entre el interés público de combatir las prácticas abusivas y la necesidad de evitar una restricción exagerada de la actividad transfronteriza interior de la UE. Las «normas contra prácticas abusivas» se conciben en sentido amplio como disposiciones, medidas o prácticas destinadas a «proteger la base imponible nacional frente a algunos tipos de erosión concretos».

El Dictamen extrae de la jurisprudencia del TJE unos principios fundamentales sobre los que pivota ese equilibrio: Uno, el concepto de «práctica abusiva», que se produce cuando «pese a haberse observado las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se logran los objetivos previstos por dicha normativa y existe la voluntad de obtener un beneficio creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención: Otro principio fundamental es el de proporcionalidad; las prácticas abusivas o la evasión fiscal pueden constituir una razón imperiosa de interés general capaz de justificar la restricción, pero para que tal reacción nacional sea lícita ha de ser proporcionada y aplicarse solo con el fin de evitar «montajes puramente artificiales».

El concepto de «práctica abusiva», extraído por el Dictamen de la jurisprudencia del TJE, es en esencia concordante con nuestro concepto de fraude de ley y radica en la creación artificial de las condiciones requeridas para obtener un tratamiento fiscal beneficioso, que es precisamente lo ocurrido en el caso que nos ocupa.

No existe por tanto incompatibilidad entre la apreciación de la figura de fraude de ley y los principios del Derecho Comunitario.

Así pues, los tribunales han venido afirmando, sin fisuras, que el Derecho de la UE no se opone a la aplicación de una norma antiabuso de carácter general, incluso en aquellos casos en los que la operación afectada, por su propia contextura, solamente fuere realizada, en la práctica, por los grupos multinacionales. Buscar el amparo del Derecho de la UE para justificar una operación abusiva, sobre la base de una presunta discriminación entre grupos internos y multinacionales, no es pertinente.

Lo que ha de examinarse, ante cada operación en concreto, es si la misma tiene por objeto adoptar el mejor ropaje fiscal en vistas a realizar una operación económica o financiera o si tiene por objeto exclusivo reducir la fiscalidad al margen de cualquier finalidad económica o financiera. Precisamente, esto es lo que indica el TS en Sentencia de 20 de mayo de 2016 (rec. núm. 2945/2014 –NFJ062970–) cuando advierte que:

[...] siendo a la Administración a la que corresponde acreditar la existencia de un montaje puramente artificial... en este caso no llegó a justificar y acreditar que las razones fiscales hayan sido las únicas determinantes para la realización de las operaciones controvertidas.

O cuando, en la misma línea aunque con distinto resultado, observa que la operación «carecía de una auténtica sustancia económica, siendo la finalidad fiscal la única destacable» (Sentencia de 9 de febrero de 2015, rec. núm. 3971/2013 –NFJ057489–).

Tanto la AN como el TS han decidido mediante el riguroso examen del fondo de las operaciones, esto es, de su causa. El fin práctico que se ha perseguido con las operaciones concernidas ha sido lo relevante. Si ese fin práctico respondía a una motivación económica o, por el contrario, al puro designio de cercenar la tributación correspondiente a las rentas derivadas de las actividades económicas, ha sido el norte que ha orientado la labor enjuiciadora. Solo en el segundo caso los tribunales han apreciado la existencia de fraude a la ley tributaria y, en alguna ocasión, la concurrencia de simulación o delito fiscal.

Con sus sentencias, los tribunales no han puesto en cuestión el aprovechamiento de las vías menos onerosas fiscalmente para realizar operaciones con finalidad económica, sino rechazado la licitud de aquellas cuya finalidad era puramente fiscal, ni han terciado en el debate, tradicional pero siempre vivo, de la pertinencia de la denominada planificación fiscal (Marín Benítez, 2013, capítulo 1, y recapitulación 7 del capítulo 9).

Podrá debatirse, frente a los hechos de cada caso, si la respuesta del tribunal ha sido, o no, acertada, pero habrá de reconocerse que la metodología aplicada, esto es, el examen de los hechos subyacentes a las operaciones en presencia y de su contextura en orden a discernir su artificiosidad o materialidad y su justificación económica por oposición a su finalidad puramente fiscal, responde a la denominada solución global seguida por los tribunales de justicia en la aplicación de las normas antiabuso (Delgado Pacheco, 2018, pp. 240 y ss.).

Los tribunales han recorrido el único camino posible, por más que deban reconocerse las dificultades inherentes al mismo. Lejos del positivismo formalista, justamente criticado por la doctrina (Sánchez Pedroche, 2004, pp. 81 y ss.), los tribunales de justicia han intentado penetrar en la materialidad de los hechos y en su verdadera significación, atendiendo a su relación con el espíritu y finalidad de las normas en juego.

En fin, es claro que una operación fraudulenta en modo alguno podría encontrar el amparo del Derecho de la UE, en tanto que la lícita no ha menester que lo reclame para prosperar ante los tribunales de justicia.

2.2.3. La adecuación al ordenamiento comunitario del régimen de la vigente deducción de los gastos financieros

La Ley 27/2014, siguiendo la estela trazada por el Real Decreto-Ley 12/2012, ha establecido dos normas básicas concernientes a la deducción de gastos financieros, que aquí han de traerse a colación exclusivamente a los efectos de bosquejar su adecuación al ordenamiento comunitario.

El artículo 15 h) contempla las operaciones propias del conflicto de los gastos financieros, a los efectos de negar la deducción de los intereses correspondientes a las operaciones de endeudamiento intragrupo destinadas a la adquisición intragrupo de participaciones.

Seguramente, el sustrato fraudulento de estas operaciones necesita la concurrencia de una o varias entidades no residentes, pero la norma se aplica «con independencia de la residencia» de la entidad prestamista y también de la residencia de la entidad transmitente de los títulos, de manera tal que no se atisba la existencia de discriminación. Por otra parte, el precepto se blindó frente a un eventual reproche de que, *de facto*, solamente versará sobre operaciones transfronterizas, exceptuando su aplicación cuando «el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones», enlazando así con aspectos de la doctrina del TJUE (García-Torres, 2014).

Incluso si la participación es determinante de un dividendo afecto a la Directiva 2011/96, se notará que la no deducción de los intereses es conforme con la misma, en la medida en que se trata de gastos asociados a la adquisición de la participación, en el sentido del artículo 4.3, considerando, por otra parte, que la no deducción se predica también respecto de participaciones emitidas por entidades residentes.

El artículo 16 establece un límite de carácter general a la deducción de gastos financieros, calculado en el 30 % del beneficio operativo. El carácter puramente objetivo del límite y su indiferencia respecto del origen territorial de las rentas que componen el beneficio operativo destierra cualquier atisbo de discriminación (Cencerrado Millán, 2019).

El artículo 18.10 apodera a la Administración tributaria para excluir la deducción de los gastos financieros de las operaciones de endeudamiento pactadas entre partes vinculadas que no fueren congruentes con el principio de libre competencia, sea en lo concerniente al tipo de interés o al importe del préstamo o a sus condiciones. Tampoco aquí hay atisbo de discriminación, por cuanto la norma se aplica tanto sobre operaciones transfronterizas como puramente internas y, por otra parte, ya se ha visto que el TJUE ha considerado que el principio de libre competencia garantiza la proporcionalidad de las normas antiabuso. En este sentido, incluso se llegó a entender que el antiguo artículo 16 del TRLIS permitía a la Administración tributaria recalificar los intereses, bajo la prueba de que el préstamo no se habría concedido por un tercero independiente en condiciones normales de mercado (Falcón y Tella y Pulido Guerra, 2010, p. 243).

Tras la sentencia del TJUE SGI (Sentencia de 21 de enero de 2010, asunto C-311/08 –NFJ036705–), ha quedado claro que una norma relativa a las operaciones entre partes vinculadas, con efecto exclusivamente transfronterizo, sería conforme con el ordenamiento comunitario en cuanto se fundamentare en el principio de libre competencia y ofreciere al contribuyente la prueba de la regularidad de sus operaciones.

Por tanto, puede concluirse que las normas de la Ley 27/2014 relativas a los gastos financieros son correctas en relación con el ordenamiento comunitario. Cuestión distinta es que también lo sean con arreglo a los principios de la imposición (García Novoa 2016, capítulo IX). Cuatro objeciones cabe formular:

- El exceso de imposición, inherente al cómputo como ingreso en la entidad prestamista de los gastos financieros que rebasan el límite en la entidad prestataria.
- La sobrecarga, injustificada, a las entidades aisladas que padecen un endeudamiento excesivo o que obtienen un beneficio operativo reducido.
- La injerencia fiscal en las decisiones de financiación, quebrando así el principio de neutralidad.
- La concesión de posibilidades de asignación y de creación de gastos financieros intragrupo a los grandes grupos multinacionales con estructuras financieras consolidadas saneadas.

Las normas españolas están alineadas con las normas antisubcapitalización adoptadas por algunos Estados miembros en el curso de la respuesta a las sentencias del TJUE sobre la materia. En este sentido, tales sentencias no han contribuido a una mejora de la tributación sobre los beneficios de las personas jurídicas, pero no a causa de ellas, sino por la reacción, tal vez no muy meditada, de algunos legisladores nacionales. Sin embargo, ciertas modificaciones de las mismas podrían aliviar las tensiones enumeradas:

- Establecer el límite en función de la relación existente entre el endeudamiento consolidado y los activos consolidados.

- Excluir del límite a las entidades no incardinadas en grupos, sean internos o multinacionales.
- Ofrecer al contribuyente la prueba de la motivación económica o financiera válida en relación con un endeudamiento que rebasara el límite.

Estas técnicas se encuentran, en cierta forma, recogidas en la normativa alemana, y de ahí su diferencia con la española, a pesar de que las dos establecen un límite a la deducción de gastos financieros del 30 % sobre el resultado operativo (Fernández Antuña, 2013). La transposición de la Directiva 2016/1164 ofrece una oportunidad (Quintana Elena y Gómez Marín, 2019; López Ribas, 2016).

En fin, las normas relativas a la deducción de gastos financieros establecidas en la Ley 27/2014 no impedirán, en su caso, la aplicación de normas antiabuso de carácter general, a los efectos de frustrar la deducción de intereses concertados en operaciones irregulares.

2.3. Aportaciones no dinerarias especiales

El artículo 87.1 a) de la Ley 27/2014 supedita el diferimiento de las plusvalías puestas de manifiesto en las aportaciones no dinerarias especiales a que la entidad beneficiaria de la aportación sea residente en territorio español o que siendo no residente tenga un establecimiento permanente al que se afecten los activos aportados, entre los cuales pueden comprenderse las participaciones significativas (5 % o más sobre fondos propios). Con ello se trata de asegurar el derecho de imposición sobre las plusvalías, pero se discrimina en contra de las entidades beneficiarias de la aportación no residentes en territorio español, lo que podría chocar con el criterio vertido por el TJUE en XY (Sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto C-436/00 –NFJ013486–).

3. Impuesto sobre la renta de no residentes

Seguramente ha sido el IRNR el más afectado por el Derecho de la UE, tal y como ha sido interpretado por el TJUE, hasta el punto de que se ha llamado la atención sobre la amplia panoplia de excepciones y matices relativas a los residentes comunitarios, sugiriéndose la conveniencia de incluirlos en la esfera de los residentes (Ruiz Almendral, 2008), e incluso se ha postulado el repliegue generalizado de la tributación sobre la base del principio de territorialidad, que es el que presta legitimación a la imposición sobre los no residentes, en méritos del principio de residencia (Marín Benítez, 2007).

Seguidamente se comentan esas excepciones, en lo que atañe a las rentas del capital, atendiendo igualmente a los pronunciamientos de nuestros tribunales.

3.1. Retención sobre dividendos internos salientes

Al hilo de las sentencias del TJUE, los tribunales españoles han reconocido la exención por el IRNR de los dividendos pagados por entidades residentes a determinadas entidades no residentes, tales como los fondos de pensiones, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, las fundaciones y las compañías aseguradoras respecto de los contratos *unit linked*.

Además de exponer estos casos, es conveniente introducir el debate relativo a la pertinencia de establecer una exención por el IRNR, en relación con los dividendos que, caso de ser obtenidos por una entidad residente en territorio español, no sufrirían retención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.4 d) de la Ley 27/2014.

3.1.1. Retención a fondos de pensiones

Tres Sentencias de la AN de 31 de marzo de 2010 (recs. núms. 14/2007 –NFJ079439–, 15/2007 –NFJ037861– y 17/2007 –NFJ037865–), tras recordar la relación entre los ordenamientos interno y comunitario en el sentido de que el «principio de primacía del Derecho comunitario vincula tanto al legislador nacional que debe desechar todo derecho interno opuesto al acervo comunitario y vincula a los órganos judiciales y administrativos para los que debe prevalecer el ordenamiento comunitario en caso de conflicto con el ordenamiento nacional» concluyeron que «en definitiva, por el simple hecho de su residencia fiscal X sufre un tratamiento discriminatorio sobre la inversión de sus reservas en acciones de sociedades españolas, ya que el rendimiento que obtenga siempre será un 15 % inferior al que podrá conseguir un fondo de pensiones español que invierta en idénticos activos, de manera tal que» se deben «ignorar las previsiones de la Ley del IRNR y del Convenio de Doble Imposición suscrito entre España y los Países Bajos, pues aunque formalmente están en vigor a los efectos aquí controvertidos carecen de toda eficacia pues vulneran el principio de libre circulación de capitales contenido en el artículo 56 del Tratado CE».

Estas sentencias sirvieron de fundamento a sentencias posteriores de la AN. Así, en la Sentencia de 30 de mayo de 2019 (rec. núm. 534/2015 –NFJ074008–), sobre la base de los fundamentos jurídicos 5, 6 y 7 de la Sentencia de 31 de marzo de 2010 (rec. núm. 14/2007 –NFJ079439–), se desplegó un análisis de comparabilidad en relación con un fondo de pensiones constituido en los Países Bajos, cuyos puntos esenciales pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- Coincidencia de los objetivos del fondo de pensiones con los establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en la modalidad de sistema de empleo.

- Sujeción a los principios de «no discriminación de partícipes, capitalización de inversiones mediante sistemas financieros y actuariales, no revocabilidad de las aportaciones, atribución de los derechos a los partícipes y supervisión administrativa, principios recogidos a su vez en el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/92».
- Exención por el IS neerlandés.

Esta sentencia se hizo eco de la modificación legislativa, a la que seguidamente se hace referencia, a modo de confirmación de la irregularidad preexistente. En efecto, la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria (Ley 2/2010), añadió un supuesto de exención al artículo 14.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (TRLIRNR), letra k), la cual beneficia únicamente a los fondos de pensiones residentes en algún Estado miembro de la UE o del EEE cuando medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, pese a que las sentencias del TJUE habían enfocado el conflicto bajo el prisma de la libertad de movimiento de capitales, y lo propio han venido haciendo posteriormente las sentencias de la AN citadas y, en fin, se refiere a los dividendos, pero no a otro tipo de rentas, singularmente a los intereses, seguramente porque estos, en cuanto percibidos por residentes en Estados miembros, ya estaban exentos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR.

Más allá de esas cortedades, ha de destacarse que el nervio del precepto está en la equivalencia de los fondos de pensiones extranjeros en relación con los españoles, centrándose esa equivalencia en la naturaleza de los riesgos cubiertos y en el régimen fiscal del fondo de pensiones y de sus partícipes. Por tanto, no todo fondo de pensiones residente en un Estado miembro de la UE o del EEE tendrá derecho a la exención respecto de los dividendos internos salientes.

Así, no estarán exentos aquellos fondos que cubran riesgos distintos de los previstos en la Ley de planes y fondos de pensiones, ni los que, respecto de las contribuciones empresariales, concedan derecho de rescate, ni aquellos cuyos partícipes carezcan de un régimen fiscal basado en la tributación diferida de las cantidades aportadas o que no deban tributar sobre las rentabilidades acumuladas.

En suma, la exención se proyecta respecto de los dividendos externos salientes pagados a los fondos de pensiones que responden al esquema fiscal de reducción en base imponible de las cantidades aportadas, exención de las rentabilidades en sede del fondo de pensiones, y tributación íntegra de las prestaciones, ya que ese esquema es el que cumple con «la tributación efectiva de todas las aportaciones y contribuciones así como de la rentabilidad obtenida en el momento de la percepción de la prestación».

El precepto acierta en residenciar la exención en el principio de equivalencia. En efecto, la restricción a las libertades comunitarias, según jurisprudencia del TJUE, solo se perfecciona cuando las situaciones interna y externa sean comparables. Sin embargo, tal vez haya sido excesivamente riguroso en la concreción de los elementos determinantes de la equivalencia, en particular, por lo que se refiere al esquema fiscal.

3.1.2. Retención a instituciones de inversión colectiva

En la Resolución de 25 de octubre de 2012 (RG 2644/2009 –NFJ049148–), el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) constató la existencia de un trato diferente, y peor, de las instituciones de inversión colectiva comunitarias respecto de las españolas, por cuanto estas últimas, al tributar al 1 %, obtenían la devolución de las retenciones sobre dividendos en intereses, en tanto que las comunitarias no obtendrían la de las practicadas por el IRNR.

La resolución tomó nota de la sentencia del TJUE *Santander Assetts Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–) y, hallando una identidad de razón con el objeto controvertido, concluyó que la normativa comunitaria se oponía a ese trato distinto «siempre que, claro está, ambos fondos de inversión sean objetiva y subjetivamente comparables», de manera tal que, por aplicación de la libertad de movimiento de capitales, debía devolverse:

[...] el exceso entre las cantidades efectivamente retenidas...y la cuota íntegra que resulta de aplicar su tipo impositivo del 1 %... tras verificar la concurrencia de dos premisas fácticas: que el fondo de inversión residente en otro Estado miembro... cumple los mismos requisitos que se exigen a los fondos residentes para acceder al régimen fiscal especial...y cuál ha sido el importe de las cantidades efectivamente retenidas...

La resolución versó sobre hechos anteriores al establecimiento de la exención para estas rentas en el IRNR, mediante la incorporación, por la Ley 2/2010, de la letra l) al artículo 14.1 del TRLIRNR.

Se notará que la resolución pone énfasis en la situación comparable de los fondos de inversión extranjeros y españoles respecto de las rentas concernidas, en el caso dividendos, lo que exige que aquellos cumplan los requisitos que se exigen a estos para acceder al régimen fiscal especial, en particular el número de accionistas o partícipes no inferior a 100, entre otros.

En la misma línea se pronunció la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de 28 de marzo de 2016.

La Sentencia del TSJ de Madrid de 6 de abril de 2017 (rec. núm. 136/2017 –NFJ073106–) desestimó el recurso planteado, porque la entidad que había sufrido retención sobre los di-

videndos, aun cuando constituida en Irlanda y amparada por la normativa comunitaria sobre instituciones de inversión colectiva, no había acreditado que estuviera en una situación comparable con las instituciones de inversión colectiva españolas que disfrutaban de un régimen fiscal específico, en particular, según relato incorporado por la sentencia del TS, que seguidamente se comenta:

[...] la demandante no ha acreditado que tenga más de 100 partícipes, tampoco la tenencia del patrimonio o capital social mínimo exigido para las IICs residentes, ni el que se exige para los fondos de inversión de carácter financiero, 3.000.000 euros, con carácter general, ni tampoco el que se exige las SICAV de 2.400.000 euros; en definitiva, la reclamante no ha acreditado estar en situación de igualdad con las IICs españolas en los aspectos que resultan relevantes para el acceso al régimen fiscal especial que demanda.

Se trata, bien se ve, de un razonamiento fiel al análisis de comparabilidad, propio de las sentencias del TJUE.

La Sentencia del TS de 27 de marzo de 2019 (rec. núm. 5405/2017 –NFJ073061–) casó la sentencia precedente, por cuanto:

[...] a las OICVM no residentes no le[s] es de aplicación el régimen especial del impuesto sobre sociedades, puesto que no están sujetas al impuesto sobre sociedades, que por serle de aplicación a las OICVM residentes da lugar a la reducción en la tributación de aquellos rendimientos, lo que conlleva que el único medio que posibilita que se otorgue un trato no diferenciado restrictivo a las no residentes respecto de las residentes es considerar que se produce la vulneración del principio recogido en el art. 63 del TJUE, y solo una vez declarada su vulneración se podrán beneficiar las no residentes del mismo régimen tributario, pero por la vía de la devolución de lo indebidamente retenido, esto es, estamos ante una infracción originaria que existe por el hecho mismo de que en el IRNR la retención no sea propiamente tal, sino una forma *sui generis* de gestión tributaria, en tanto que lo denominado como retención no es un pago a cuenta pendiente de un ajuste posterior, sino el pago final de la cuota, sin posibilidad alguna de reembolso de lo excesivo, precisamente porque la ley no concibe en su diseño legal la posibilidad de exceso...

Esta argumentación apenas sí prestó atención al análisis de comparabilidad.

Ya en la Sentencia 935/2018, de 5 de junio (rec. núm. 634/2017 –NFJ070742–), el TS se había pronunciado, en el mismo sentido, de manera concluyente, indicando que:

[...] no es preciso ahondar, por consiguiente, en la existencia de una infracción del Derecho de la Unión Europea que luce con toda evidencia a resultados de la lectura

de las sentencias que hemos reseñado... Baste con considerar que la sociedad recurrente fue sometida a una retención en el IRNR, practicada por las respectivas sociedades pagadoras de los dividendos en los periodos consignados en los antecedentes de hecho, y que tal retención, en la mecánica del impuesto, es ya inamovible, esto es, supone en realidad la cuota tributaria. Tal modo de gestionar el impuesto implica la exigencia de un gravamen que, de un lado, supera al que sería finalmente procedente para la sociedad si fuera residente; y, de otro, impide al sujeto pasivo promover, en el seno del impuesto, la devolución de esa diferencia.

En su Sentencia de 5 de febrero de 2020 (rec. núm. 4275/2018 –NFJ079428–), el TS abundó en la argumentación precedente, indicando que:

[...] la Ley reguladora del IRNR no prevé mecanismos para el reintegro de los ingresos satisfechos en contravención del Derecho de la Unión Europea... no es la concreta situación de cada OICVM no residente la que justifica, en los términos del art. 65 del TFUE, la restricción, y que en algún caso particular pueda repararse la diferencia, sino que la justificación del trato fiscal diferenciado entre IICs residentes y no residentes debe contenerse en la propia normativa nacional, esto es, que la misma no sea contraria a la circulación de capitales... nos encontramos ante una infracción del Derecho de la Unión Europea originaria, que existe por el hecho mismo de que en el IRNR la retención no sea propiamente tal, sino una forma *sui generis* de gestión tributaria, en tanto que lo que se denomina «retención» no es un pago a cuenta pendiente de un ajuste posterior, sino el pago final de la cuota, sin posibilidad alguna de reembolso de lo excesivo, precisamente porque la ley no concibe en su diseño legal la posibilidad de exceso.

Así pues, el TS ha preterido el análisis de comparabilidad o, si se quiere, lo ha dado por supuesto, tratándose de fondos de inversión residentes en Estados miembros de la UE.

Las sentencias precedentes, y otras del mismo año⁷, versaron sobre dividendos internos salientes pagados a instituciones de inversión colectiva residentes en Estados miembros de la UE, con anterioridad a la entrada en vigor de la exención aprobada por la Ley 2/2010. Esta ley incorporó una nueva letra l) al artículo 14.1 del TRLIRNR, en cuya virtud tendrán derecho a la exención todas las instituciones de inversión colectiva residentes en

⁷ Sentencia del TS de 16 de octubre de 2019 (rec. núm. 1754/2018), casa Sentencia del TSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2018 (rec. núm. 142/2017). Sentencia del TS de 25 de mayo de 2019 (rec. núm. 3699/2017) casa Sentencia de la AN de 16 de marzo de 2017 (rec. núm. 166/2014). Sentencias de la AN de 6 de junio de 2019 (rec. núm. 48/2015); de 30 de julio de 2019 (rec. núm. 518/2015); de 5 de julio de 2019 (recs. núms. 702/2015 y 292/2015); de 30 de mayo de 2019 (rec. núm. 70/2015); de 27 de mayo de 2019 (rec. núm. 67/2015); de 20 de mayo de 2019 (rec. núm. 189/2015); de 9 de mayo de 2019 (rec. núm. 293/2015); de 3 de mayo de 2019 (rec. núm. 71/2015); de 7 de febrero de 2019 (recs. núms. 437/2015 y 447/2015) y de 12 de julio de 2018 (rec. núm. 289/2015).

algún Estado miembro, reguladas en la Directiva 2009/65, así como las residentes en algún Estado miembro del EEE que haya suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria.

Se notará que, a diferencia de la exención introducida por la propia Ley 2/2010 respecto de los fondos de pensiones, no se exige a los fondos de inversión residentes en algún Estado miembro que cumplan con los requisitos exigidos a las instituciones de inversión colectiva residentes en España, para disfrutar del régimen fiscal privilegiado. Basta con la sujeción a la Directiva 2009/65. De esta manera, el legislador de la Ley 2/2010 ha liberado del análisis de comparabilidad a las instituciones de inversión colectiva sujetas a la Directiva 2009/65.

La opción escogida por el legislador podrá tener el efecto de conceder la exención por el IRNR a ciertas instituciones de inversión colectiva residentes en algún Estado miembro de la UE que, caso de ser residentes en España, no tendrían derecho a la aplicación del tipo de gravamen del 1 %. Así, todas aquellas que no alcanzaren los 100 socios o partícipes.

El artículo 14.1 l) versa sobre las instituciones de inversión colectiva comunitarias. Una interpretación del mismo en sentido negativo propugnaría la sujeción sin exención por el IRNR de las instituciones de inversión colectiva extranjeras no comunitarias. Ahora bien, de acuerdo con las sentencias del TJUE sobre la materia, la libertad de movimiento de capitales podría obligar al reconocimiento de la exención, en cuanto se hallaren en una situación comparable a las instituciones de inversión colectiva residentes.

El Auto del TS de 27 de junio de 2018 (rec. núm. 3023/2018 –NFJ075579–) admitió a trámite el recurso de casación contra la Sentencia del TSJ de 26 de febrero de 2018 (rec. núm. 562/2017 –NFJ075580–), que negó la exención a una institución de inversión colectiva constituida en los Estados Unidos, destacando dos cuestiones de interés casacional objetivo, a saber:

[...] determinar si el análisis de comparabilidad... se debe realizar conforme a la legislación española de fuente interna sobre instituciones de inversión colectiva o conforme a la Directiva 2009/65/CE, y decidir si la cláusula de intercambio de información del convenio bilateral hispano-norteamericano era suficiente a los efectos de la valoración de las pruebas congruentes con el referido análisis.

El tribunal de instancia había centrado el análisis de comparabilidad en los requisitos que la legislación fiscal española exigía a las instituciones de inversión colectiva residentes para disfrutar del tipo especial reducido del 1 %, y consideró que «las pruebas aportadas por el Fondo de Inversión no acreditan que cumple con la normativa española en cuanto al número de partícipes y capital mínimo exigido».

El TS en la Sentencia de 13 de noviembre de 2019 (rec. núm. 3023/2018 –NFJ075576–), probablemente influido por sus sentencias anteriores, destacó que lo verdaderamente de-

cisivo era que «siguiendo la doctrina consolidada del TJUE, los fondos de inversión, en general los UCITS, residentes como no residentes han de recibir el mismo trato fiscal», de manera tal que «cuando no es así, y se conculca el art. 63 del TFUE, sin concurrir las excepciones del art. 65, tienen derecho a solicitar la devolución de la retención práctica[da] sobre los dividendos recibidos». Y, siguiendo esa línea argumental, respondió a la primera cuestión con interés casacional afirmando que:

[...] no basta con la simple denominación de fondo de inversión o similar del no residente, sino que debe verificarse que efectivamente el fondo de inversión no residente posee una naturaleza comparable con los fondos de inversión residentes o de otros Estados miembros... toda vez que la Directiva OICVM no se aplica a los fondos de inversión establecidos en países terceros, debido a que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, exigir que estos se regulen de manera idéntica en relación con los fondos de inversión residentes privaría de toda eficacia a la libertad de circulación de capitales»; esto es, no puede exigirse la identidad absoluta entre los fondos residentes regulados en la legislación española y los no residentes, no es posible exigir dicha identidad, sino que resulta suficiente que sean similares o equivalentes, encontrando los elementos configuradores que definen IICs en la Directiva 2009/65/CE...

De acuerdo con la doctrina precedente, que el TS reprodujo en la Sentencia de 14 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1344/2018 –NFJ076129–), una institución de inversión colectiva residente en un Estado tercero estará en situación comparable con una residente en territorio español cuando su régimen sustantivo se asemeje al previsto en la Directiva 2009/65 y, por consiguiente, deberá disfrutar de un tratamiento fiscal equivalente por virtud de la libertad de movimiento de capitales reconocida en el TFUE (Cámara Barroso 2020).

En este sentido, el régimen fiscal de los dividendos internos salientes percibidos tanto por las instituciones de inversión colectiva residentes en Estados miembros como por las residentes en Estados terceros converge en la Directiva 2009/65, sea por sujeción directa o por sujeción a un régimen sustantivo comparable. A tenor de las sentencias del TS, la situación comparable no depende de la posición de las instituciones de inversión colectiva extranjeras frente a un determinado régimen fiscal, sino frente a un régimen sustantivo, esto es, el que dimana de aquella directiva.

Tras el artículo 14.1 l) del TRLIRNR y las sentencias del TS se adivina una línea de pensamiento inacabada respecto del test de comparabilidad. Ciertamente, el primer peldaño de la comparación es que la institución de inversión colectiva foránea lo sea, esto es, que se halle sujeta a un régimen sustantivo específicamente concebido para este tipo de entidades. Pero hay un segundo peldaño que no se ha subido, a saber, que la institución de inversión colectiva no residente cumpla con los requisitos básicos que han de cumplir las instituciones de inversión colectiva residentes para disfrutar del régimen fiscal específico, los cuales, en cuanto puramente objetivos, esto es, 100 o más socios o partícipes y una de-

terminada cifra de capital mínima, son independientes del régimen sustantivo y, por tanto, pueden ser cumplidos cualquiera que fuere el mismo.

Ahora bien, tras la sentencia *Aktienfonds-Kohln* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), es posible que el TS deba reconsiderar su doctrina ya que, en el análisis de comparabilidad desplegado por el TJUE, los requisitos de carácter fiscal jugaron un papel decisivo. Así, cuando el régimen fiscal privilegiado de los fondos inversión residentes dependa de un conjunto de requisitos, deberá constatararse si concurren en el fondo de inversión extranjero, en el contexto del análisis de comparabilidad.

Ciertamente, en *Aberdeen* (Sentencia de 18 de junio de 2009, asunto C-303/07 –NFJ033565–), el TJUE apreció una restricción a la libertad de establecimiento por causa de la retención sobre los dividendos internos salientes (Finlandia) a favor de una SICAV luxemburguesa, por cuanto los dividendos internos estaban exentos con carácter general. No sucede así en España, donde los dividendos derivados de participaciones que no conceden un porcentaje de, al menos, el 5 %, o cuyo valor de adquisición no sea superior a 20 millones de euros, tributan plenamente. De esta manera, una institución de inversión colectiva constituida en España que no cumpliera con los requisitos para disfrutar del tipo de gravamen especial del 1 %, pasaría a tributar por el régimen general y, consecuentemente, debería integrar en su base imponible esos dividendos. Por la misma razón, un fondo de inversión extracomunitario no debería tener derecho a la exención por el IRNR si no reuniera esos requisitos.

La AN, en su Sentencia de 9 de julio de 2020 (rec. núm. 198/2017 –NFJ078918–), tras reconocer que *Aktienfonds-Kohln* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), establece el análisis de comparación sobre la base de los requisitos previstos en la legislación fiscal sin que la sujeción a la Directiva 2009/65 juegue papel alguno, concluye que:

[...] no es ese el camino seguido por nuestro TS que, al realizar la comparabilidad, lo hace con los criterios contenidos en las Directivas. La cuestión es relevante pues las Directivas no exigen un número mínimo de partícipes. En nuestra opinión, la razón del dictamen de nuestro Alto Tribunal se encuentra, como hemos dicho, en que nuestro legislador al reformar la LIRNR entendió que, para obtener el beneficio, bastaba con cumplir, como hemos visto, los requisitos contenidos en tales Directivas.

Y finaliza diciendo que:

[...] por otra parte, si se considera suficiente, a efectos de obtención del beneficio, con cumplir los requisitos de la Directiva y el art 63 del TFUE prohíbe «las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países», tampoco tiene sentido no aplicar el mismo criterio a las entidades residentes en países terceros, por lo que la comparabilidad debería realizarse en los mismos términos, es decir, deberá analizarse, en este caso, si la IIC de EEUU, cumple con los requisitos exigidos por la Directiva.

Los dos argumentos de la sentencia son de peso. Sin embargo, respecto del primero, cabe decir que, hasta el momento, el TS no se había pronunciado respecto del análisis de comparabilidad considerando la sentencia *Aktienfonds-Kohl* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–) y respecto del segundo que subyace al mismo el criterio de nación más favorecida que, como se ha visto, ha sido descartado por el propio TJUE, de manera tal que lo pertinente no es dar un trato igual a las instituciones de inversión colectiva europeas y extraeuropeas sino no dar un trato peor a las instituciones de inversión colectiva europeas y extraeuropeas respecto de las españolas cuando aquellas y estas sean comparables por estar sujetas a un régimen sustantivo y fiscal similar.

Con todo, por decirlo con palabras llanas, el partido no se jugaba en sede del análisis de comparabilidad, pues la institución de inversión colectiva extranjera, en el caso norteamericano, al parecer tenía más de 100 socios o partícipes y un patrimonio superior a 3.000 millones de euros, por más que las pruebas aportadas al efecto fueran consideradas insuficientes en vía administrativa. El partido se jugaba en el campo del poder neutralizador de la restricción de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, en el caso el hispano-norteamericano. Y así será en la generalidad de los casos.

Empezaba ese partido con mal augurio para la Administración tributaria, por cuanto la sentencia advirtió que «en varios recursos en los que el planteamiento es idéntico, la Administración, a la que hay que suponer, como hemos dicho, una posición guiada por la coherencia, ha presentado escritos de allanamiento».

La sentencia de la AN, básicamente en consideración a *Amurta* (Sentencia de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05 –NFJ026644–), aceptó el efecto neutralizador de la restricción por aplicación de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, pero indicó que «el TEAC en ningún momento afirma que la entidad reclamante o sus socios hayan deducido de la cuota la cantidad correspondiente al impuesto retenido en España». De esta manera, el conflicto se planteaba en relación con la parte a la que incumbía la carga de la prueba, siendo el hecho a probar que bien la institución de inversión colectiva o sus socios o partícipes habían hecho efectivo un crédito fiscal equivalente a la retención por el IRNR.

A este respecto la AN afirmó que:

[...] en nuestra opinión, la carga de la prueba, como en el fondo admiten el TEAC y la Abogacía del Estado, correspondía a la Administración, pues estamos ante un «hecho excluyente». Con dicha expresión se hace referencia a aquellos casos en los habiéndose acreditado los hechos que permiten la aplicación de una norma –en nuestro caso la existencia de discriminación–, el perjudicado por su aplicación pretende acreditar hechos que «excluyen» o neutralizan sus efectos, siendo la carga de aportarlos de quien pretende la exclusión. Sin que la Administración desplegara al efecto actividad alguna... En el caso de autos, no consta que la Ad-

ministración requiriese expresamente a la entidad demandante para que aportase documentación relativa a la tributación soportada en el país de residencia –otra cosa podríamos acordar de no haber atendido al requerimiento–; y tampoco consta que la Administración hiciese uso de las facultades de información que le ofrecía el Convenio... además, tal y como se infiere de los informes aportados es altamente probable que la entidad demandante no haya podido acogerse al crédito fiscal al que se refiere la Abogacía del Estado. Como la Abogacía es consciente de dicho extremo afirma que, en tal caso, debería acreditarse la tributación soportada por los partícipes o socios. Ahora bien, exigir esta prueba a la demandante no estaría amparado por el criterio de la facilidad probatoria, pues esta información se encuentra fuera de su alcance. No puede pretenderse que la demandante acredite como han tributado sus partícipes o socios y se ha disfrutado y hecho efectivo un crédito fiscal que neutralice la discriminación...

En suma, la sentencia recibe el principio de neutralización de la restricción por causa de la aplicación de un convenio para evitar la doble imposición, pero exige que la Administración tributaria pruebe que, ya sea la institución de inversión colectiva o sus socios o partícipes, hayan hecho efectivo un crédito fiscal correlativo a la retención por el IRNR.

Bien se comprende que el carácter vehicular de la institución de inversión colectiva, esto es, en cuanto instrumento de la inversión de los capitales aportados por sus socios o partícipes que, obsérvese bien, está presente en la argumentación de la AN, en cuanto admite que la acreditación de la efectividad del crédito fiscal verse también respecto de «la tributación soportada por los partícipes o socios», determinará que, en no pocas ocasiones, dependiendo de la contextura del sistema fiscal extranjero, la prueba de la efectividad del crédito fiscal deba proyectarse sobre estos últimos. Prueba difícil, por no decir imposible, si se lleva al extremo de exigir la acreditación de tal efectividad en sede de todos y cada uno de los socios o partícipes, por más que no pueda afirmarse que a ella aboca inexorablemente la sentencia de la AN. Y fue en este punto donde el voto particular arrojó nuevas perspectivas.

El voto particular observó que en el expediente constaba «un informe de la Consejería de Finanzas en EEUU, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el que se recoge el régimen fiscal en cuanto a las deducciones aplicables a las RICs por doble imposición internacional, probando, así, el Derecho extranjero aplicable», y que del mismo se deducía que las instituciones de inversión colectiva norteamericanas tributan sobre la totalidad de sus beneficios a los tipos de gravamen de la imposición sobre los beneficios, pero también que podían reducir su base imponible por razón de los dividendos distribuidos a sus socios o partícipes. No constaba en el expediente la tributación a la que se sometían los socios o partícipes.

Pues bien, sobre la base de la prueba del derecho extranjero, realizada a través del informe referido, que no fue combatido por la representación procesal de la demandante, el voto particular concluyó que:

[...] las RICs [institución de inversión colectiva norteamericanas] se encuentran sometidas a un tipo impositivo que permite la deducción del gravamen impuesto en España, neutralizando así la carga tributaria. Ello no es negado por la recurrente y la demandada prueba los tipos impositivos para el 2007 sin que conste alteración de los mismos respecto de los ejercicios que nos ocupan. La regla general es que las RICs no pueden deducirse como gasto los dividendos no repartidos a los partícipes y los repartidos a los partícipes en el fondo, solo pueden deducirse como gastos, cumpliendo una serie de requisitos. Si no cabe la deducción de dividendos como gastos, quedan gravados a los tipos del 15 % al 38 %, y, por ello, es evidente que puede aplicarse la deducción por doble imposición internacional garantizada por el Convenio, ya que la carga fiscal en EEUU es suficiente para ello. En tal caso se consigue la neutralización de la carga tributaria dado los tipos aplicables en EEUU a las rentas de las RICs. En el supuesto de que la RIC cumpla los requisitos para deducir como gastos los dividendos pagados a los partícipes en el fondo de inversión, se plantea el siguiente problema: En el caso de que la deducción venga referida al dividendo bruto repartido (elevando al íntegro el dividendo) entonces la deducción del gasto incluye el impuesto pagado en España, por lo que se obtiene la neutralización de la carga tributaria. Si la deducción del gasto por reparto de dividendo viene referida al neto (no se produce elevación al íntegro), entonces no opera la neutralización de la carga tributaria. Esta cuestión no queda clara por la prueba practicada.

El voto particular despliega un análisis basado en la contextura del sistema fiscal norteamericano puesto en relación con el convenio para evitar la doble imposición hispano-norteamericano, según el cual la neutralización se produce como regla general, excepto si se distribuyen dividendos y la base imponible de la institución de inversión colectiva se minorara en el importe neto de aquellos. Así las cosas, la carga de la prueba se desplaza hacia el contribuyente, quien «debe acreditar que se encuentra en el supuesto excepcional en que puede deducirse el gasto en concepto de dividendos repartidos, y que esa deducción en su configuración, le impide neutralizar la carga tributaria».

Lo relevante de la sentencia de la AN es la recepción del principio de neutralización de la restricción a través del convenio bilateral para eliminar la doble imposición. Lo relevante del voto particular es que sugiere un camino probatorio que distribuiría la carga de la prueba de la siguiente manera:

- Corresponde a la Administración tributaria probar que, con arreglo a legislación fiscal extranjera y al método para eliminar la doble imposición previsto en el convenio para evitar la doble imposición aplicable, la institución de inversión colectiva o sus partícipes tienen derecho a hacer efectivo un crédito fiscal equivalente a la retención por el IRNR. No basta, pues, que el convenio reconozca un crédito de impuesto, sino que se precisa que la forma en cómo tribute la institución de inversión colectiva o sus socios o partícipes permita, en principio, su aprovechamiento.

- Corresponde al contribuyente probar que, pese a estar reconocido por el convenio para evitar la doble imposición un crédito fiscal respecto de la retención por el IRNR, no ha podido ser aprovechado.

Puesto que el convenio hispano-norteamericano habilita a la jurisdicción fiscal de la fuente, en el caso España, a retener sobre el dividendo pagado por entidades residentes, y obliga a la jurisdicción fiscal de la residencia, en el caso los Estados Unidos, a conceder un crédito fiscal hasta el importe de la cuota íntegra generado por el dividendo, lo lógico es entender que ese crédito fiscal podrá hacerse efectivo en la generalidad de los casos. Por tanto, una descripción relativa a la contextura de la legislación fiscal extranjera respecto del tratamiento de los fondos de inversión y de sus socios o partícipes debería ser suficiente para probar, en su caso, la efectividad del crédito fiscal. En términos generales, ese ejercicio concluirá en una prueba de la efectividad del crédito fiscal, entre otros, en los siguientes casos:

- El fondo de inversión tributa sobre los dividendos de fuente extranjera a un tipo de gravamen superior al de la retención.
- El fondo de inversión tributa en régimen de atribución o transparencia y transfiere el crédito fiscal a sus socios o partícipes.
- El fondo de inversión está exento por la parte de los beneficios distribuidos, obligatoria o facultativamente, a sus socios o partícipes y les transfiere el crédito fiscal.
- El fondo de inversión está exento y sus socios o partícipes tributan con ocasión de la transmisión o reembolso de la participación, pudiendo ejercitar el crédito fiscal.

Cuando el fondo de inversión no tributa y no está prevista la transferencia del crédito fiscal a sus socios o partícipes, también se produce un aprovechamiento parcial del mismo en la medida en que la retención reduce el importe del dividendo gravable en sede de su perceptor o, dicho de otra manera, el aprovechamiento del crédito fiscal se produce en base imponible antes que en la cuota. Por esta razón si, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales, hubiera de devolverse la retención por el IRNR, esa devolución nunca debería abarcar su total importe, sino aquel necesario para producir un efecto equivalente al aprovechamiento pleno del crédito fiscal⁸.

⁸ **Ejemplo 1:**

En la columna de la izquierda la tributación con retención por el IRNR, y en la de la derecha la tributación sin retención por el IRNR.

Tributación en la fuente.

| | | |
|------------------------|-----|-----|
| Dividendo pagado bruto | 100 | 100 |
| Retención IRNR | 15 | 0 |
| Dividendo neto | 85 | 100 |

Tributación en la residencia.

Caso 1. El fondo de inversión tributa en atribución. Se reconoce el crédito fiscal al socio o partícipe, el cual tributa al 40 %.

| | | |
|--------------------------------------|--------------------|---------------|
| Cuota íntegra del socio o partícipe | 40 (85 + 15/40 %) | 40 (100/40 %) |
| Crédito fiscal | 15 | 0 |
| Cuota a pagar del inversor colectivo | 25 | 40 |
| Renta neta | 60 (100 – 15 – 25) | 60 (100 – 40) |

Comentario: Los ingresos fiscales se distribuyen entre la jurisdicción fiscal de la fuente (España) y la jurisdicción fiscal de la residencia (EE. UU.) de acuerdo con el convenio hispano-norteamericano; la doble imposición queda eliminada y no existe restricción a la libertad de movimiento de capitales. En la columna de la derecha todos los ingresos fiscales los capta la jurisdicción fiscal de la residencia (EE. UU.), incumpléndose el convenio; no hay doble imposición ni restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Caso 2. El fondo de inversión tributa al 21 %. Se reconoce el crédito fiscal al fondo de inversión. Los socios o accionistas no tributan sobre los dividendos distribuidos por el fondo de inversión.

| | | |
|---|-------------------|---------------|
| Cuota íntegra del fondo de inversión | 21 (85 + 15/21 %) | 21 |
| Crédito fiscal | 15 | 0 |
| Cuota a pagar por el fondo de inversión | 6 | 21 |
| Renta neta | 79 (100 – 15 – 6) | 79 (100 – 21) |

Comentario: Los ingresos fiscales se distribuyen entre la jurisdicción fiscal de la fuente (España) y la jurisdicción fiscal de la residencia (EE. UU.) de acuerdo con el convenio hispano-norteamericano; la doble imposición queda eliminada; no existe restricción a la libertad de movimiento de capitales; los socios o accionistas no padecen doble imposición interna. En la columna de la derecha todos los ingresos fiscales los capta la jurisdicción fiscal de la residencia (EE. UU.), incumpléndose el convenio; no hay doble imposición ni restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Caso 3. El fondo de inversión tributa, pero está exento. Los socios o accionistas tributan sobre los dividendos distribuidos al 40 %. No se reconoce crédito fiscal ni al fondo de inversión ni a los socios o partícipes.

| | | |
|---|--------------------|---------------|
| Cuota íntegra del fondo de inversión | 0 | 0 |
| Crédito fiscal | 0 | 0 |
| Cuota a pagar por el fondo de inversión | 0 | 0 |
| Renta neta | 85 (100 – 15) | 100 (100 – 0) |
| Cuota íntegra del socio o partícipe | 34 (85 + 0/40 %) | 40 (100/40 %) |
| Crédito fiscal | 0 | 0 |
| Cuota a pagar del inversor colectivo | 34 | 40 |
| Renta neta | 51 (100 – 15 – 34) | 60 |

Comentario: Los ingresos fiscales se distribuyen entre la jurisdicción fiscal de la fuente (España) y la jurisdicción fiscal de la residencia (EE. UU.) de acuerdo con el convenio hispano-norteamericano. Los socios o accionistas padecen doble imposición internacional, pero no por la totalidad de la retención por el IRNR

Con independencia de la observación precedente relativa al aprovechamiento en la base imponible del crédito fiscal, sin duda relevante pero de difícil concreción práctica, y de los problemas asociados a la práctica de la prueba, campo fértil para el arte de la confrontación, puede observarse que el efecto de las sentencias del TJUE tal y como, hasta el momento, han sido interpretadas por el TS y la AN, ha consistido en eliminar la retención por el IRNR cuando la legislación fiscal del país de la residencia del fondo de inversión no permite hacer efectivo el crédito fiscal previsto en el correspondiente convenio para evitar la doble imposición. De esta manera, la ineficiencia del régimen fiscal extranjero respecto de la efectividad del crédito fiscal puesta en relación con la libertad de movimiento de capitales perturba la retención por el IRNR, la cual se halla amparada por el convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

Pudiera pensarse que la sentencia de la AN ha puesto fin al conflicto conocido como de «los fondos de inversión norteamericanos», de manera tal que lo apropiado sería el allanamiento de la Administración tributaria pero, si bien se mira, lo que la sentencia indica es que la defensa de la retención por el IRNR sobre la base del principio de la neutralización mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, siendo correcta en sí misma, requiere un mayor esfuerzo probatorio en relación con la efectividad del crédito fiscal. Mediando la efectividad del crédito fiscal, la retención por el IRNR, dentro del límite previsto en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición correspondiente, no es irregular frente al Derecho de la UE, debiendo destacarse que la sentencia parece sugerir que tal efectividad podría buscarse incluso en sede de los socios o partícipes. El voto particular, simplemente, alivia la carga de la prueba que corresponde a la Administración tributaria, sugiriendo un camino basado en la prueba del derecho extranjero.

3.1.3. Retención a entidades aseguradoras

La Sentencia del TS de 5 de junio de 2018 (rec. núm. 634/2017 –NFJ070742–) versó sobre la determinación del día inicial a los efectos de calcular el importe de los intereses correspondientes a la devolución de una retención sufrida por una entidad aseguradora no residente sobre los dividendos de acciones afectas a la materialización de las provisiones técnicas. La devolución había sido reconocida en vía administrativa por causa de caducidad, pero tanto la sentencia recurrida como la que se comenta entraron en la pertinencia de

sino por la diferencia entre ese importe total de la retención y el resultado de aplicar al mismo el tipo de gravamen $[(15 - 15/40\%) = 9]$. Esta doble imposición la crea la jurisdicción fiscal de la residencia. En consecuencia, si la restricción a la libertad de movimiento de capitales finalmente, de acuerdo con las sentencias de los tribunales de justicia, determinan la devolución por el IRNR, el importe de la misma debiera limitarse a lo necesario para eliminar la doble imposición. De esta manera, la renta neta del inversor sería: $60 (100 - 15 + 9 - 34)$. La renta del inversor colectivo también sería 60 si se devolviera la total retención, esto es, 15 y la jurisdicción fiscal de la residencia gravara ese importe $(15/40\% = 6)$. Pero si se devolviera 15 y no se gravara ese importe la renta del inversor colectivo sería 66 $(100 - 15 - 34 + 15)$.

Se observará que el parámetro de control, en todos los casos, es la renta neta.

la devolución. Las dos observaron que las entidades aseguradoras residentes obtendrían la devolución de la retención practicada, o su compensación total, en la medida en que la dotación a la provisión técnica era un gasto fiscalmente deducible, y concluyeron que era obligado dar un tratamiento equivalente a las entidades aseguradoras residentes en otro Estado miembro, de manera tal que:

[...] la infracción del Derecho de la Unión Europea, cuya existencia no pone la Administración en tela de juicio, obliga a una reparación íntegra por la pérdida de disponibilidad del dinero ocasionada por la exacción de un tributo contrario al Derecho de la Unión, que le deje indemne y, a un tiempo, no provoque un enriquecimiento injusto de la Administración si solo reconoce el pago de los intereses moratorios a partir de una fecha posterior a aquella en que se satisfizo el tributo... Finalmente, cabe añadir que la infracción al Derecho de la Unión Europea es en este caso originaria, no sobrevenida, tal como sostiene la sentencia de instancia como base de su estimación parcial y deriva de lo declarado por el TJUE de 17 de septiembre de 2015 en los asuntos acumulados C-10/14, C-14/14 y C-17/14 (Miljoen).

La Sentencia del TS de 10 de abril de 2019 (rec. núm. 2994/2017 –NFJ079430–) se pronunció en términos similares, indicando que:

[...] como culminación de cuanto hemos expuesto, debemos afirmar que la vulneración del Derecho de la Unión Europea es aquí de doble signo: de un lado, en su aspecto material, porque las sociedades no residentes receptoras de dividendos de empresas residentes son discriminatoriamente tratadas en relación con esas mismas empresas si fueran residentes, como consecuencia de que la base imponible del impuesto real se calcula en las primeras sobre el importe íntegro (artículos 23 de la Ley 41/1998 y 24 del Texto Refundido de 2004), sin posibilidad alguna de deducir los gastos o provisiones y, además, por razón de que la ley española a que se someten por obligación real tales rendimientos no prevé mecanismos específicos de recuperación de los ingresos excesivos.

La Sentencia de la AN de 20 de septiembre de 2018 (rec. núm. 154/2015 –NFJ079437–), resolvió, como no podía ser de otra manera, en la misma línea, siendo destacable la alusión a la función de las provisiones técnicas en el seguro *unit linked*, de manera tal que:

[...] esta Sala como diligencia final, solicitó al Ministerio de Economía y Competitividad (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones) que informase sobre si una compañía de seguros española que comercializase los denominados seguros «unit linked», que invirtiese las primas de dichos seguros en acciones de sociedades residentes en España y que sufriese una retención en los dividendos pagados por estas últimas, estaba facultada/obligada a dotar las provisiones técnicas y cuál era el criterio aplicado por la Administración en los periodos 2002 a 2006. El Minis-

terio de Economía y Competitividad contestó que: «Las provisiones técnicas deben reflejar los compromisos del asegurador con el asegurado, lo que se determinará en función de los activos específicamente afectos o de los índices o activos que se hayan fijado como referencia para determinar el valor económico de sus derechos según el art. 37 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el RD 2486/1998, de 20 de noviembre. Por tanto, la determinación del importe de la provisión técnica se realizará conforme al contrato suscrito con el tomador. Si del citado contrato se infiere que la valoración de los derechos económicos del tomador, incluye la variación de valor y los rendimientos económicos de las acciones, la compañía debe incluir el valor íntegro de dichos rendimientos en el valor de la provisión técnica». Por lo tanto, según informa el Ministerio de Economía y Competitividad, el importe que se tiene en cuenta para dotar la provisión es el importe bruto del dividendo (incluyendo el importe de las retenciones).

En términos similares, la Sentencia de la AN de 20 de septiembre de 2018 (rec. núm. 174/2015).

Tanto las sentencias de la AN como las del TS apreciaron una discriminación prohibida por el Derecho de la UE, por cuanto las provisiones técnicas asociadas al contrato de seguro *unit linked* procurarían la devolución, o la compensación, de la retención a las entidades residentes, en tanto que las entidades aseguradoras no residentes sufrirían una retención por el IRNR sobre el importe bruto del dividendo. Procedía, pues, la devolución de las retenciones.

El TS fijó la fecha de inicio del devengo de los intereses en el momento en que se practicaron las retenciones, en tanto que la Sentencia de la AN de 28 de octubre de 2016 (rec. núm. 13/2013 –NFJ064711–) lo hizo en el momento de presentación de la solicitud de devolución. Ninguna de las dos dio satisfacción al principio de igualdad de trato, puesto que las entidades aseguradoras residentes obtienen la devolución, o la compensación, dentro de los seis meses siguientes al término del plazo para la presentación de la declaración por el IS.

Todas las sentencias comentadas se refieren a dividendos internos salientes pagados antes de que la Ley 2/2010 hubiera añadido al artículo 24 del TRLIRNR un nuevo apartado, numerado 6, posteriormente modificado por la Ley 26/2014, en cuya virtud, para determinar la base imponible, podrán deducirse los gastos que estén «relacionados directamente con los rendimientos obtenidos en España» y que tengan «un vínculo económico directo e indisoluble con la actividad realizada en España», si bien la retención se practicará sobre el importe íntegro del dividendo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31.2 del TRLIRNR, y el obligado tributario podrá obtener la devolución mediante la pertinente declaración, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del TRLIRNR.

El artículo 24.6 del TRLIRNR versa sobre las rentas pagadas a los contribuyentes residentes en otro Estado miembro de la UE o del EEE siempre que exista un efectivo intercambio de información tributaria, tal vez porque el sustrato del mismo sea la realización de

una actividad económica y, por tanto, la libertad comunitaria afectada sea la de establecimiento o la de prestación de servicios.

El problema, bien se comprende, consiste en determinar, de una parte, si los dividendos internos salientes percibidos por las entidades aseguradoras constituyen ingreso de la actividad aseguradora desarrollada en España, y de otra, si las provisiones técnicas están directa e indisolublemente ligadas a esos dividendos.

La doctrina que se desprende de las sentencias evocadas parece dar una respuesta positiva, en relación con el contrato de seguro *unit linked*. En este contrato, la compañía de seguros recibe unas primas que aplica a la adquisición de activos financieros que, junto con sus rendimientos, constituirán un capital que será entregado al tomador del seguro, llegado el vencimiento. Puesto que la variación de valor de los activos financieros es asumida por el tomador del seguro, sobre él recae el riesgo. Se trata, bien se ve, de un contrato que practican las compañías de seguros, pero que no implica la asunción de un riesgo por parte de las mismas.

Se notará que, si el inversor individual no residente hubiera acudido directamente al mercado financiero, la retención sobre los dividendos no sería discutida a la luz del Derecho de la UE, por cuanto los inversores individuales residentes la sufren y están sujetos a tributación sobre los mismos. Sin embargo, si acude a ese mercado a través de un contrato de seguro *unit linked*, esa retención sí será combatida. Esto no parece correcto. Cuestión diferente es la forma en la que esta irregularidad debe ser resuelta, lo que depende, en gran parte, de la forma en como el conflicto se plantee.

En las sentencias aludidas, el conflicto se planteó en términos de discriminación frente al Derecho de la UE. Sin embargo, faltó en ese planteamiento el análisis previo de la causa del contrato de seguro *unit linked*. Entendiendo por causa del contrato el efecto práctico que las partes persigan (Castro y Bravo, 1985, parte III, capítulo primero, p. 191), se puede atisbar que para la compañía de seguros es obtener un lucro derivado, no de la cobertura de un riesgo, sino de la administración de los capitales recibidos y que, correlativamente, para el tomador del seguro, es realizar una inversión financiera administrada por la compañía de seguros, bajo las directrices que él mismo impartirá. De acuerdo con esta causa, ni los capitales recibidos ni sus rendimientos forman parte del patrimonio de la compañía de seguros. Las provisiones técnicas no son sino la expresión contable de esa realidad contractual y su reconocimiento fiscal la consecuencia necesaria. Bajo este análisis, aun cuando la retención sobre los dividendos, u otros rendimientos de los capitales afectos al contrato *unit linked* se practique formalmente a la compañía aseguradora, sustancialmente recae sobre los inversores individuales. No habría lugar, pues, a la alegación de discriminación, por cuanto los inversores individuales también sufren retención y tributan por los dividendos y otros rendimientos recibidos. Más todavía, los inversores residentes que operan a través de contratos *unit linked* también están sujetos a tributación, si bien diferida al momento del vencimiento del contrato, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos.

Los razonamientos precedentes también podrían proyectarse respecto de las instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones, por cuanto, en efecto, esas instituciones financieras se limitan a administrar unos capitales en beneficio de sus socios o partícipes. Sin embargo, ni el TJUE ni los tribunales nacionales han abundado en los mismos.

3.1.4. Retención a fundaciones

La Sentencia de la AN de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 456/2011 –NFJ059853–) reconoció el derecho a la exención por el IRNR, respecto de una plusvalía inmobiliaria obtenida por una fundación no residente (Alemania), por cuanto:

[...] la Sala no alberga duda alguna de que la entidad demandante ha demostrado cumplidamente la concurrencia de los requisitos exigidos en los artículos 2 y 3 de la Ley 49/2002, lo que la sitúa en una posición jurídica que no permite un trato fiscal diferente del que correspondería a una entidad de utilidad pública sin fines lucrativos residente en España, la cual, conforme a lo previsto en el artículo 6.3.º de la Ley 49/2002, tendría derecho a la exención de la renta derivada de la enajenación del inmueble. Por ello, puede afirmarse que, a los efectos de este recurso, la demandante se encuentra jurídicamente en una «situación comparable» a la de las entidades sin fines lucrativos declaradas de utilidad pública residentes en España y ello, conforme a la doctrina del TJUE [sentencias de 6 de octubre de 2009 (C-153/08), de 27 de enero de 2009 (C-318/07), de 13 de marzo de 2008 (C-248/06) y de 14 de septiembre de 2006 (C-386/04)], determina que la aplicación por la Administración de un trato fiscal desfavorable respecto de la demandante incide en una discriminación que no ha sido justificada.

Aun cuando la sentencia versó sobre una plusvalía inmobiliaria, su argumentación puede también predicarse respecto de las rentas del capital, en particular dividendos e intereses, que por aplicación de los beneficios fiscales previstos en el artículo 6 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (Ley 49/2002), disfrutaban de exención.

Lo que llama la atención de la sentencia, puesta en comparación con las del TS relativas a los fondos de inversión, es el cuidadoso empeño en la constatación de que la situación de la fundación no residente es comparable a aquella de la fundación residente. No bastó, por tanto, que la entidad extranjera tuviera una base fundacional sino que fue preciso que cumpliera con todos y cada uno de los requisitos que el artículo 3 de la Ley 49/2002 exige para calificar a una fundación como entidad sin fines lucrativos, ya que es esta calificación la que abre la puerta a las ventajas fiscales. Solo en tal caso la fundación extranjera se hallaría en situación comparable con las fundaciones residentes y, por tanto, merecedora de la exención reclamada al amparo del principio de no discriminación.

La Sentencia del TSJ de Madrid de 17 de febrero de 2015 (rec. núm. 1843/2012 –NFJ079431–), tomando como referencia la sentencia del TJUE *Musicología* (Sentencia de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04 –NFJ024303–), entendió que había de devolverse la retención sobre dividendos internos salientes soportada por una fundación no residente (Suecia), por cuanto su situación era comparable a la de las fundaciones residentes y estas no soportaban esa retención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 49/2002:

[...] lo que comporta la inaplicación de la Ley del IRNR y del Convenio suscrito entre España y Suecia para evitar la doble imposición, pues reconocida la exención por la supremacía del Derecho comunitario no resulta aplicable el mecanismo previsto en dicho Convenio para reducir el nivel de imposición para el no residente,

De manera tal que resulta

[...] procedente estimar el presente recurso y reconocer a la entidad actora la exención fiscal reclamada, con la devolución de la retención practicada más el interés de demora desde la fecha en que se realizó el ingreso indebido, conforme al artículo 32.2 de la Ley 58/2003, General Tributaria,

por más que sus actividades no se desarrollaran en absoluto en España.

Musicología (Sentencia de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04 –NFJ024303–), referida a arrendamientos de inmuebles, aplicó la libertad de movimiento de capitales, de manera tal que las fundaciones extracomunitarias también estarán amparadas por los criterios establecidos en la misma.

La sentencia fijó el inicio de cálculo de los intereses a partir del ingreso de la retención practicada, lo que parece pertinente desde el punto de vista de la neutralización del efecto financiero de la retención. Sin embargo, la retención se practicó correctamente pues la exención de la renta percibida por la fundación no residente y, por ende, la no sujeción a retención, estaba supeditada a la realización del análisis de comparabilidad, el cual debía realizarse en el curso de un procedimiento administrativo que podría concluir, o no, con la declaración del derecho a la devolución.

Al igual que acontece en relación con los fondos de pensiones y las instituciones de inversión colectiva, se hace necesaria una modificación del TRLIRNR en sintonía con los requerimientos del Derecho de la UE (Cívico Maldonado y Abad Gurumeta, 2017).

3.1.5. Retención sobre dividendos de participaciones significativas

El artículo 14.1 h) del TRLIRNR establece la exención de los dividendos internos salientes afectados por la Directiva 2011/96, la cual se proyecta, exclusivamente, respecto de

las entidades residentes en algún Estado miembro de la UE o del EEE, en las condiciones que en el mismo se establecen, entre ellas la de participar, al menos, en el 5 % o bien que el valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros. Los dividendos internos derivados de participaciones en las que concurren alguno de esos dos guarismos están exentos, en cuanto percibidos por entidades residentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 27/2014, y no soportan retención, a tenor del artículo 128.4 d) de la citada ley.

El porcentaje del 5 % puede ser suficiente para entender que la participación permita ejercer una influencia en las actividades de la entidad participada y, por tanto, que la inversión financiera sería merecedora del amparo de la libertad de establecimiento, pero no de la libertad de movimiento de capitales, de manera tal que la exención del artículo 14.1 h) del TRLIRNR cubriría, razonablemente, las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento, a la par que cumple con la Directiva 2011/96, como se ha indicado. El valor de adquisición superior a 20 millones de euros, tratándose de compañías grandes o medianas, no comportará, necesariamente, aquel tipo de influencia. Por tanto, la inversión financiera sería merecedora del amparo de la libertad de movimiento de capitales. Sin embargo, los dividendos internos salientes estarán sujetos a retención cuando la entidad perceptora resida en un Estado tercero, mientras que los dividendos internos no lo estarán y, además, disfrutarán de exención. Se amaga así el espectro de la restricción a la libertad de movimiento de capitales, en relación con los dividendos internos salientes pagados a entidades residentes en Estados terceros (exceptuados los del EEE).

Ciertamente, el preámbulo de la Ley 27/2014 indica que «la presente ley incorpora un régimen de exención general para participaciones significativas, aplicable tanto en el ámbito interno como en el internacional», pero esa calificación de la participación como significativa no es inexorable que conlleve, sin más, la influencia en las actividades de la entidad participada, que es lo que configura el ejercicio de la libertad de establecimiento. Este punto es clave. Si toda participación significativa, en el sentido de la Ley 27/2014, acarrea una influencia significativa en el sentido de las sentencias del TJUE, la fiscalidad de los dividendos relativos a aquellas cuyo valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros, habrá de ser enfocada desde la perspectiva de la libertad de establecimiento y, por tanto, se halla suficientemente regulada en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR, pero, si no es así, el enfoque pertinente será el de la libertad de movimiento de capitales, la cual podría oponerse a la retención por el IRNR respecto de los dividendos internos salientes percibidos por entidades residentes en Estados terceros.

Es conveniente distinguir el conflicto potencial esbozado, de cuya efectiva existencia el autor de estas líneas carece de referencias prácticas, del que han protagonizado los fondos de inversión residentes en Estados terceros. En este conflicto, la piedra de toque era la comparación entre fondos de inversión españoles y fondos de inversión residentes en Estados terceros, y de ahí que se haya insistido en que esa comparación debiera incorporar los requisitos que habilitan el tipo de gravamen del 1 %. En cambio, en el conflicto potencial esbozado, la piedra de toque sería la posición de la entidad no residente frente al objetivo de

la eliminación de la doble imposición económica. Pues bien, esa posición, de acuerdo con la doctrina del TJUE, sería comparable a la de una entidad residente en territorio español, de manera tal que, estando exentos los dividendos internos, los dividendos internos salientes hacia entidades residentes en Estados terceros también deberían estarlo, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales. Debe observarse, por otra parte, que el eventual incumplimiento, por los fondos de inversión residentes en Estados terceros, del requisito de cien socios o partícipes, solo aprovecharía la pretensión recaudatoria de la Hacienda Pública en relación con los dividendos que, caso de ser percibidos por una entidad residente, no disfrutarían de exención, ya que esos fondos de inversión deberían recibir, respecto de los dividendos internos salientes, el trato que corresponde a cualquier otra entidad no residente.

De acuerdo con lo expuesto, y bajo el supuesto de que la participación cuyo valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros no confiera, necesariamente, una influencia significativa en las actividades de la entidad participada, en tanto que la participación determinante de un porcentaje de participación del 5 % o más sí la confiere, resultaría el siguiente esquema de tributación para los dividendos internos salientes:

- Participación 5 %, Estado miembro de la UE o del EEE: exención, en los términos del artículo 14.1 h) del TRLIRNR.
- Participación 5 %, Estado tercero: retención. No opera la libertad de movimiento de capitales ni la de establecimiento. La primera porque la libertad preponderante es la de establecimiento y la segunda porque se trata de un Estado tercero.
- Participación superior a 20 millones de euros, Estado miembro de la UE o del EEE: exención, en los términos del artículo 14.1 h) del TRLIRNR.
- Participación superior a 20 millones de euros, Estado tercero: retención, posible restricción de la libertad de movimiento de capitales.
- Participación no superior a 20 millones de euros, Estado miembro de la UE o del EEE: retención. Igualdad de trato.
- Participación no superior a 20 millones de euros, Estado tercero: retención. Igualdad de trato.

Puede apreciarse que la decisión del legislador de la Ley 27/2014 de extender la exención total a los dividendos derivados de participaciones, cuyo valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros, ha podido tener un relevante impacto, y tal vez impremeditado, en el IRNR. Como se ha indicado, ese impacto depende de que la libertad de movimiento aplicable para las participaciones cuyo valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros sea la de movimiento de capitales.

Tratándose de personas físicas no se atisba problema, ya que los dividendos internos tributan plenamente.

3.2. Plusvalías de cartera

Bajo la vigencia del TRLIS, las plusvalías derivadas de la transmisión de una participación significativa (5 %) sobre una entidad residente disfrutaban de una deducción en el IS calculada en función de los beneficios no distribuidos habidos durante el tiempo de tenencia de la participación (art. 30.5). Esta deducción no estaba reconocida en el IRNR.

La Sentencia del TS de 25 de octubre de 2013 (rec. núm. 1374/2011 –NFJ052539–) apreció que, respecto de las referidas plusvalías, entidades residentes y no residentes se hallaban en situación comparable, de manera tal que:

[...] la normativa controvertida no responde a una diferencia objetiva derivada del lugar de residencia de los contribuyentes, por lo que el tratamiento fiscal y más gravoso a una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea que a una entidad residente en España, por las ganancias obtenidas en la transmisión de las acciones de una sociedad española, es contrario al principio de libre circulación de capitales.

En consecuencia, la sentencia reconoció «la procedencia del derecho de la recurrente a la aplicación de la correspondiente deducción para evitar la doble imposición sobre la ganancia patrimonial obtenida».

Como quiera que la sentencia se fundamentó en la libertad de movimiento de capitales, el criterio que en la misma se estableció era válido, no solo respecto de las entidades residentes en algún Estado miembro, sino también respecto de las residentes en Estados terceros.

Tras la Ley 27/2014, la exención de plusvalías de cartera obtenidas por entidades residentes se establece no solo respecto de las participaciones que, presumiblemente, otorgan el poder de ejercer una influencia significativa (porcentaje 5 %) y que, por tanto, los flujos financieros inherentes a las mismas están afectados por la libertad de establecimiento, sino también respecto de aquellas otras que, presumiblemente, no confieren, necesariamente, esa influencia (valor de adquisición superior a 20 millones de euros), cuyos flujos financieros estarán, por tanto, afectados por la libertad de movimiento de capitales.

Siendo el objetivo de la exención de las plusvalías de cartera eliminar la doble imposición económica, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que las entidades no residentes se hallan, respecto de la percepción de ese tipo de renta, en situación comparable con las entidades residentes, de manera tal que las entidades residentes en algún Estado miembro deberían disfrutar de exención por el IRNR, bajo el amparo de la libertad de establecimiento, y las entidades residentes en Estados terceros deberían tener también acceso a la exención por el IRNR, bajo el amparo de la libertad de movimiento de capitales, esto es, en relación con las participaciones cuyo valor de adquisición fuere superior a 20 millones de euros, bajo la hipótesis de que las mismas no confieren la facultad de influir en las

decisiones de la entidad participada. Así, se alcanzaría la igualdad de trato entre entidades residentes y no residentes, en los términos de la jurisprudencia del TJUE.

El TRLIRNR no satisface la consecución de esa igualdad.

En efecto, de una parte, el artículo 14.1 c) regula la exención de las plusvalías de cartera mediante una remisión al artículo 21 de la Ley 27/2014, pero la refiere exclusivamente a entidades residentes en algún Estado miembro, al tiempo que la recorta cuando el activo de la entidad participada consista principalmente en bienes inmuebles situados en territorio español, y, de otra, el artículo 14.1 i) exime las plusvalías de cartera obtenidas por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de establecimiento permanente en territorio español, siempre que sean residentes en un Estado que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, aun cuando no reúnan los requisitos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014, a condición de que se trate de valores cotizados en mercados secundarios organizados españoles.

Si se admite que la libertad de movimiento de capitales del artículo 67 del TFUE exige que las plusvalías mobiliarias obtenidas por las entidades no residentes, cualquiera que fuere el lugar de su residencia, no tengan un trato menos ventajoso que las obtenidas por entidades no residentes, ha de reconocerse que la legislación en vigor no está plenamente alineada con este objetivo. En efecto, tienen un trato menos ventajoso las plusvalías que, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Ley 27/2014, hayan sido obtenidas por entidades residentes en Estados terceros con los que no medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, o por entidades residentes en Estados terceros con los que se medie ese tipo de convenio, pero no realizadas en mercados secundarios organizados españoles.

La igualdad de trato entre entidades residentes y no residentes, amparada por la libertad de movimiento de capitales, solamente podría lograrse extendiendo a todas las entidades no residentes la exención en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014.

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición solventarán esa desigualdad en la medida en que confieran, como es habitual, la competencia para gravar al Estado de la residencia de la entidad que obtiene la plusvalía. Sin embargo, bastantes de estos convenios establecen un sistema de competencia compartida en relación con las plusvalías inherentes a participaciones con sustrato inmobiliario o de carácter significativo. En este caso, la desigualdad podría ser neutralizada por las reglas del convenio que otorgan un crédito fiscal respecto del impuesto satisfecho en la fuente, en la medida en que el mismo pueda imputarse, totalmente, en la cuota correspondiente a la plusvalía.

De acuerdo con lo expuesto, y bajo el supuesto de que la participación cuyo valor de adquisición sea superior 20 millones de euros no confiere, necesariamente, una influencia significativa en las actividades de la entidad participada, en tanto que la participación de-

terminante de un porcentaje de participación del 5 % o más si la confiere, resultaría el siguiente esquema de tributación para los dividendos internos salientes:

- Participación 5 %, Estado miembro: exención, en los términos del artículo 14.1 c) del TRLIRNR. Posible restricción a libertad de establecimiento cuando la exención no proceda a causa del subyacente inmobiliario.
- Participación 5 %, Estado tercero: tributación sin exención. No opera la libertad de movimiento de capitales ni la de establecimiento. La primera porque la libertad preponderante es la de establecimiento y la segunda porque se trata de un Estado tercero.
- Participación superior a 20 millones de euros, Estado miembro: exención, en los términos del artículo 14.1 c) del TRLIRNR, posible restricción a la libertad de movimiento de capitales cuando la exención no proceda a causa del subyacente inmobiliario.
- Participación superior a 20 millones de euros, Estado tercero: tributación sin exención, posible restricción de la libertad de movimiento de capitales.
- Participación no superior a 20 millones de euros, Estado miembro: tributación sin exención. Igualdad de trato.
- Participación no superior a 20 millones de euros, Estado tercero: tributación sin exención. Igualdad de trato.
- Participación cotizada en mercado secundario oficial de valores españoles, mediando convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información: exención en los términos del artículo 14.1 i) del TRLIRNR. Esta exención podrá subsanar las restricciones a las libertades anteriormente apuntadas.

En fin, tratándose de personas físicas no residentes, su tributación no es menos favorable que la prevista para las personas físicas residentes, ya que estas no disfrutaban de exención o reducción respecto de las ganancias patrimoniales, cualquiera que fuere el bien o derecho determinante de las mismas y, por otra parte, la Ley 2/2010 incorporó un nuevo apartado 4 al artículo 24 del TRLIRNR, a cuyo tenor la base imponible correspondiente a las ganancias patrimoniales se determina aplicando a cada alteración patrimonial las normas de la Ley 35/2006.

3.3. Tipo de gravamen de las rentas del capital

Como ha quedado expuesto anteriormente, el TJUE declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en relación con la libertad de movimiento de capitales,

al tratar de forma diferente, hasta el 31 de diciembre de 2006, las ganancias patrimoniales obtenidas en España según que los sujetos pasivos fuesen residentes o no residentes.

La disposición final tercera de la Ley 35/2006 modificó el tipo de gravamen del IRNR relativo a las plusvalías al objeto de homologarlo con el del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF). En la actualidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.1 f) del TRLIRNR, todas las rentas del capital, esto es, dividendos, intereses y ganancias patrimoniales, tributan al tipo de gravamen del 19 %, coincidente con el tipo inicial de la escala aplicable a la base liquidable del ahorro, previsto en el artículo 66 de la Ley 35/2006, e inferior al tipo de gravamen nominal del IS.

3.4. Determinación de la base imponible

Ya se ha visto que la retención sobre el importe íntegro de los dividendos internos salientes derivados de la inversión financiera correspondiente a los seguros *unit linked* ha sido considerada improcedente debido al impacto de las provisiones técnicas. Por otra parte, de acuerdo con *Brisal* (Sentencia de 13 de julio de 2016, asunto C-18/15 –NFJ063337–), para determinar la base de cálculo de la retención sobre los intereses pagados a entidades financieras no residentes debían deducirse los gastos profesionales, por imperativo de la libertad de prestación de servicios.

Como ya se ha comentado, la Ley 2/2010 añadió un nuevo apartado, el 6, al artículo 24 del TRLIRNR, posteriormente modificado por la Ley 26/2014, para exceptuar la regla general de determinación de la base imponible por el importe íntegro admitiendo, al efecto, la deducción de aquellos gastos que, sea de acuerdo con la Ley 35/2006 o con la Ley 27/2014, tienen la consideración de fiscalmente deducibles y estuvieren «relacionados directamente con los rendimientos obtenidos en España y que tienen un vínculo económico directo e indisoluble con la actividad realizada en España». Esta regla versa sobre las rentas pagadas a entidades residentes en algún Estado miembro de la UE o del EEE a condición de que exista un «efectivo intercambio de información tributaria».

Este precepto se aplicará, en el ámbito de las rentas del capital, principalmente, respecto de los dividendos, puesto que el artículo 14.1 c) del TRLIRNR establece una exención respecto de los intereses pagados a residentes en Estados miembros de la UE, y el artículo 14.1 f) del TRLIRNR otra exención en relación con los intereses de las cuentas de no residentes pagados por el Banco de España o las entidades registradas a que se refiere la normativa de transacciones económicas con el exterior.

Mientras el TJUE continúe enfocando la cuestión de la asignación de gastos profesionales bajo el prisma de la libertad de establecimiento o de la libertad de prestación de servicios, el artículo 24.6 del TRLIRNR da cumplida satisfacción a los criterios derivados de sus sentencias.

3.5. Exención de intereses intracomunitarios

Cuando se aprobó la Directiva 2003/49, España ya había eliminado la retención sobre los intereses internos salientes pagados a personas o entidades residentes en algún Estado miembro. Esta exención, actualmente contenida en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR cubría, y desbordaba, el mandato de esa directiva respecto de los intereses, de manera tal que su transposición se proyectó exclusivamente sobre los cánones.

La exención del artículo 14.1 c) del TRLIRNR aprovechará a todas las entidades residentes en algún Estado miembro, cualquiera que fuere su forma jurídica y su régimen fiscal, incluso si están no sujetas o exentas a la imposición sobre los beneficios, puesto que en el mismo nada se establece sobre estos dos aspectos.

Por el contrario, la ausencia de una mención al beneficiario efectivo en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR no debe interpretarse en el sentido de que la exención sea aplicable frente a toda entidad residente en algún Estado miembro. Antes bien, será preciso que la misma reúna la condición de beneficiario efectivo de los intereses. No sería admisible admitir la interposición de entidades puramente instrumentales, ya que ello implicaría una violación del referido artículo y de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición concertados con Estados terceros.

Los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE indican que los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición deben aplicarse bajo el entendimiento de que el perceptor de las rentas ha de tener la condición de beneficiario efectivo. En efecto, esos comentarios advierten de que la mención al beneficiario efectivo apareció por primera vez en el texto del Modelo de Convenio de 1977, mediante una modificación realizada con la finalidad de «aclarar esta cuestión, conforme a la posición constante de todos los Estados miembros».

Si se proyectan los criterios precedentes respecto del artículo 14.1 c) del TRLIRNR, es fácil concluir que la exención prevista en el mismo solo debe aplicarse cuando el perceptor de los intereses sea el beneficiario efectivo.

Por otra parte, toda vez que el TJUE ha admitido los criterios de la OCDE a los efectos de interpretar la Directiva 2003/49 y que el artículo 14.1 c) del TRLIRNR ha de entenderse que, en cuanto cumple los objetivos de aquella, es la norma en que se plasma su transposición al ordenamiento interno, parece pacífico concluir que la exención prevista en el mismo solamente será aplicable respecto del perceptor que sea beneficiario efectivo.

En este sentido se ha pronunciado la Resolución del TEAC de 18 de octubre de 2019 (RG 185/2017 –NFJ075476–). Se debatió en la misma la procedencia de aplicar la exención del artículo 14.1 c) respecto de unos intereses pagados a una entidad residente en los Países Bajos, la cual cumplía una función puramente conductora a favor del prestamista final, residente en Andorra, de manera tal que el contribuyente y la inspección tributaria convi-

nieron en que aquella no era el beneficiario efectivo, centrándose el conflicto en la pertinencia de negar la exención, habida cuenta de que aquel artículo no contenía la mención a dicho concepto. Pues bien, el TEAC, tras una exhaustiva exposición de las sentencias *Danmark Aps* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–) y *Luxembourg/Danmark* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–), concluyó que la doctrina en ellas explicitada permitía entender que la exención del artículo 14.1 c) había de denegarse cuando el perceptor de los intereses no fuera el beneficiario efectivo, por cuanto, de una parte, el referido precepto debe interpretarse a la luz de la Directiva 2003/49, y, de otra:

[...] es irrelevante la mención interna de la cláusula antiabuso para poder aplicar ese principio general del Derecho de la Unión de prohibición de prácticas abusivas. En el presente caso, como veremos la Inspección ha demostrado que la interposición de las sociedades *holdings* intermedias tenía como único fin disfrutar de las ventajas fiscales ofrecidas por la Directiva... Alcanzar una conclusión distinta (permitir la invocación de una norma nacional que no contempla expresamente la exclusión de una situación de abuso para conceder la aplicación de una exención aun contrariando la finalidad de la Directiva que contempla esa misma exención) equivaldría a soslayar, a juicio de este Tribunal Central incorrectamente, la normativa comunitaria y a eludir la explícita voluntad que el Alto Tribunal Europeo muestra en esta materia. Es más, entendemos que no hacerlo así supondría por parte de este órgano jurisdiccional contravenir la jurisprudencia del TJUE en un caso ciertamente concomitante con el aquí planteado. Así pues, este Teac rechaza la alegación de la reclamante toda vez que, además de lo expuesto, llevaría a un resultado ciertamente paradójico: una misma exención (intereses satisfechos entre sociedades de Em de la UE) aplica o no aplica según que se invoque una norma (Directiva) u otra (artículo 14.1 c) pues en una sí se contiene cláusula de beneficiario efectivo y en la otra no. Un formalismo tal resultaría claramente inadmisibles cuando en ambos casos la ventaja o beneficio ha de responder a la finalidad y objetivo de la Directiva.

Sin embargo, la Sentencia de la AN de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016 –NFJ073189–), considerando el criterio desplegado en la Sentencia del TS de 26 de enero de 2015 (rec. núm. 2945/2013 –NFJ057058–), parece entender que al no contener el artículo 14.1 c) expresamente la mención al beneficiario efectivo, no cabría supeditar la exención contenida en el mismo a esa condición, sin perjuicio de que si concurriera abuso o anomalía negocial pudiera la Administración tributaria acudir a las normas generales antiabuso. Por este camino, en caso de estructuras de participación concebidas para hacer llegar unos intereses al beneficiario efectivo libres de la retención por el IRNR, se podrá llegar al mismo resultado práctico que el procurado por una comprobación estrictamente ajustada a la prueba de la naturaleza conductora de la entidad formalmente perceptora de los mismos, pero en el marco de un procedimiento que ofrece más garantías (Cámara Barroso, 2019), cual es el previsto en el artículo 15 de la Ley General Tributaria.

4. Directiva matriz-filial

La Directiva 90/435, matriz-filial, fue transpuesta al ordenamiento interno por la Ley 29/1991. En la actualidad, esa transposición, referida a la Directiva 2011/96, debe entenderse contenida en los artículos 21 y 32 de la Ley 27/2014, por lo que se refiere al mandato relativo a la eliminación de la doble imposición económica, y en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR, en lo que concierne a la supresión de la retención en la fuente (Carmona Fernández, 2016).

El presente apartado se limita a efectuar algunas consideraciones sobre la incidencia que las sentencias del TJUE han tenido o podrían tener sobre dichos preceptos, sin adentrarse en su exposición ni en la de los correlativos de la directiva, al tiempo que se comentan ciertas particularidades relacionadas con la transposición.

4.1. Requisitos de acogimiento

4.1.1. Porcentaje de participación

El artículo 21 de la Ley 27/2014 transpone al ordenamiento interno la exención de beneficios prevista en el artículo 4.1 a) de la directiva. En este precepto no se menciona una regla como la prevista en aquel, concerniente a las entidades en las que más del 70 % de sus ingresos sean dividendos o plusvalías de cartera. En su virtud, no están exentos los beneficios cuando, a pesar de concurrir el porcentaje de participación directa del 5 %, no lo hace la indirecta, también del 5 %, siendo así que esta no está prevista en la directiva. No obstante, en la medida en que tal regla pudiera entenderse dirigida a la protección del porcentaje de participación directa del 5 %, no existiría un defecto de transposición.

El artículo 32 de la Ley 27/2014 transpone al ordenamiento interno la imputación del impuesto subyacente prevista en el artículo 4.1 b) de la directiva. Los dos preceptos contemplan las entidades participadas de ulterior nivel, pero el primero refiere el porcentaje de participación del 5 %, con carácter indirecto, a la entidad perceptora del dividendo, en tanto que el segundo lo hace a cada eslabón de la cadena de participación.

4.1.2. Tiempo de tenencia de la participación

En la transposición de la Directiva 90/435, efectuada por la Ley 29/1991, el tiempo de tenencia de la participación había de estar cumplido en el momento de la distribución del beneficio, sin que, por tanto, pudiera completarse posteriormente. Tras la sentencia del TJUE *Denkavit Internacional* (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05 –NFJ024423–) hubo de modificarse el precepto correspondiente, al efecto de admitir que el plazo de tenencia pudiera completarse después de aquel momento. En este sentido se

pronuncian los artículos 21 y 32 de la Ley 27/2014. Por tanto, podrá aplicarse la exención o la imputación del impuesto subyacente, respectivamente, en una declaración tributaria presentada antes del cumplimiento del plazo de un año de tenencia de la participación.

La misma forma de cómputo del periodo de tenencia está prevista en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR.

4.1.3. Sujeción a la imposición sobre los beneficios

La sentencia *Wereldhave* (Sentencia de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15 –NFJ065784–) ha planteado la cuestión de la aplicación de la directiva respecto de los dividendos pagados por una entidad acogida a la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado (SOCIMI), a entidades residentes en algún Estado miembro de la UE. Como se expuso en un epígrafe precedente, dicha sentencia interpretó que una tributación a tipo de gravamen cero excluía la aplicación de aquella, por cuanto no concurría el supuesto de doble imposición a cuya superación estaba destinada.

La SOCIMI tributa por el IS al tipo de gravamen 0 %, si bien los dividendos, a cuya distribución está obligada, determinan un gravamen del 19 % a cargo de la propia SOCIMI, de forma tal que la misma no tributaría, realmente, a tipo cero. Sin embargo, el gravamen del 19 % solo se establece respecto de participaciones iguales o superiores al 5 % y cuando el perceptor tributa a un tipo de gravamen inferior al 10 %, de manera que es posible que socios residentes en la UE perciban un dividendo que no haya soportado tributación alguna. En tal caso, se plantea si procede la aplicación de la directiva, con el efecto práctico, en caso negativo, de que los dividendos soporten una retención, si bien limitada, de acuerdo con lo previsto en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición que corresponda.

La literalidad del artículo 14.1 h) del TRLIRNR permitiría mantener la pertinencia de la exención, por cuanto recoge el requisito de tributación, afirmando que «ambas sociedades estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos que gravan los beneficios de las entidades jurídicas», y así lo entendió la Dirección General de Tributos (DGT) en su Consulta vinculante V2138/2014 (NFC051766), pero la sentencia del TJUE, apunta en sentido contrario (Cámara Barroso, 2017).

Cuestión distinta es que pueda postularse la no pertinencia de la retención por el IRNR con base en la doctrina del propio TJUE relativa a la imposición en la fuente sobre los dividendos internos salientes, a cuyo tenor, como ya se ha expuesto, las libertades de establecimiento y de circulación de capitales se oponen a tal tributación cuando las entidades residentes disfrutan de exención respecto de esa renta y las no residentes se hallen, también respecto de esa renta, en situación comparable (Calderón Carrero, 2017). El disfrute de la exención por parte de las entidades residentes está supeditado al cumplimiento de

los requisitos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014. Así, cuando la participación no otorga el porcentaje de participación del 5 % y su valor de adquisición no sea superior a 20 millones de euros, no estarán exentos los dividendos. En otro caso, sí lo estará.

4.1.4. Usufructo

En relación con la sentencia *Les Vergers* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-48/07 –NFJ031283–), cabe señalar que la Consulta vinculante V3533/2016 (NFC061559) ha entendido que la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 es aplicable en caso de usufructo pues, aun residiendo la cualidad de socio en el nudo propietario, el derecho a la percepción de los dividendos se residencia en el usufructuario, verdadero «socio económico, de manera que carecería de sentido que el desmembramiento del dominio en el título que genera el derecho a la percepción de un dividendo conduzca a que este soporte una doble tributación, primero en sede de la entidad que generó los beneficios de los que aquel procede y, posteriormente, al negar tanto al nudo propietario como al usufructuario el derecho a corregir la doble imposición».

La contestación atiende, en definitiva, al espíritu y finalidad del artículo 21 de la Ley 27/2014, esto es, la eliminación de la doble imposición económica que, lógicamente, ha de residenciarse en sede de la entidad que tiene derecho a la percepción del dividendo. Por la misma razón, cuando el prestatario de los títulos debe transferir el dividendo al prestamista de valores, corresponderá a este la exención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.2.3.º de la Ley 27/2014.

4.2. Norma antiabuso

Las sentencias del TJUE relativas a las normas antiabuso francesa y alemana han puesto el foco sobre la norma antiabuso española. Lo que se ha de debatir es si el artículo 14.1 h) del TRLIRNR adolece de los defectos hallados por el TJUE en las aludidas normas que, en esencia, radicaron en que la Administración tributaria podía negar el disfrute de la exención de la retención en la fuente cuando la mayoría de los socios o accionistas de la entidad perceptora de los dividendos fueren residentes en Estados terceros, sin necesidad de probar unos indicios razonables de irregularidad respecto de los cuales el contribuyente, eventualmente, pudiera presentar las pruebas idóneas para combatirlos.

El referido precepto prevé que la exención de retención:

[...] no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo con los que exista un efectivo intercambio

de información en materia tributaria en los términos previstos en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, excepto cuando la constitución y operativa de aquella responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas.

No se puede negar el parentesco de esta norma antiabuso con la alemana y la francesa, en cuanto parte del mismo supuesto de hecho, a saber, la residencia extramuros de la UE de la mayoría de los socios de la entidad perceptora del dividendo, al tiempo que no exige que la Administración tributaria pruebe que existan indicios de irregularidad. La adecuación a las sentencias del TJUE exigiría que, una vez presente ese supuesto de hecho, la Administración tributaria probara la existencia de indicios suficientes de irregularidad, en particular la ausencia de motivos económicos válidos y de razones empresariales sustantivas en referencia a la entidad perceptora de los dividendos, permitiéndose al contribuyente presentar las pertinentes pruebas en contrario.

Como ya se ha comentado, la primera redacción del artículo 1.2 de la Directiva 90/435, actual Directiva 2011/96, no contenía una norma antiabuso, sino que se limitó a establecer que los mandatos que establecía la directiva no serían obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que fueren necesarias a fin de evitar fraudes y abusos. La Directiva (UE) 2015/121, del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (Directiva 2015/121), dio nueva redacción a ese precepto, añadiendo al texto original un mandato ordenando a los Estados miembros que no otorgaran los beneficios previstos cuando concurriera un negocio o una serie de negocios falseados, entendiendo por tales aquellos que no se hubieran establecido por razones comerciales válidas que reflejasen una realidad económica, sino para obtener una ventaja fiscal que desvirtuase el objeto y finalidad de la directiva.

La norma introducida por la Directiva 2015/121 enlaza perfectamente con las sentencias del TJUE relativas a las normas antiabuso y, tal vez también, con el denominado test de los propósitos principales, en cuanto fundamento de una norma antiabuso que, recogida en la acción 6 del proyecto BEPS, ha recalado finalmente en el Convenio Multilateral. Si bien, es de advertir que ha sido debatida su adecuación a la jurisprudencia del TJUE, en la medida en que podría no ser plenamente conforme con el principio de proporcionalidad (Báez Moreno, 2016).

Puede apreciarse que la norma antiabuso del artículo 14.1 h) del TRLIRNR no está en línea con la norma antiabuso del artículo 1.2 de la Directiva 2011/96, por cuanto, de una parte, aquella contempla como elemento básico del posible abuso el lugar de la residencia de los socios o accionistas, en tanto que la segunda no lo hace, al tiempo que la primera omite toda referencia a los negocios falsos o falseados, en tanto que en la segunda es un elemento clave. No obstante, las dos apelan a los motivos económicos, comerciales o

empresariales, si bien la primera lo hace a modo de causa cuya concurrencia destruye una apariencia de abuso, en tanto que la segunda a modo de elemento cuya ausencia contribuye a la configuración del abuso.

La Consulta vinculante V0054/2017 (NFC063692) consideró la aplicación de la exención respecto de los dividendos pagados a una entidad residente en el Reino Unido íntegramente participada por socios residentes en Japón. La consultante describió las funciones económicas ejecutadas por aquella, las cuales consistían:

[...] en la aprobación de las cuentas anuales consolidadas, aprobación de informes financieros anuales, identificación de mercados estratégicos, análisis del estado de los planes estratégicos del grupo, decisiones estratégicas de expansión, revisiones periódicas de resultados empresariales y la revisión y aprobación de los presupuestos de las filiales europeas... cuenta con 13 empleados que forman los equipos de gestión y administración del grupo y centralizan las funciones corporativas, relacionadas con servicios estratégicos al desarrollo, marketing y comunicación, servicios financieros y reclutamiento de equipos directivos para los distintos países y asistencia en el diseño de plantillas y sistemas de retribución.

Y la DGT respondió que:

[...] en virtud de los argumentos ofrecidos en el escrito de consulta para justificar los motivos económicos y razones empresariales que justifican la reestructuración societaria que se desea llevar a cabo en el grupo europeo... es posible confirmar que la sociedad consultante podría disfrutar de la exención prevista en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR al concurrir los motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas exigidas por dicho precepto debido a que la mayoría de los derechos de voto de la sociedad inglesa se poseen, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residen en Estados miembros de la Unión Europea o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo.

De manera tal que la concurrencia de motivos económicos válidos quedó configurada a modo de requisito cuya prueba incumbía al interesado.

La contestación de la DGT probablemente rebasa la función interpretativa de las normas para adentrarse en su aplicación, la cual es más bien propia de la comprobación encomendada a los órganos de gestión e inspección tributaria.

Con todo, la vigente redacción del artículo 14.1 h) da margen para actuaciones administrativas ajustadas a las sentencias del TJUE con tal de que, en primer lugar, el supuesto de la mayoría de socios extracomunitarios no ponga inmediatamente al contribuyente en la tesitura de afrontar la prueba de los motivos económicos válidos sin que previamente la Administración tributaria hubiere puesto de relieve los indicios de irregularidad, a cuyo

efecto la misma dispone de una buena guía en la sentencia *Danmark Aps* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–), incidiendo, en su caso, en la función básicamente conductora extramuros de la UE de los dividendos y, por ende, en la artificiosidad de la estructura de participación.

En la Sentencia de la AN de 16 de junio de 2008 (rec. núm. 287/2006 –NFJ079441–), a la vista de una norma antiabuso similar a la actualmente vigente, se constató, por una parte, que la actividad de la entidad matriz intermedia, residente en los Países Bajos cuando la matriz última lo hacía en los Estados Unidos, estaba escasamente relacionada con la de la entidad filial española que distribuía los dividendos, por cuanto no disponía de los «medios humanos y materiales» al efecto, y, por otra, que no había evidencia de que ejercitara la gestión y administración de dicha entidad filial, «por cuanto no existía una dependencia de la filial respecto de la entidad matriz que evidenciase que por su volumen se encargara del control financiero de la anterior, no constan facturas entre las dos entidades, ni consta que [la entidad matriz intermedia] perciba remuneración alguna por su gestión y control en [la entidad filial española]» y, en fin, que la entidad matriz intermedia «se constituyó en 1977 en Irlanda, cuando tenía su residencia en Bermuda, en el año 1995 adquirió el 100 % de [la entidad filial española] y trasladó su residencia a Países Bajos», sin que existan «motivos económicos válidos que determinen ese traslado si no es el de obtener una exención en materia fiscal». La Sentencia del TS de 21 de marzo de 2012 (rec. núm. 5228/2008 –NFJ046934–) entendió correcta la decisión del tribunal de instancia, añadiendo que:

[...] la Sala no considera necesario el planteamiento de cuestión prejudicial, por entender que la legislación española transpone correctamente la Directiva 90/435/CEE, correspondiendo a Tribunal interno determinar si concurren o no los requisitos establecidos para la aplicación de la exención.

Sin embargo, a la vista de las sentencias del TJUE aparecidas con posterioridad, tal vez hubiera sido oportuno plantear la cuestión prejudicial (Calderón Carrero y Martín Jiménez, 2019, p. 234).

La Sentencia de la AN de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 264/2012 –NFJ059321–) abordó un caso en el que la entidad matriz última residía en Canadá en tanto que la entidad matriz intermedia lo hacía en Dinamarca. Lo que ha de destacarse de esta sentencia es el examen exhaustivo de las pruebas aportadas por las partes del proceso, en particular de las relativas a los indicios de irregularidad puestos de relieve por la inspección tributaria, lo que le permitió concluir que «no ha resultado probado que la sociedad recurrente participara en la dirección y gestión de la entidad filial con la adecuada organización de medios materiales y humanos o que la sociedad fuera creada por motivos económicos». La Sentencia del TS de 24 de enero de 2017 (rec. núm. 2963/2015 –NFJ065565–), tras recordar que el núcleo del conflicto era esencialmente probatorio, ratificó los criterios de la sentencia de instancia.

Lo que muestran las sentencias aludidas es que la inspección tributaria realizó un análisis de los hechos que indiciariamente sugerían la función puramente conductora de la entidad matriz intermedia, esto es, que no se limitó a constatar que la mayoría de los socios de esa entidad residían en Estados terceros, abandonando así al interesado el campo de la prueba de los motivos empresariales sino que, por el contrario, entró en ese campo para desmentir su concurrencia.

Podrá, o no, compartirse el análisis de la inspección tributaria, pero lo que no podrá negarse es que, en los dos casos, intentó justificar, y lo logró a juicio de los tribunales, el perfil puramente conductor de la entidad matriz intermedia. De esta manera, la inspección tributaria y los tribunales actuaron de acuerdo con los criterios que, tiempo después, formularía el TJUE.

4.3. Relación con la reserva de capitalización

De acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 27/2014, la deducción de la reserva de capitalización está limitada al 10 % de la base imponible y los saldos pendientes de aplicación pueden aplicarse, solamente, en los periodos impositivos que cierren en los dos años sucesivos. Si concurren dividendos afectos a la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014, el cual debe entenderse como la transposición de la Directiva 2011/96, matriz-filial, la base imponible se minorará, pudiendo ser nula o negativa, en cuyo caso la deducción por reserva de capitalización no se podrá aplicar, y se podrá perder definitivamente. La sentencia *Brussels Securities* (Sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-389/18 –NFJ075720–) es contraria a este efecto.

La misma reflexión cabe respecto de la deducción por I+D+i, puesto que está limitada en un porcentaje de la cuota íntegra, la cual depende de la base imponible, y los saldos pendientes solo pueden trasladarse a los 15 años inmediatos y sucesivos.

4.4. Asimetría de rentas afectadas

El artículo 4.1 de la Directiva 2011/96, relativo a la exención o imputación en destino, se aplica respecto de los beneficios distribuidos «por motivos distintos de la liquidación», en tanto que el artículo 5, relativo a la retención en origen, se refiere, sin más, a los «beneficios distribuidos». Una interpretación literal llevaría a considerar que, ante una liquidación, el Estado miembro de la sociedad filial debe abstenerse de practicar retención, en tanto que el Estado miembro de la sociedad matriz no estaría obligado a la exención o imputación. No es fácil explicar la causa de esta asimetría.

El artículo 21 de la Ley 27/2014 extiende la exención a todas las operaciones determinantes de rentas en el marco del contrato de sociedad, entre ellas, las derivadas de la li-

quidación. Por el contrario, el artículo 14.1 h) del TRLIRNR excluye de la exención de la retención a las rentas derivadas de la liquidación de la sociedad filial.

Se advierte, pues, que la legislación española también es asimétrica, si bien de sentido inverso a aquella de la directiva. Tampoco es fácil explicar esta asimetría (Lucas Durán, 2019; Garde Garde, 2016; Jabalera Rodríguez, 2010).

Sin embargo, los efectos prácticos de esa asimetría seguramente serán irrelevantes, por cuanto la libertad de establecimiento obligará a tratar la situación intracomunitaria de forma análoga a la puramente interna, a condición de situación comparable. En este sentido, cuando la renta de la situación interna no esté sujeta a retención o la misma sea compensada o devuelta por razón de exención de la renta afectada, la renta correspondiente a la situación externa no debería soportar retención por el IRNR.

5. Relación con el sistema de tributación internacional sobre las rentas del capital

¿Han puesto las sentencias del TJUE en jaque al sistema de tributación internacional sobre las rentas del capital, respecto de los contribuyentes afectados por las mismas?

Ese sistema es el que resulta de la red de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, cuyas líneas maestras pueden ser espigadas a través del Modelo de Convenio de la OCDE (Serrano Antón, 2019):

- Los beneficios deben tributar exclusivamente ante la jurisdicción fiscal donde reside la entidad jurídica que los obtiene, excepto en la parte que sean atribuibles a un establecimiento permanente, en cuyo caso también pueden hacerlo ante la jurisdicción fiscal en la que se halle ubicado el mismo, como si fuera una empresa separada e independiente (art. 7.1 Modelo de Convenio de la OCDE).
- Los dividendos tributan ante la jurisdicción fiscal de la residencia de su perceptor, pero la jurisdicción fiscal de la residencia de la entidad pagadora puede efectuar una imposición limitada (art. 10 Modelo de Convenio de la OCDE).
- Los intereses tributan ante la jurisdicción fiscal de la residencia de su perceptor, pero la jurisdicción fiscal de la residencia de la entidad pagadora puede efectuar una imposición limitada (art. 11 Modelo de Convenio de la OCDE).
- Las plusvalías mobiliarias se gravan exclusivamente por la jurisdicción fiscal de la residencia de su perceptor, excepto si tienen un subyacente de inmuebles en cuyo caso también pueden gravarse por la jurisdicción fiscal en cuyo territorio se hallen ubicados los mismos (art. 13 Modelo de Convenio de la OCDE).

- La jurisdicción fiscal de la residencia debe adoptar las medidas precisas para eliminar la doble imposición (arts. 23 A y 23 B Modelo de Convenio de la OCDE).
- Las jurisdicciones fiscales deben abstenerse de tomar medidas discriminatorias (art. 24 Modelo de Convenio de la OCDE).

Los convenios para evitar la doble imposición no crean hechos imponibles. Su función es eliminar o, cuando menos, aliviar la doble imposición internacional (Vogel, 2014). Por ello, las normas de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición deben ser contempladas conjuntamente con las normas puramente internas relativas a las rentas transfronterizas. Así, cada jurisdicción fiscal se inserta en el sistema de tributación internacional mediante la combinación de sus normas puramente internas con las convenidas.

La UE carece de competencias en relación con el sistema de tributación internacional. Esas competencias pertenecen a los Estados miembros. Sin embargo, deben ejercitarlas, tanto en relación con las normas puramente internas como convenidas, tomando en consideración el TUE y el TFUE, en particular las cuatro libertades y el principio de no discriminación. Por lo que se refiere a las rentas del capital, esa toma en consideración, orientada por las sentencias del TJUE, ha tenido un importante impacto.

5.1. Imposición sobre dividendos pagados a no residentes

Esa imposición en la fuente, generalmente mediante retención, contemplada por el Modelo de Convenio de la OCDE, ha sido puesta en cuestión por varias sentencias del TJUE cuando los dividendos pagados a entidades residentes no soportan retenciones o bien les son devueltas por no tributar los dividendos en sede de las mismas, sea por aplicación de un método para eliminar la doble imposición o por cualquier otro motivo de política o técnica tributaria, como puede ser la fiscalidad específica de las instituciones de inversión colectiva o de los fondos de pensiones.

Esa diferencia de trato determina, según la doctrina del TJUE, una restricción a la libertad de establecimiento o a la de movimiento de capitales la cual, sin embargo, podrá ser neutralizada, aunque no en todo caso, mediante el método de eliminación de la doble imposición previsto en el convenio bilateral correspondiente.

De esta manera, los Estados miembros se enfrentan a la elección entre la retención sobre los dividendos pagados a no residentes y el mantenimiento del sistema de eliminación de la doble imposición económica o de los regímenes fiscales específicos que afecten al dividendo, si bien solamente en aquellos casos en los que la libertad aplicable sea la de movimiento de capitales, ya que si fuere aplicable la libertad de establecimiento, la elección huelga, por cuanto si la entidad perceptora es residente en algún Estado miembro, la retención normalmente no se practicará en razón a lo dispuesto en el artículo 5 de la Directi-

va 2011/96, y si es residente en un Estado tercero, la libertad de establecimiento no juega, sin por ello dar paso a la libertad de movimiento de capitales.

Se sigue de lo expuesto que la eliminación de la doble imposición económica o los regímenes fiscales específicos podrán ser mantenidos, sin mengua de la retención sobre los dividendos pagados a entidades no residentes, en tanto que versen sobre relaciones de participación determinantes de las circunstancias que permitan ejercer una influencia en las actividades de la entidad participada. En otro caso, la libertad de movimiento de capitales se opondría a la retención sobre dividendos pagados a entidades no residentes, tanto si lo hacen en un Estado miembro como en un Estado tercero.

Los razonamientos precedentes, formulados respecto de las personas jurídicas, también son válidos respecto de las personas físicas, si bien las sentencias del TJUE se han venido refiriendo, en lo que concierne a las retenciones sobre los dividendos, principalmente al ámbito de las personas jurídicas.

Pero incluso en el contexto de la libertad de movimiento de capitales, la restricción quedaría neutralizada si la retención sobre dividendos pagados a entidades no residentes fuera completamente imputada en la cuota de la imposición sobre sus beneficios, lo que así acontecerá cuando los dividendos tributen en sede de la entidad perceptora a un tipo de gravamen igual o superior al de la retención.

Los dividendos no tributarán en sede de la entidad perceptora básicamente por tres motivos, a saber, por causa de la aplicación de un método para eliminar la doble imposición, señaladamente el de exención, por disfrutar de exención total o parcial inherente a un régimen fiscal específico y, en fin, porque las rentas se atribuyan a sus socios. En estos casos, los Estados miembros que mantengan métodos de eliminación de la doble imposición económica, no podrán retener sobre los dividendos internos salientes, aun cuando fueren competentes de acuerdo con el convenio bilateral que resultase aplicable. De esta forma, la política de la jurisdicción fiscal de la entidad receptora del dividendo, en conjunción con la doctrina del TJUE, puede determinar la imposibilidad de percibir una retención autorizada por el convenio bilateral correspondiente.

La opción alternativa, protectora de la retención sobre los dividendos internos salientes, sería renunciar a los métodos de eliminación de la doble imposición económica y a los regímenes fiscales específicos. No obstante, el problema se presentará principalmente respecto de los regímenes fiscales específicos, por cuanto los métodos de eliminación de la doble imposición están dirigidos, por regla general, como así sucede en España, a las relaciones matriz-filial, las cuales caen bajo la aplicación de la libertad de establecimiento.

Tal y como se han producido las sentencias del TJUE, las retenciones sobre dividendos pagados a instituciones de inversión colectiva no residentes no proceden si las mismas están en situación comparable con instituciones de inversión colectiva residentes y

estas no sufren retenciones o les son devueltas. La misma reflexión cabe respecto de los intereses. El efecto práctico es una transferencia de recursos fiscales desde las jurisdicciones fiscales de la fuente a las de la residencia de los inversores finales, trastocando así el reparto de los ingresos fiscales pactado mediante los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

¿Ha liberado el TJUE a los inversores finales, esto es, a los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva, de una carga fiscal que ahuyentaría la inversión colectiva en las entidades residentes en los Estados miembros?

Así sería, ciertamente, si los Estados terceros no practicaran retención pero, bien se comprende, esta eventualidad, además de quedar al margen de las competencias del TJUE, no es una hipótesis de regular cumplimiento, antes bien, probablemente será lo contrario.

Así sería, también, si las jurisdicciones fiscales de la residencia de las instituciones de inversión colectiva no permitieran la imputación de la retención so pretexto de que las mismas no tributan. Ciertamente, los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE indican que las instituciones de inversión colectiva pueden ser consideradas, bajo la concurrencia de ciertas circunstancias, como personas residentes y, por tanto, tener derecho a la aplicación del convenio de que se trate⁹, pero de ahí no debería seguirse que la jurisdicción fiscal de la residencia que las declarase exentas cumpliera, por razón de tal exención, con la obligación de eliminar la doble imposición que le incumbe. Antes bien, esa obligación solo debiera entenderse cumplida si permitiese la imputación de la retención en sede de la imposición personal de los socios o partícipes colectivos o, alternativamente, si ofreciese una compensación a la institución de inversión colectiva. En efecto, la exención a favor de una institución de inversión colectiva no cumple la función de eliminar la doble imposición sino la de ubicar la tributación, ya sea actual o diferida, en sede de los socios o partícipes.

Bajo la premisa de que la jurisdicción fiscal de la residencia de los inversores colectivos cumpla con la obligación que el convenio bilateral le impone de eliminar la doble imposición jurídica, la respuesta a la interrogante planteada continuaría siendo negativa.

El efecto práctico de las sentencias del TJUE en este campo ha sido, lisa y llanamente, transferir recaudación desde un Estado miembro a un Estado tercero, sin levantar una traba ni conseguir un trato igual, que habría de lograrse mediante los mecanismos del convenio bilateral correspondiente, pero no mediante la exclusión de la retención en la fuente.

Bajo esta consideración, el TJUE hubiera debido encomendar a los tribunales nacionales la tarea de examinar si el convenio bilateral correspondiente contenía los mecanismos

⁹ Modelo de Convenio de la OCDE (2017), comentarios al artículo 1, párrafo 22 y ss.

pertinentes para hacer efectiva la eliminación de la doble imposición provocada por la retención en la fuente.

Más aún, si se considera la función vehicular de la institución de inversión colectiva, el TJUE hubiera debido situar el análisis de comparabilidad en sede de los socios o partícipes, ya que la fiscalidad privilegiada, básicamente de exención, de la institución de inversión colectiva no es más que una técnica de transferir la tributación hacia los socios o partícipes, como se ha comentado.

Seguramente, el TJUE no ha considerado debidamente que las instituciones de inversión colectiva no son sino un mero instrumento de los inversores, de manera tal que lo relevante es la fiscalidad de los mismos, no la de la institución. Si hacia ellos hubiera dirigido su mirada, probablemente habría situado el análisis de comparabilidad en sede de la tributación de los socios o partícipes o, al menos, hubiera encomendado a los tribunales nacionales que constataran si el convenio bilateral correspondiente permitía neutralizar la restricción a la libertad de movimiento de capitales, mediante la imputación de la retención, como así debe ser en buena técnica tributaria¹⁰. Ciertamente, la sentencia *Atkiendfonds* (Sentencia

¹⁰ **Ejemplo 2:** Convenio hispano-norteamericano.

Caso práctico, bajo la hipótesis de que el fondo de inversión sea tratado como una entidad transparente o bien obligada a distribuir rentas por la legislación norteamericana. En tal caso, la retención por el IRNR debiera aprovechar a los socios o partícipes.

a) Tributación con retención por el IRNR

Beneficio obtenido por una entidad residente en territorio español: 133,33

Impuesto sobre sociedades (25 %): 33,33

Dividendo: 100

Retención IRNR (según convenio): 15

Tributación del inversor individual norteamericano (supuesto tipo 40 %): 25 (100/40 % - 15)

a') Tributación del inversor colectivo norteamericano (en vez de percibir el dividendo directamente lo percibe a través del fondo de inversión y EE.UU. permite la imputación de la retención): 25 (100/40 % - 15)

Renta líquida inversor individual: 60 (100 - 15 - 25)

Renta líquida inversor colectivo: 60 (100 - 15 - 25)

a'') Inversor colectivo norteamericano (en vez de percibir el dividendo directamente lo percibe a través del fondo de inversión y EE.UU. no permite la imputación de la retención): 34 (100 - 15/40 % - 0)

Renta líquida del inversor individual: 60 (100 - 15 - 25)

Renta líquida del inversor colectivo: 51 (100 - 15 - 34)

b) Tributación suprimiendo la retención por el IRNR

Beneficio obtenido por una entidad residente en territorio español: 133,33

Impuesto sobre sociedades (25 %): 33,33

Dividendo: 100

de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–) esboza la apertura de una vía en el sentido expuesto.

Las mismas reflexiones caben respecto de los fondos de pensiones.

5.2. Imposición sobre intereses pagados a no residentes

Los argumentos precedentes son también válidos respecto de los intereses. Sin embargo, como quiera que estos se gravan en sede de las entidades residentes receptoras de los mismos sin aplicación de ningún método para eliminar una doble imposición, por regla general inexistente, la cuestión de la posible discriminación queda circunscrita a los intereses percibidos por las entidades exentas o que disfrutaban de un régimen específico que determine la no tributación de los mismos, cual podría ser el caso de las instituciones de inversión colectiva y de los fondos de inversión.

Consecuentemente, la retención consentida por los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición podrá ceder ante la libertad de movimiento de capitales, a menos que el TJUE incorpore a su análisis la función vehicular de estas instituciones, desplazando el análisis de comparabilidad hacia la tributación de los partícipes o, al menos, abra la vía de la función neutralizadora de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y los mismos se apliquen de manera tal que permitan la imputación efectiva de las retenciones practicadas por el país de la fuente.

5.3. Imposición sobre plusvalías mobiliarias

Las plusvalías derivadas de la transmisión de acciones o participaciones con subyacente inmobiliario pueden ser gravadas por la jurisdicción fiscal de la fuente. Si estas plusvalías están exentas cuando se obtienen por una entidad residente, la libertad de movimiento de capitales podrá impedir aquel gravamen, de manera tal que la jurisdicción fiscal de la fuente perderá la competencia que le otorga el convenio bilateral correspondiente.

No obstante, la imputación completa de la tributación en la fuente sobre la plusvalía en sede de la tributación en residencia podrá neutralizar la restricción, de manera tal que el régimen fiscal de la entidad perceptora será un ingrediente determinante de la neutralización.

Retención IRNR: 0

Inversor colectivo norteamericano: 40 (100/40 %)

Inversor individual norteamericano: 40 (100/40 %)

Renta líquida del inversor colectivo: 60 (100 – 40)

Renta líquida del inversor individual: 60 (100 – 40)



Así, la exención de la plusvalía en sede de la misma determinaría la imposibilidad de la imputación y, por ende, no se produciría el efecto neutralizador del convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

5.4. Base imponible de la imposición sobre no residentes

La imposición en la fuente sobre los dividendos y los intereses recae generalmente sobre los importes brutos, en línea con lo establecido en los artículos 10 y 11 del Modelo de Convenio de la OCDE, sin tomar en consideración los gastos que, eventualmente, pudieran estar relacionados con la obtención de esos ingresos. Sin embargo, en ciertos casos, básicamente concernientes a entidades que realizan profesionalmente actividades financieras o aseguradoras, para obtener esos ingresos se ha debido incurrir en ciertos gastos, los cuales, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales, deberán ser tomados en consideración en orden a la determinación de la base imponible de la tributación en la fuente, en la medida en que también se tomen en consideración respecto de la tributación de las personas o entidades residentes en la jurisdicción fiscal de la fuente.

Nótese que, en estos casos, el convenio bilateral no podrá surtir el efecto neutralizador, por cuanto el método de imputación ordinaria limita la deducción a la cuota generada por la renta de fuente extranjera.

5.5. Aplicación de métodos para eliminar la doble imposición

El método de eliminación de la doble imposición de dividendos previsto en el convenio bilateral se suele proyectar respecto de la retención sufrida por el perceptor del dividendo, pero no, como regla general, respecto del impuesto recaído sobre el beneficio del que procede el dividendo. Sin embargo, si los dividendos internos disfrutan de un método para eliminar la doble imposición que también se proyecte respecto del impuesto subyacente, la libertad de movimiento de capitales o la de establecimiento, según los casos, podrán obligar a hacer lo propio respecto de los dividendos externos entrantes. De esta manera, los Estados miembros habrán de conceder lo que los Estados terceros con los cuales han pactado un convenio bilateral para eliminar la doble imposición no conceden, en demérito del equilibrio del propio convenio, así como, al menos en teoría, de las posibilidades de negociación de los Estados miembros.

5.6. Cláusulas de exclusión del convenio

Las sociedades filiales residentes en un Estado miembro de matrices residentes en otro Estado miembro podrían quedar excluidas de la aplicación de ciertos convenios bilaterales

para eliminar la doble imposición, debido a las cláusulas de tránsito, transparencia o generales de limitación de beneficios, insertas en los mismos. La libertad de establecimiento se opondría a esa exclusión, por cuanto privaría a entidades amparadas por aquella de un régimen fiscal beneficioso, respecto de ciertos elementos de renta, al que tendrían acceso las restantes entidades residentes. Por esta razón, en algunos convenios bilaterales para eliminar la doble imposición se han venido introduciendo matizaciones a tales cláusulas convencionales limitativas, mediante la técnica del beneficiario equiparable, específicamente proyectada respecto de entidades residentes en Estados miembros.

Este es el sentido del artículo 17 del convenio hispano-norteamericano, según redacción del Protocolo y su Memorando de entendimiento. En la misma línea, en el convenio hispano-suizo, en relación con la incorporación mediante declaraciones protocolarias de ciertas normas antiabuso limitativas de los beneficios fiscales, se establece que España, en todos los casos, otorgará a una sociedad residente en Suiza el mismo tratamiento que a cualquier sociedad residente en un Estado miembro de la UE que se encuentre en una situación equiparable. En este mismo convenio, y en relación con la denominada cláusula de transparencia, se da la consideración de persona o entidad residente en los Estados contratantes, esto es, Suiza o España, a quienes residieren en algún Estado miembro de la UE.

En fin, la técnica del beneficiario equivalente o beneficiario equiparable está reconocida, con carácter general, en el artículo 7, apartado 13 c) de la Convención Multilateral de la OCDE.

5.7. Cláusula de nación más favorecida

En *D* (Sentencia de 5 de julio de 2005, asunto C-376/03 –NFJ022996–), el TJUE rechazó que el Derecho de la UE impusiera la cláusula de nación más favorecida, en relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición concertados por los Estados miembros. Sin embargo, la pertenencia de una parte contratante a la UE ha motivado ciertas cláusulas convencionales orientadas a conceder el mejor trato derivado de otro convenio o de la variación de la normativa comunitaria.

En el convenio hispano-neozelandés se establece que cuando España modifique sustancialmente la tributación de los dividendos obtenidos por no residentes, y dicha modificación sustancial se derive del marco regulador de la UE, comprendidas las sentencias del TJUE, las autoridades competentes españolas informarán de dicha modificación a las autoridades competentes neozelandesas, con el fin de reconsiderar, si fuera posible, los contenidos del artículo 10.

En dicho convenio, en relación con los países de la OCDE, se establece una cláusula a favor de España para el supuesto de que Nueva Zelanda negocie en el futuro un convenio para evitar la doble imposición con alguno de dichos países en el que se establezca una limitación respecto de la tributación en la fuente de los dividendos, intereses y cánones a un

tipo inferior al previsto en el convenio, en cuya virtud se otorgará a España dicha tributación inferior. Esta cláusula también afectará a los Estados miembros de la UE.

En el convenio hispano-vietnamita se establece que, si Vietnam firma un acuerdo o convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro, y en dicho acuerdo o convenio se establecen porcentajes de retención inferiores, o a tipo cero, dichos porcentajes sustituirán inmediatamente a los establecidos en el convenio hispano-vietnamita.

En el convenio hispano-serbo se prevé una modificación de los límites de tributación relativos a dividendos, intereses y cánones, para el caso de que Serbia suscriba un convenio bilateral más beneficioso con otro Estado miembro. Esta medida, de todo punto similar a la prevista en el convenio con Vietnam, trata de frustrar las operaciones triangulares que podrían producirse debido a que el pago de tales rentas desde España a otro Estado miembro pueda, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, estar exenta de tributación por el IRNR. Al tiempo, alivia la retención de los perceptores residentes en España de rentas cuya fuente sea Serbia.

Parte tercera. Conclusiones y reflexiones finales

1. Conclusiones

El análisis precedente permite formular un conjunto de conclusiones, que se dividen en generales y particulares, estas últimas referidas a la tributación de las rentas del capital en España.

1.1. Conclusiones generales

Primera. El fundamento jurídico de gran parte de las sentencias relativas a las rentas del capital han sido las libertades de establecimiento y de movimiento de capitales consagradas en el TFUE. El TJUE ha venido apreciando una restricción cuando el régimen fiscal de la situación comunitaria es más gravoso, o menos ventajoso, que el de la interna, siendo una y otra comparables entre sí, y no mediar causa de justificación adecuada y proporcionada.

El principio que subyace a esa argumentación es el de igualdad de trato, en último término el principio de igualdad, sin que haya sido relevante hasta qué punto la infracción del mismo por el régimen fiscal concernido haya podido tener un efecto práctico respecto del ejercicio de las acciones amparadas por aquellas libertades.

Ese perfil, estrictamente jurídico, ha conferido una solidez a la doctrina del TJUE que, seguramente, hubiera ofrecido resquicios a la incertidumbre en caso de incorporar, con carácter prevalente, ingredientes relativos al efecto material restrictivo. Sin embargo, por una

parte, son esos ingredientes los que perturban la consecución del mercado interior (art. 26 TFUE), a cuya consecución concurren las libertades, y, por otra, aquella solidez se ha visto minada por las dificultades inherentes al análisis de comparabilidad.

Segunda. La adecuación de los regímenes fiscales de los Estados miembros a las sentencias del TJUE ha podido conducir, en algunos ámbitos, a modificaciones normativas similares, pero de ahí no debe inferirse que aquellas sean una vía armonizadora. En efecto, el TJUE, una vez apreciada la restricción, no esboza los rasgos básicos de la modificación normativa idónea. Se limita a constatar una relación de oposición que debe resolverse mediante una decisión del tribunal nacional congruente con el contenido de la sentencia, la cual vincula al tribunal nacional remitente.

Tercera. Mediante sus sentencias, contestando a las cuestiones prejudiciales o interpretando normas comunitarias derivadas o resolviendo recursos de incumplimiento, el TJUE ha ido conformando un cuerpo doctrinal que permite examinar, por parte de todos los operadores jurídicos, la adecuación al ordenamiento comunitario de las normas tributarias relativas a las rentas del capital existentes en los distintos Estados miembros. Los tribunales de justicia nacionales atenderán las peticiones apoyadas en la doctrina del TJUE, y lo propio harán las administraciones tributarias nacionales, las cuales, sin embargo, no teniendo acceso al planteamiento de cuestiones prejudiciales, seguramente actuarán con una comprensible contención, en orden al ejercicio del poder-deber de inaplicación de las normas internas afectadas.

Cuarta. Corresponde al legislador producir la modificación normativa oportuna en orden a depurar el ordenamiento interno. El sentido de esa modificación no está predeterminado por la doctrina del TJUE. El abanico de los posibles sentidos de la modificación puede ser bastante amplio. Lo importante es que la modificación se ajuste a la doctrina relevante. En este sentido, se ha venido indicando que el TJUE realiza una armonización de carácter negativo, parangonándola con la función de legislador negativo predicada respecto de los tribunales constitucionales nacionales.

Así, el legislador español, ante la doctrina del TJUE que postulaba la igualdad de trato para todos los dividendos, cualquiera que fuere su fuente u origen, reaccionó, respecto del IRPF, suprimiendo el sistema de eliminación de la doble imposición existente hasta el momento y sujetó a todos los dividendos a una tarifa escasamente progresiva, en tanto que respecto del IS hizo lo contrario, esto es, extendió la exención, en cuanto método de eliminación de la doble imposición, a los dividendos de fuente extranjera en igualdad de condiciones. En ambos casos se ha conseguido el ajuste a la doctrina del TJUE.

Quinta. La doctrina del TJUE ha afectado a la imposición sobre las rentas del capital en sede del Estado miembro en el que reside la entidad pagadora, tal y como la misma está diseñada en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, generalmente siguiendo los criterios del Modelo de Convenio de la OCDE. Así, una retención sobre dividendos, exigible en los términos previstos en un convenio bilateral para eliminar la doble



imposición, podrá devenir inaplicable, o la base de esa retención deberá formarse mediante la admisión de ciertos gastos, aunque el convenio autorice la imposición sobre la renta bruta.

La doctrina del TJUE también ha afectado a la imposición sobre las rentas del capital en sede del Estado miembro en el que reside la entidad perceptora de los dividendos, de manera tal que, en ciertos casos, el método para eliminar la doble imposición previsto en el convenio deberá ceder el paso a otro método distinto.

Todo ello afecta negativamente a la capacidad negociadora de los Estados miembros.

1.2. Conclusiones particulares

Primera. Aun cuando los tribunales españoles no han sido proclives a plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE, sí han sido sensibles a los argumentos basados en las libertades comunitarias, ejercitando, cuando así lo han entendido procedente, el poder-deber de inaplicación de las normas fiscales afectadas.

Segunda. Las sentencias del TJUE en materia de rentas del capital, incluso las no referidas a normas fiscales españolas, han motivado numerosas reformas en nuestras leyes fiscales. Baste recordar, entre otras, las concernientes a la eliminación de la doble imposición económica, tanto en el IS como en el IRPF, a la subcapitalización en el IS y, en fin, a las exenciones a favor de las instituciones de inversión colectiva y de los fondos de pensiones así como a la admisión de gastos profesionales en el IRNR.

Tercera. La concesión de la exención para eliminar la doble imposición respecto de los dividendos procedentes de participaciones cuyo valor de adquisición fuere superior a 20 millones de euros puede derivar en un cuestionamiento generalizado de la tributación por el IRNR de los dividendos internos salientes percibidos por entidades jurídicas, relativos a ese tipo de participaciones, por aplicación de la libertad de movimiento de capitales. En efecto, una participación de esa naturaleza, aun cuando pueda ser considerada como significativa en el sentido del artículo 21 del TRLIS, no siempre dará lugar a la posibilidad de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de la entidad participada, de manera tal que, en relación con la misma, podría operar la libertad de movimiento de capitales.

Esta innovación de la Ley 27/2014, con antecedente en una revisión del régimen de la entidad de tenencia de valores extranjeros, debiera ser reconsiderada ya que, sobre ser gravosa desde el punto de vista recaudatorio, por más que halle justificación en la eliminación de la doble imposición, podría implicar la renuncia a tributaciones consentidas por los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Cuarta. Las recientes sentencias del TS sobre las retenciones relativas a los dividendos internos salientes a favor de los fondos de inversión extracomunitarios han supuesto la obli-

gación de efectuar importantes devoluciones a favor de los mismos. Más allá del perjuicio recaudatorio que ello ha supuesto para la jurisdicción fiscal española en beneficio de las jurisdicciones fiscales extracomunitarias, singularmente la norteamericana, cabe advertir la incongruencia que supone la eliminación de la retención sobre la inversión colectiva cuando la relativa a la individual realizada por personas físicas no se ha cuestionado, ni es cuestionable.

El enderezamiento definitivo de la anomalía requeriría que el TJUE tomara en consideración la función puramente vehicular de las instituciones de inversión colectiva, de manera tal que el análisis de comparabilidad se hiciera tomando en consideración la tributación, no de la institución de inversión colectiva, sino la de sus socios o partícipes. No es previsible que el TJUE dé este paso. Sin embargo, tras *Aktienfonds-Kohn* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), el TS tal vez pudiera enfocar el análisis de comparabilidad de forma distinta a como lo ha venido haciendo hasta el momento, en particular considerando la concurrencia de 100 o más socios.

Con todo, restaría la incidencia, comentada en la conclusión precedente, del valor de adquisición superior a 20 millones de euros.

Quinta. El efecto neutralizador de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición ha sido escasamente examinado por los tribunales españoles, seguramente porque el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa no ha hallado el antecedente administrativo necesario. La excepción más significativa, en el momento de escribir estas líneas, es la Sentencia de la AN de 9 de julio de 2020 (rec. núm. 198/2017 –NFJ078918–) y su voto particular. Más allá de que, en el caso concreto, haya sido negado el efecto neutralizador, es lo cierto que ha abierto una vía, tal vez la única verdaderamente practicable, para evitar la transferencia de recursos fiscales desde la jurisdicción fiscal española a la jurisdicción fiscal extranjera, singularmente la norteamericana, en oposición a lo pactado en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición correspondiente.

Sexta. La determinación del beneficiario efectivo, en relación con la aplicación de las normas del IRNR, ha hallado una importante orientación en las sentencias del TJUE sobre la materia, a las cuales es previsible que se ajuste la práctica administrativa y el control jurisdiccional.

Séptima. No obstante las reformas fiscales acometidas para adecuar algunas normas a los criterios del TJUE, todavía restan algunos supuestos que, tal vez, serían merecedores de una modificación con esa misma finalidad.

2. Reflexiones finales

A la vista de las conclusiones precedentes cabe poner sobre el tapete varias preguntas: ¿La doctrina del TJUE relativa a la tributación de las rentas del capital está en sintonía con

el denominado trilema de Rodrik? ¿Podía el TJUE haber adoptado un perfil menos intenso en la protección de las libertades y del principio de no discriminación y más comprensivo con los sistemas fiscales de los Estados miembros? ¿Han sido las sentencias del TJUE un factor de armonización fiscal?

2.1. La versión fiscal del trilema de Rodrik

Según la tesis de Rodrik (2012, capítulos 9-12), no pueden coexistir, en su máxima expresión, la hiperglobalización, la soberanía nacional y la democracia. Una de las tres deberá ser sacrificada.

En un ejercicio puramente especulativo, podría ser traducido el trilema de Rodrik al campo de la fiscalidad sobre las rentas del capital, en el sentido de que no pueden coexistir, en su máxima expresión, la libertad de movimiento de capitales (hiperglobalización), los criterios de distribución de las competencias entre jurisdicciones fiscales libremente pactados por las mismas (soberanía nacional) y la configuración de los sistemas de imposición de acuerdo con las preferencias expresadas por los representantes políticos (democracia).

En un sentido semejante, las sentencias del TJUE han puesto de relieve cómo, en la actual situación de distribución del poder político entre la UE y los Estados miembros, la coexistencia, en ciertas materias no desdeñables, entre las libertades comunitarias y algunos principios básicos de la imposición, se revela preñada de dificultades.

Véase lo sucedido en relación con la eliminación de la doble imposición de dividendos en el IRPF. Podría el legislador haber extendido la eliminación a los dividendos de fuente extranjera pero, en tal caso, hubiere acontecido que los perceptores residentes en territorio español hubieran disfrutado de los servicios servidos por el sector público español y pagado los impuestos en otro país. Tal vez por eso, el legislador decidió suprimir la eliminación de la doble imposición, sobrecargando a los dividendos respecto de los intereses, en claro demérito de la neutralidad. Libertad de movimiento de capitales, neutralidad impositiva y principio del beneficio, no han podido coexistir.

Véase, en el mismo sentido, lo sucedido en relación con la eliminación de la doble imposición económica en el IS. Al extender a los dividendos extranjeros la exención, las sociedades residentes en territorio español receptoras de los mismos están pagando los impuestos sobre los beneficios inherentes a sus inversiones de capital a una jurisdicción fiscal extranjera, en tanto que gozan de la protección de las leyes mercantiles españolas, ellas y sus accionistas. Libertad de movimiento de capitales, neutralidad impositiva y principio del beneficio, tampoco han podido coexistir.

Véase, en fin, lo acontecido con la retención por el IRNR, respecto de los dividendos pagados a fondos de inversión extracomunitarios, donde la Hacienda Pública se ha visto

constreñida a efectuar su devolución, lo que implica una transferencia de recursos hacia sus partícipes los cuales, sin embargo, han obtenido unas rentas originadas por las actividades económicas de unas entidades residentes en territorio español y que, por tanto, se han beneficiado de los servicios prestados por las instituciones públicas españolas, y todo ello sin la contrapartida de un tratamiento de reciprocidad y, todavía más, a esa misma solución podría llegarse en un futuro si se consolidan los criterios mantenidos hasta el momento por el TS, en relación con los intereses pagados por dichas entidades residentes en territorio español, los cuales habrán mermado la base imponible del IS. Libertad de movimiento de capitales, pactos según los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y técnica tributaria apropiada para un vehículo de inversión de los partícipes, igualmente no han podido coexistir.

La primacía del Derecho de la UE ha determinado, en el ámbito de las rentas del capital, de acuerdo con la interpretación que el TJUE ha venido dando al principio de libertad de movimiento de capitales, la inaplicación de ciertas normas nacionales o convenidas internacionalmente, de manera tal que la soberanía fiscal, en ese ámbito, también ha debido ceder.

La propuesta de Rodrik no es dar marcha atrás en el proceso de globalización, sino regularlo, de modo que se llegue a lo que él denomina una «globalización en sus cabales», a cuyo efecto ha desgranado un conjunto de sugerencias (Rodrik, 2012, capítulos 9-12)¹¹ que, llevadas al problema que nos ocupa, se traducirían esencialmente, en la construcción de una doctrina, a cargo del TJUE, que compatibilizase las exigencias de las libertades con los principios rectores de la fiscalidad internacional. En parte, esa doctrina ya está presente en

¹¹ Extracto, a cargo del autor, de las sugerencias de la globalización en sus cabales:

- Los mercados deben ser objeto de regulación. Por tanto, la globalización no debe traspasar la capacidad de una gobernanza global para mantenerla.
- La gobernanza global absoluta es una quimera, no ya solo porque los gobiernos nacionales están fuertemente arraigados, sino porque la armonización de reglas no beneficiaría por igual a sociedades con necesidades y preferencias diversas.
- Un mundo con una globalización moderada sería un lugar mucho mejor para vivir que uno atrapado en la quimérica búsqueda de la hiperglobalización. La preocupación por la presión de las fuerzas de la globalización es la principal razón de la carrera hacia abajo en cuanto a normas laborales, impuestos de sociedades y otros temas.
- No existe un único camino hacia la prosperidad.
- Los países tienen derecho a proteger sus propios sistemas sociales, normas e instituciones. Quienes se oponen a la globalización, argumentan que activa una carrera hacia abajo en la que las naciones convergen hacia los niveles más bajos de impuestos de sociedades, regulaciones financieras y protección medioambiental, laboral y del consumidor.
- La economía mundial debe ser regulada. Confiar esa regulación a las naciones Estado no significa que deban abandonarse las normas internacionales, pero sí que las mismas deban tener en cuenta las diversidades institucionales. La cooperación entre sí de los Estados puede, ciertamente, resolverse en la aceptación de reglas técnicas formuladas por organizaciones internacionales constituidas por los mismos, y bajo su control.

las afirmaciones del TJUE relativas al efecto neutralizador de las restricciones de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, pero es necesario un mayor desarrollo de la misma. Los tribunales españoles tienen una oportunidad magnífica para estimular tal desarrollo mediante la formulación de cuestiones prejudiciales, en particular en relación con la tributación por el IRNR de las rentas del capital obtenidas por las instituciones de inversión colectiva extracomunitarias.

2.2. El perfil de las sentencias del TJUE en materia de tributación sobre las rentas del capital

Una valoración que se proyectara, indiscriminadamente, sobre todas las sentencias del TJUE, conduciría al error. Sin embargo, en términos generales, puede afirmarse que las sentencias no han versado sobre regímenes fiscales diseñados para promover la inversión interior en detrimento de la exterior, sino sobre regímenes fiscales que, pudiendo tener ese efecto, no habían sido concebidos y establecidos en orden a su consecución, sino como piezas de un sistema tributario coherente. En una parte apreciable, las sentencias del TJUE han recaído en relación con regímenes fiscales ampliamente aceptados por la técnica tributaria y la práctica internacional e incluso respaldados por los criterios de distribución de competencias ínsitos en el Modelo de Convenio de la OCDE, los cuales han debido ceder ante la primacía del Derecho de la UE, no solo en el ámbito comunitario, sino con carácter mundial, habida cuenta de la proyección de la libertad de movimiento de capitales, con grave limitación de la soberanía fiscal de los Estados miembros (Weber, 2006).

Si nos atenemos a esos regímenes, el perfil más intenso se halla en aquellas sentencias que han afectado a la imposición, generalmente mediante retención, sobre dividendos pagados a entidades no residentes o dividendos internos salientes, y a la eliminación de la doble imposición sobre dividendos de fuente extranjera o dividendos externos entrantes.

En el primer caso, el TJUE ha entendido, como así ha quedado expuesto, que las entidades no residentes están en situación comparable con las entidades residentes frente al objetivo de la eliminación de la doble imposición económica, desde el punto y hora en que el Estado miembro correspondiente ha decidido ejercitar su competencia fiscal sobre aquellas mediante la retención sobre los dividendos internos salientes, con la consecuencia de que el Derecho de la UE se opondría a esa retención, en cuanto determinante de una doble imposición que las entidades residentes no padecerían.

Sin embargo, de acuerdo con las reglas rectoras de la fiscalidad internacional auspiciadas por la OCDE, la eliminación de la doble imposición internacional no recae sobre la jurisdicción fiscal de la fuente sino sobre la jurisdicción fiscal de la residencia.

Ciertamente, el TJUE ha venido admitiendo que la restricción así delimitada podría ser neutralizada mediante la imputación de la retención en sede de la imposición de la entidad

perceptora del dividendo, en aplicación de las previsiones de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

El Modelo de Convenio de la OCDE prevé esa imputación, si bien con el límite de la parte de cuota correspondiente a los dividendos, de manera tal que la neutralización se produce cuando dichos dividendos se gravan a un tipo superior al de la retención, pero no cuando a los mismos se aplica un método para la eliminación de la doble imposición sea el de exención o el que contemple la imputación del impuesto subyacente. De esta manera, la existencia de un método para eliminar la doble imposición económica en la jurisdicción fiscal de la residencia frustra, de acuerdo con la doctrina del TJUE, la neutralización de la restricción. Esta circunstancia se dará, básicamente, cuando los perceptores sean personas jurídicas.

Si el razonamiento precedente es correcto, la conclusión a la que se llega no es satisfactoria. En efecto, la eliminación de la doble imposición jurídica permite el efecto neutralizador, en tanto que la eliminación de la doble imposición económica, en particular la exención del dividendo, no lo permite, siendo así que la segunda supone una eliminación radical de la doble imposición.

Seguramente, ha faltado en el análisis del TJUE la consideración de que la eliminación de la doble imposición corresponde a la jurisdicción fiscal de la residencia del inversor, y que esa eliminación se puede alcanzar, justamente, mediante la exención del dividendo o la imputación del impuesto subyacente. Tal vez, el TJUE hubiera podido admitir que esa exención o esa imputación del impuesto subyacente, ordenada por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, tenían también un efecto neutralizador de la restricción.

Por otra parte, desde una perspectiva puramente económica, la retención sobre los dividendos no disuade a los inversores extranjeros de realizar sus inversiones en las entidades pagadoras de los mismos, en la medida en que la retención esté generalizada entre las distintas jurisdicciones fiscales. Ahora bien, desde la perspectiva de la función económica de las libertades de establecimiento y de movimiento de capitales, es esa disuasión la que surte un efecto adverso a las mismas.

Ciertamente, la retención sobre los dividendos internos salientes, cuando los dividendos puramente internos no la sufren o es objeto de devolución, puede determinar un coste fiscal mayor para las inversiones externas en comparación con las internas, lo que podría llevar a los inversores de todas las jurisdicciones fiscales a centrarse en las inversiones puramente internas, excepto si la retención generase un crédito fiscal a ejercitar ante la jurisdicción fiscal de la residencia.

Sobre los rendimientos de una inversión financiera recaen, básicamente, tres impuestos: el impuesto sobre los beneficios de la entidad participada, la retención sobre los beneficios distribuidos y el impuesto personal del inversor. Para elegir entre la inversión interior y exterior, y el lugar de la inversión exterior, el inversor tomará en consideración los tres tributos, así como las posibles relaciones existentes entre los mismos.

Cuando los rendimientos de la inversión tributan por igual ante la imposición personal del inversor, cualquiera que sea su fuente u origen, y la retención, tanto sobre los dividendos internos como extranjeros, genera un crédito fiscal, el inversor únicamente tomará en consideración el impuesto sobre los beneficios de la entidad participada. Así pues, bajo las condiciones señaladas, el impuesto que puede tener verdadera incidencia sobre las decisiones de inversión es el que grava los beneficios de la entidad participada. Sin embargo, ninguna sentencia del TJUE ha versado, ni seguramente versará, sobre el impacto que la diversidad de tipos de gravamen en la imposición sobre los beneficios implica en relación con las libertades de establecimiento y de movimiento de capitales, por cuanto esa diversidad no genera un tratamiento fiscal desigual entre los inversores, aun cuando sí una distorsión respecto de la función económica de las libertades de establecimiento y de movimiento de capitales.

Un supuesto singular es el de las instituciones de inversión colectiva. Estas entidades operan por cuenta de sus inversores. Por esta razón, el régimen fiscal más idóneo para las mismas es el de atribución o transparencia o el de reparto obligatorio de las rentas derivadas de las inversiones que gestiona. Este régimen implica que la institución de inversión colectiva no tribute, sino que lo hagan sus socios y partícipes, a los cuales les debería ser transferida, a modo de crédito fiscal, la retención sobre los dividendos pagados a la institución de inversión colectiva. Bajo ese régimen fiscal, la retención sobre los dividendos pagados a las instituciones de inversión colectiva no residentes determinaría una restricción en cuanto la retención sobre los dividendos pagados a las instituciones de inversión colectiva residentes no se practicara o se devolviera, pero tal restricción estaría neutralizada mediante la generación de un crédito fiscal a favor de los socios o partícipes de la institución de inversión colectiva, que los mismos harían efectiva en sede de su imposición personal. Este es el argumento sobre el que habría de pivotar la defensa de la retención sobre los dividendos pagados a instituciones de inversión colectiva extranjeras. Defensa justa, pues carece de sentido que la retención sobre el dividendo pagado al inversor individual sea inmune al Derecho de la UE y la del dividendo pagado al inversor colectivo a través de la institución de inversión colectiva deba ceder ante el mismo.

El tratamiento igual, a efectos fiscales, del inversor individual y el colectivo es un criterio ampliamente admitido y plenamente congruente con la arquitectura del mercado interior¹².

¹² Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE (2016/C, 262/01):

Generalmente se acepta que los instrumentos de inversión, como los organismos de inversión colectiva, deben estar sujetos a un nivel impositivo adecuado puesto que básicamente operan como organismos intermediarios entre los inversores (terceros) y las empresas objetivo que son el sujeto de la inversión... neutralidad fiscal significa que los contribuyentes son tratados de la misma manera tanto si invierten en activos, como títulos del Estado y acciones de sociedades anónimas, directa o indirectamente a través de fondos de inversión. En consecuencia, un régi-

Si la retención sobre las rentas percibidas directamente por el inversor no está en cuestión tampoco debería estarlo la practicada sobre las rentas percibidas por el inversor a través de la institución de inversión colectiva.

De acuerdo con los argumentos precedentes, puede concluirse que el TJUE hubiera podido desplegar unos criterios que no hubieran puesto en tela de juicio regímenes fiscales ampliamente consolidados y respaldados por las convenciones internacionales si hubiera construido su doctrina sobre el efecto materialmente restrictivo, respecto de la libertad concernida, de los regímenes fiscales examinados, en vez de confiar la afloración de tal efecto a un juicio de discriminación basado en el distinto tratamiento fiscal de residentes y no residentes o, incluso en este supuesto, si hubiera profundizado más en los efectos neutralizadores del crédito fiscal nacido de la retención practicada por el Estado miembro de la fuente.

En el segundo caso, esto es, el relativo a los dividendos externos entrantes, el TJUE avistó una restricción a la libertad de movimiento de capitales o a la de establecimiento cuando los dividendos de fuente extranjera percibidos por las personas o entidades residentes tenían un régimen fiscal menos ventajoso que los dividendos de fuente interna. Sencillamente, los Estados miembros que deseen eliminar la doble imposición económica deben extenderla a los dividendos de fuente extranjera, aun cuando ellos no hubieren percibido el impuesto sobre el beneficio del que procede el dividendo.

A diferencia del primer caso, aquí no puede operar la neutralización mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición. El convenio aplicable habrá previsto la eliminación de la doble imposición en su vertiente jurídica, pero las libertades comunitarias obligarán también a la vertiente económica si los dividendos internos disfrutaban de ella. La alternativa de conceder la eliminación de la doble imposición económica a los dividendos de fuente extranjera no va contra el convenio, pero quiebra el equilibrio propio del mismo si la otra parte contratante no desea conceder la eliminación de la doble imposición económica. La alternativa de no conceder la eliminación de la doble imposición económica para todos los dividendos internos no va en contra de las libertades comunitarias, pero infringe el principio fiscal de neutralidad.

Por otra parte, si el TJUE hubiera construido su doctrina sobre los efectos materialmente restrictivos, respecto de la libertad concernida, hubiera llegado a la misma conclusión.

En este punto, lo que habría que buscar es un equilibrio, el cual puede alcanzarse mediante las prácticas de reciprocidad en el ámbito de las negociaciones de los convenios bi-

men fiscal para organismos de inversión colectiva que respete los fines de transparencia fiscal a nivel del instrumento intermediario puede estar justificado por la lógica del sistema fiscal en cuestión, siempre y cuando evitar la doble imposición económica constituya un principio inherente al sistema fiscal en cuestión...

laterales para eliminar la doble imposición. Bien se comprende que esta línea de actuación cae al margen de las competencias del TJUE, pero su doctrina podrá ser aportada a ese proceso de negociación, a fin de contribuir a encauzarlo en la forma apropiada.

2.3. La denominada armonización negativa

A pesar de las dificultades apuntadas, las sentencias del TJUE han sido, y seguirán siendo, un buen instrumento para cercenar las normas de los distintos sistemas fiscales de los Estados miembros que tratan de manera distinta, e injustificada, situaciones internas e internacionales. En este sentido, son un elemento esencial en la construcción del mercado interior, aun cuando nada puedan contra ciertas normas fiscales, señeras, que distorsionan los flujos de las inversiones, sean reales o financieros, como, por ejemplo, un tipo general de gravamen en el IS anormalmente bajo (Irlanda, 12,5 %; Hungría, 9 %) o unos incentivos fiscales deliberadamente exacerbados (*patent box*), aunque no sean constitutivos de competencia fiscal perjudicial, en el sentido del Código de Conducta.

Por otra parte, el TJUE ha reconocido sus propias limitaciones. Así, ha manifestado que no puede combatir la doble imposición jurídica o económica cuando deriva de la aplicación de normas no discriminatorias de dos Estados miembros, y de ahí la relevancia del significado y contenido, en este ámbito, de la discriminación (Nocete Correa, 2008, capítulo II).

Las sentencias del TJUE han creado un cuerpo doctrinal que, con las carencias que se quiera, está indicando a los Estados miembros los límites al ejercicio de su poder tributario, identificando las opciones a las que se opondría el Derecho de la UE (Barreiro Carril, 2012, pp. 459 y ss.) y, por ende, dejando espacio abierto a otras de diferente perfil pero, en cualquier caso, sujetando a un control de legalidad comunitario a la acción de los Estados miembros en una materia inherente a su soberanía y respecto de la cual la UE carece de competencias, cual es la imposición directa, en particular sobre las rentas del capital.

En este sentido, se ha calificado la función del TJUE en materia fiscal como de integración o armonización negativa, esto es, destruye las normas nocivas por adversas a las libertades o al principio de no discriminación, pero no construye las normas más convenientes desde la perspectiva integradora o armonizadora (Hinnekens, 2012).

Referencias bibliográficas

- Báez Moreno, A. (2016). La cláusula del propósito principal (principal *purpose test*). Un análisis crítico de la Acción 6 del proyecto BEPS. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 404, 5-52.
- Barreiro Carril, M. C. (2012). *Los Impuestos Directos y el Derecho de la Unión Europea. La armonización negativa realizada por el TJUE*. IEF.
- Calderón Carrero, J. M. (2017). El Tribunal de Justicia revisita las Directivas matriz-filial y de Fusiones: Una nota sobre los casos Wereldhave Belgium y Europark. *Quincena Fiscal*, 11, 99-112.
- Calderón Carrero, J. M. (2019). *Reciente jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de cláusulas antiabuso nacionales y «europeas»: los «casos daneses» y el asunto X/Stuttgart*. AEDAF.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. (2019). *Derecho Tributario de la Unión Europea*. CISS.
- Cámara Barroso, C. (2017). Interpretación del concepto sociedad de un Estado miembro contenido en la Directiva matriz-filial en los casos de sujeción al impuesto a un tipo de gravamen cero. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 412, 131-138.
- Cámara Barroso, C. (2019). El abuso de derecho y el concepto de beneficiario efectivo en materia de intereses y cánones en el contexto de los «asuntos daneses» del TJUE. *Nueva Fiscalidad*, 4, 309-320.
- Cámara Barroso, C. (2020). El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la compatibilidad con la libre circulación de capitales de la retención en la fuente sobre los dividendos pagados a IIC de terceros países. Análisis de la STS 1581/2019, de 13 de noviembre de 2019. *Nueva Fiscalidad*, 1, 297-306.
- Carmona Fernández, N. (2016). La fiscalidad de los no residentes en España (II). Hecho imponible y supuestos de exención. En I. Corral Guadaño, *Manual de Fiscalidad Internacional* (capítulo 7). IEF.
- Castro y Bravo, F. de. (1985). *El negocio jurídico*. Civitas.
- Cencerrado Millán, E. (2010). La subcapitalización. En T. Cordón Ezquerro (Dir.), *Fiscalidad de los Precios de Transferencia* (capítulo 16). CEF.
- Cencerrado Millán, E. (2019). Norma general de limitación de los gastos financieros. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad Internacional* (capítulo 14). CEF.
- Cívico Maldonado, J. A. y Abad Gurumeta, S. (2017). La fiscalidad de las actividades sin ánimo de lucro con componente internacional. En M. Cruz Amorós (Dir.), *Fiscalidad del Mecenazgo* (ponencia tercera). Fundación Impuestos y Competitividad.
- Delgado Pacheco, A. (2018). *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*. Aranzadi.
- Espejo Poyato, I. (2008). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre las Medidas antielusión de los Estados miembros. En M. Á. Collado Yurrita, S. Moreno González y J. A. Sanz Díaz-Palacios (Coords.), *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias* (capítulo III). Atelier.

- Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E. (2010). *Derecho Fiscal Internacional*. Marcial Pons.
- Fernández Antuña, A. (2013). *Fiscalidad internacional de los gastos financieros: Normativa Interna y Derecho Comparado*. Documentos-IEF, n.º 19 (33 pp.)
- García-Herrera, C. y Herrera Molina, P. (2005). El Tribunal de Justicia ante una encrucijada: ¿Rectificar la Jurisprudencia o desintegrar la fiscalidad internacional en Europa? En M. A. Collado Yurrita (Dir.) y S. Moreno González (Coord.), *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria* (capítulo VI). Colex.
- García Novoa, C. (2016). *La deducibilidad fiscal de los gastos financieros en el impuesto sobre sociedades*. Marcial Pons.
- García Prats, F. A. (2016). La tributación de los no residentes en la jurisprudencia del TJUE. En A. Martín Jiménez y F. M. Carrasco González (Dirs.), *Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (capítulo II). Aranzadi Thomson Reuters.
- García Rozado, B. (2016). Medidas unilaterales españolas para evitar la doble imposición internacional. En I. Corral Guadaño (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional* (capítulo 5). IEF.
- García-Torres, M. J. (2014). Efectos recientes en nuestro derecho interno de la armonización del impuesto sobre sociedades: Dedución de intereses de préstamos y regulación de establecimientos permanentes. En A. Martínez y F. Ramos Prieto (Coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público. Homenaje al Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*. IEF.
- Garde Garde, M. J. (2016). Los convenios de doble imposición. Modelos. Fines. Estructura e Interpretación. En I. Corral Guadaño (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional* (capítulo 7). IEF.
- Grau Ruiz, A. y Malherbe, J. (2016). Los dividendos en la jurisprudencia fiscal del Tribunal de Justicia Europeo: una síntesis. En A. Martín Jiménez y F. M. Carrasco González (Dirs.), *Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (capítulo IV). Aranzadi Thomson Reuters.
- Gutiérrez Lousa, M. (2016). Las medidas antiabuso en la normativa doméstica: la subcapitalización. En I. Corral Guadaño (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional* (capítulo 39). IEF.
- Hinneken, L. (2012). Story and Fundamentals of Direct Taxation at Work. *EC Tax Review*, 21(2), 57-66.
- Hjorth, S., Lejour, A. y Van't Riet, M. (2019). *Limitation of holding structures for intra-EU dividends: A blow to tax avoidance?* CBP Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis.
- Jabalera Rodríguez, A. (2010). Tratamiento fiscal de los dividendos transfronterizos en España y su incompatibilidad con la libre circulación de capitales. *Quincena Fiscal*, 18, 13-43.
- Juan y Peñalosa, J. L. de. y Raventós Calvo, S. (2010). El Tribunal Supremo y la cues-

- tión prejudicial. (Comentario de urgencia a propósito del Auto de 25 de enero de 2010). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 329-330, 85-94.
- López Pombo, D. (2019). Corrección de la Doble Imposición Interna e Internacional. En G. Navarro e I. García Alonso (Dir.), *Imposición sobre el Beneficio Empresarial. Evolución Reciente y Perspectivas de Futuro* (capítulo IX). Fundación Impuestos y Competitividad.
- López Ribas, S. (2016). El principio de libre competencia y los gastos financieros. *Carta Tributaria*, 12, 24-30.
- López Tello, J. (2014). Las propuestas de reforma del Impuesto sobre Sociedades de la Comisión de Expertos. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 37, 21-43.
- Lucas Durán, M. (2019). Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad Internacional* (capítulo 14). CEF.
- Malherbe, J., Malherbe, P., Richelle, I. y Traversa, E. (abril 2011). *The Impact of the Rulings of the European Court of Justice in the Area of Direct Taxation 2010*. European Parliament. Think Tank.
- Marín Benítez, G. (2007). Distribución de la Potestad Tributaria sobre las Rentas del Capital: ¿Hacia la exclusiva tributación en residencia? *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 297, 103-136.
- Marín Benítez, G. (2013). *¿Es lícita la planificación fiscal?* Lex Nova, Thomson Reuters.
- Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J. M. (2003). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el impuesto sobre sociedades. En J. J. Rubio Guerrero (Dir.), *Manual del Impuesto sobre Sociedades* (capítulo 49). IEF.
- Moreno González, S. (2014). La libertad de establecimiento y la libertad de circulación de capitales frente al sistema tributario británico de transferencias transfronterizas de dividendos. *Crónica Tributaria*, 151, 235-247.
- Mullerat, R. y Concha, C. (2019). Medidas internacionales de la reforma fiscal en Estados Unidos. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 431, 121-146.
- Nocete Correa, F. J. (2008). *Los convenios de doble imposición (incidencia del Derecho Comunitario)*. Real Colegio de España de Bolonia.
- Palao Taboada, C. (2005). La subcapitalización. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad Internacional* (capítulo 21). CEF.
- Palao Taboada, C. (2009). *Sistema de fuentes del Derecho tributario en el contexto del Ordenamiento jurídico comunitario. Derecho comunitario originario. Principios generales y valores jurídicos superiores. Valor normativo. Particular referencia a las libertades comunitarias y las cláusulas generales antiabuso*. Documentos-IEF, n.º 2 (Foro Sainz de Bujanda: Ley General Tributaria y Derecho Comunitario).
- Quintana Elena, I. y Gómez Marín, M. (2019). El Impuesto sobre Sociedades y la financiación empresarial. Fondos Propios vs Fondos Ajenos. En G. Navarro e I. García Alonso (Dir.), *Imposición sobre el Beneficio Empresarial. Evolución Reciente y Perspectivas de Futuro* (capítulo IV). Fundación Impuestos y Competitividad.



- Rodrik, D. (2012). *La paradoja de la Globalización: democracia y el futuro de la economía mundial*. Antoni Bosch.
- Ruiz Almendral, V. (2008). *La tributación del no residente comunitario: entre la Armonización fiscal y el Derecho tributario internacional*. EUI Working Papers LAW 2008/25.
- Sánchez Pedroche, J. A. (2004). *Forma y materia en Derecho Financiero y Tributario*. (1.ª ed.). CEF.
- Schwarz, J. (2019). *Beneficial ownership: CJEU Landmark Ruling*. <<http://kluwer-taxblog.com/2019/02/27/beneficial-ownership-cjeu-landmark-ruling/>>.
- Serrano Antón, F. (2019). Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad Internacional* (capítulo 8). CEF.
- Villar Ezcurra, M. (2015). STJCE Meilicke (292-04). *Crónica Tributaria*, 155.
- Vogel, K. (2014). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. Wolters Kluwer.
- Warren, A. C. y Graetz, M. J. (August 31, 2007). Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy. *Harvard Public Law Working Paper No. 07-18, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 143, Yale Law & Economics Research Paper No. 354*. <<https://ssrn.com/abstract=1011155>>.
- Weber, D. (2006). In search of a (new) equilibrium between tax sovereignty and the freedom of movement within the EC. *Intertax*, 34(12), 586-616.
- Zornoza Pérez, J. (2014). El gravamen de las rentas del capital y las libertades comunitarias. *Revista Española de Derecho Financiero*, 161, 33-74.

Los procedimientos tributarios y los efectos vinculantes de las consultas

Análisis de la [RTEAC de 16 de diciembre de 2019, RG 2882/2016](#)

Carlos Cabrera Carretero

Contratado predoctoral FPI-UAM.
Universidad Autónoma de Madrid*

Extracto

En el presente comentario analizamos la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 16 de diciembre de 2019, que considera que los efectos vinculantes de una contestación a una consulta sí se extienden sobre un procedimiento de inspección iniciado antes de que se formulara la consulta, siempre que la consulta no haya sido planteada por el mismo sujeto que está siendo comprobado (ni por una asociación de la que este sujeto forme parte). La clave de la discusión radica en la interpretación de la limitación a los efectos vinculantes de las contestaciones dispuesta en el artículo 89.2 de la Ley General Tributaria. Esta resolución no reitera criterio y existen pronunciamientos anteriores del TEAC que sostenían la postura contraria. Por ello, en este comentario analizamos la fundamentación de la resolución, los razonamientos de otros pronunciamientos anteriores y desarrollamos algunos argumentos adicionales que podrían haber robustecido la postura del TEAC.

* Este trabajo se ha realizado en el marco de un contrato predoctoral correspondiente a la «Convocatoria de Contratos Predoctorales para formación de Personal Investigador 2019 (FPI-UAM)» y del Proyecto de Investigación PGC2018-099982-B-100, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el FEDER.

1. Supuesto de hecho

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (RTEAC) de 16 de diciembre de 2019 (RG 2882/2016 –NFJ076189–) se pronuncia sobre la interpretación del artículo 89.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), y sus consecuencias:

No tendrán efectos vinculantes para la Administración tributaria las contestaciones a las consultas formuladas en el plazo al que se refiere el [art. 88.2 LGT] que planteen cuestiones relacionadas con el objeto o tramitación de un procedimiento, recurso o reclamación iniciado con anterioridad.

En síntesis, la cuestión que se plantea en esta resolución es la siguiente: si en el ínterin de un procedimiento de inspección, la Dirección General de Tributos (DGT) contesta a una consulta planteada por un tercero tras el inicio de dicho procedimiento, ¿estaría el órgano de inspección vinculado a seguir el nuevo criterio? En esta resolución, el TEAC cambia la interpretación del artículo 89.2 de la LGT que había sostenido en otras ocasiones y, en consecuencia, también cambia la respuesta que daría al interrogante que hemos planteado.

El objeto de esta RTEAC es la reclamación económico-administrativa presentada por un centro educativo especializado en la enseñanza del inglés contra la liquidación que le practicó la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) en un procedimiento de inspección sobre el impuesto sobre el valor añadido (IVA) de 2011 y 2012.

El objeto específico de la regularización fue la tributación de unos servicios de realización de exámenes de inglés y gestión administrativa para la expedición de títulos. Estos servicios se prestaban a los destinatarios de forma independiente a un servicio de enseñanza. Es decir, los destinatarios no contrataban ningún curso de aprendizaje del idioma, sino únicamente los servicios de evaluación y gestión para la expedición del título. El contribuyen-

te no repercutió IVA en estos servicios, por considerarlos directamente relacionados con la actividad educativa y, por tanto, incluidos en la exención del artículo 20.Uno.9.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA).

La inspección, siguiendo el criterio que había expresado la DGT en la contestación a la Consulta V2675/2014, de 8 de octubre (NFC053012), consideró estos servicios sujetos y no exentos. Según esta consulta, estos servicios únicamente estarían exentos cuando se prestaran junto con un servicio de enseñanza (por ejemplo, un curso, unas clases, etc.) a cargo del mismo centro educativo. Si el contribuyente, como ocurrió en este caso, prestaba estos servicios de forma independiente a un servicio de enseñanza, debía repercutir al consumidor el IVA, pues en ese caso no se considerarían incluidos en el ámbito de la exención.

El contribuyente reclamó a la inspección la aplicación de la contestación a la Consulta V3222/2015, de 21 de octubre (NFC057064). En esta contestación la DGT cambió su criterio anterior y pasaba a considerar exentos los servicios de evaluación y gestión para la obtención de títulos, estableciendo, como único requisito, que el servicio fuera realizado por un centro educativo. La DGT dejó de considerar relevante que los destinatarios de estos servicios recibieran conjuntamente un servicio de enseñanza prestado por el mismo centro. Expone que, en estos casos, estos servicios están directamente relacionados con los servicios de enseñanza y son una parte esencial de la actividad educativa, ya que sirven para garantizar que la calidad de la formación alcanza un determinado nivel.

La Administración se negó a aplicar la contestación aduciendo que no le era vinculante. Tanto en el recurso de reposición, como en vía económico-administrativa, el contribuyente presentó argumentos relacionados con la interpretación de la exención del artículo 20.Uno.9.º de la LIVA y los efectos vinculantes de las contestaciones a consultas. Sin embargo, el debate reflejado en esta RTEAC y los motivos que valieron finalmente la estimación de la reclamación se centraron en este último punto. En particular, la resolución se pronuncia sobre los efectos de las contestaciones en los procedimientos de comprobación iniciados antes del planteamiento de la consulta.

Según el contribuyente, la inspección debería haber aplicado el criterio contenido en esta nueva contestación, en virtud del artículo 89.1 de la LGT.

En la resolución del recurso de reposición, la Administración señaló que la contestación a la Consulta V3222/2015, de 21 de octubre (NFC057064), no vinculaba a los órganos de inspección por haber sido planteada y contestada después del inicio del procedimiento. Según la Administración, el artículo 89.2 de la LGT y el desarrollo reglamentario del régimen de las contestaciones a consultas (arts. 65 a 68 del RD 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos [RGGI]) excluyen los efectos vinculantes de las contestaciones en los procedimientos iniciados antes del planteamiento de la consulta.

Ciertamente, como acredita la RTEAC, la consulta en cuestión fue planteada después del inicio del procedimiento de inspección y fue contestada antes de su finalización. En síntesis, el desarrollo de los acontecimientos fue el siguiente:

- El 4 de febrero de 2015 se inició el procedimiento de inspección.
- El 23 de septiembre de 2015 la Asociación de Centros Examinadores del idioma inglés (asociación de la que no forma parte el contribuyente) planteó la Consulta V3222/2015.
- El 21 de octubre de 2015 la DGT emitió su contestación.
- El 26 de febrero de 2016 concluyó el procedimiento con la notificación del acuerdo de liquidación.

El contribuyente señaló que, de acuerdo con el artículo 68.2 del RGGI, la regulación de las contestaciones a las consultas únicamente excluye los efectos vinculantes de una consulta planteada por una asociación respecto de aquellos de sus miembros «que, en el momento de formular la consulta, estuviesen siendo objeto de un procedimiento [...] iniciado con anterioridad y relacionado con las cuestiones planteadas en la consulta». Puesto que el contribuyente no formaba parte de la asociación consultante, este alegó que la contestación mantenía sus efectos vinculantes.

La resolución del recurso de reposición rechazó este argumento, señalando que la interpretación del contribuyente de los artículos 89.2 de la LGT y 68.2 del RGGI:

[...] llevaría a hacer de peor condición [...] precisamente a quién se dirigió a [la DGT] para aclarar la tributación de [una] operación [...], viéndose claramente pervertido el uso de la consulta tributaria como instrumento de búsqueda de la seguridad jurídica en las relaciones jurídico-tributarias.

2. Doctrina del tribunal

El TEAC resuelve el debate jurídico descrito en el apartado anterior rechazando el planteamiento de la Administración, y aclarando que el artículo 89.2 de la LGT:

[...] pretende eliminar el efecto vinculante de las contestaciones cuando las consultas sean formuladas por obligados tributarios que están siendo objeto de un procedimiento tributario [...], siempre que dichas consultas planteen cuestiones relacionadas con el objeto o la tramitación del procedimiento [...]. Es decir, debe existir identidad entre el consultante y el obligado tributario respecto al que se inició un procedimiento con anterioridad para que desaparezca el efecto vinculante de la contestación para la Administración.

El TEAC considera que la literalidad del artículo 68.2 del RGGI «refuerza» su conclusión:

[El art. 68.2 RGGI] especifica que el efecto vinculante de las contestaciones también desaparece en el sentido del [art. 89.2 LGT] en caso de que el consultante sea una entidad de las previstas en el [art. 88.3 LGT (una asociación empresarial, en este caso)] y el obligado tributario objeto del procedimiento sea miembro o asociado de dicha entidad, identificando de esta forma al consultante y al obligado tributario objeto del procedimiento.

Aplicando lo anterior, el TEAC declara que, como el centro educativo no era miembro de la asociación consultante, y los hechos y circunstancias coinciden con los descritos en la contestación a la Consulta V3222/2015, esta tenía efectos vinculantes para la Administración, proyectándose también sobre el procedimiento de inspección en el que el contribuyente reclamaba la aplicación del criterio de tal contestación.

Adicionalmente, cita la RTEAC de 15 de diciembre de 2015 (RG 1503/2014 –NFJ061095–), en la que se estableció que la Administración debe aplicar los criterios de las contestaciones vinculantes siempre que exista identidad entre los hechos y circunstancias del obligado y los descritos en la contestación. Asimismo, transcribe una parte de dicha resolución que cita a su vez las Sentencias de la Audiencia Nacional (AN) de 16 de marzo de 2011 (rec. núm. 260/2008 –NFJ042839–) y de 21 de diciembre de 2006 (rec. núm. 814/2003 –NFJ024977–).

Los fragmentos citados de estas sentencias de la AN razonan que, aun en los casos en los que la normativa no reconociera efectos vinculantes a una contestación, la Administración estaría obligada a motivar las razones por las que se aparta del criterio de la DGT. Estas sentencias señalan que, obviar sin más un criterio como este, choca con diversas normas y principios rectores de la organización y de la actuación administrativa, en particular, señalan que este proceder:

- a) Resulta impropio de una *Administración que sirve con objetividad a los intereses generales*.
- b) Infringe el principio de *interdicción en la arbitrariedad* (art. 9.3 de la Constitución española [CE]).
- c) Hace que se resienta el *principio jerárquico*.
- d) Infringe el *deber de motivación* (actualmente recogido en el art. 35.1 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [LPACAP]), al no exponerse las razones por las que se juzga «inaplicable, errónea o contraria a Derecho» la conclusión alcanzada en la contestación.
- e) Asimismo, señala que este deber de motivación viene impuesto también por el principio de *confianza legítima* (actualmente recogido en el art. 3.1 e) LPACAP), por lo que también podría considerarse infringido.

3. Comentario crítico

3.1. Consideraciones previas

La fundamentación jurídica de esta RTEAC presenta dos partes muy diferentes: a) la referida a la interpretación del artículo 89.2 de la LGT; y b) la relativa a la exigencia de motivación cuando la Administración decide separarse de un criterio no vinculante de la DGT, que se desarrolla con la cita a la RTEAC de 15 de diciembre de 2015 (RG 1503/2014 –NFJ061095–).

En nuestra opinión, la segunda parte presenta un interés secundario a efectos de este comentario. En primer lugar, porque, de acuerdo con la interpretación que hace el TEAC del artículo 89.2 de la LGT, la consulta mantiene sus efectos vinculantes, por lo que la liquidación debería anularse directamente y, en consecuencia, las consideraciones sobre el valor de contestaciones no vinculantes no serían necesarias. Y, en segundo lugar, porque la interpretación del citado artículo 89.2 de la LGT ha recibido menor atención por la jurisprudencia y la doctrina, por lo que centraremos nuestro análisis en este tema.

3.2. La trascendencia de la interpretación del artículo 89.2 de la LGT

Como hemos dicho, esta RTEAC pone de manifiesto un conflicto interpretativo relativo al artículo 89.2 de la LGT. Por un lado, la Administración defendió que, según este precepto, las contestaciones a consultas (no importa quién las plantee) no vinculan a la Administración en los procedimientos iniciados con anterioridad a su formulación. Por otra parte, el contribuyente y el TEAC sostuvieron que el mencionado artículo 89.2 de la LGT únicamente limita los efectos vinculantes de las contestaciones para el consultante cuando la cuestión objeto de la consulta está siendo comprobada en un procedimiento iniciado contra ese mismo sujeto con anterioridad al momento de plantear dicha consulta.

Las consecuencias de mantener una interpretación u otra son de notable importancia. No es extraño que la DGT dicte contestaciones que establezcan nuevos criterios sobre normas cuya interpretación, en ese momento, pudiera ser controvertida en el seno de un procedimiento de comprobación. En este sentido, considérense los siguientes datos del 2017:

- Se tramitaron procedimientos de inspección frente a 24.399¹ contribuyentes.
- El Ministerio de Hacienda publicó 3.370 contestaciones a consultas.

¹ Último dato disponible; véase el cuadro n.º 30 de la Memoria de la Agencia Tributaria de 2018.

Las probabilidades de que alguna de estas contestaciones pudiera afectar a alguno de estos procedimientos incrementan si se consideran otros dos factores: a) la prolongada duración del procedimiento inspector (hasta 27 meses); y b) que el número de contestaciones publicadas solo comprende aquellas que el Ministerio de Hacienda considera «de mayor trascendencia y repercusión»².

Además, de acuerdo con la interpretación del artículo 89.2 de la LGT de esta RTEAC, la incidencia de una contestación en el transcurso de un procedimiento en trámite sería determinante siempre que la contestación incorporase un cambio de criterio y el «nuevo criterio» fuese más favorable para el contribuyente que el anterior (y lógicamente, que el sujeto comprobado no fuera el propio consultante). Decimos que esta incidencia solo se producirá cuando el nuevo criterio fuera más favorable al contribuyente, porque, en los casos en los que el criterio anterior fuera el más favorable, si el contribuyente se hubiese ajustado al mismo, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima impedirían que la Administración aplicase retroactivamente el nuevo criterio más gravoso³.

Esta consideración pone de manifiesto que la interpretación que esta RTEAC hace del artículo 89.2 de la LGT actuaría principalmente en beneficio de los obligados tributarios.

3.3. Los razonamientos de la RTEAC de 16 de diciembre de 2019 en torno al artículo 89.2 de la LGT

Dejando al margen el impacto sobre los obligados, debemos señalar que, aunque compartimos el actual criterio del TEAC respecto del artículo 89.2 de la LGT, consideramos que podría haberse fundamentado de forma más pormenorizada.

El TEAC rechaza la aplicación del artículo 89.2 de la LGT por parte de la Administración sobre la base de que este precepto elimina los efectos vinculantes de las contestaciones únicamente cuando «[exista] identidad entre el consultante y el obligado tributario respecto al que se inició el procedimiento con anterioridad». La única explicación que brinda el TEAC sobre su conclusión es que el artículo 68.2 del RGGI⁴:

² Esta limitación a la publicidad, prevista en el artículo 86.2 de la LGT, ha sido criticada por la doctrina; *vid.* Arrieta Martínez de Pisón (2015, p. 33).

³ Así lo han corroborado los pronunciamientos más recientes de los tribunales y la doctrina científica; *vid.* Sentencias del Tribunal Supremo (TS) de 13 de junio de 2018 (rec. núm. 2800/2017 –NFJ070804–), FJ 3.º; y de la AN de 17 de abril de 2019 (rec. núm. 866/2016 –NFJ073351–), FJ 7.º; y el comentario a esta última sentencia por Vega Borrego (2019).

⁴ El artículo 68.2 del RGGI dispone:

Cuando la consulta haya sido formulada por alguna de las entidades a las que se refiere el artículo 88.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, su contestación

[...] especifica que el efecto vinculante de las contestaciones también desaparece en el sentido del [art. 89.2] en caso de que el consultante sea una [asociación] y el obligado tributario objeto del procedimiento sea miembro o asociado de dicha entidad, identificando de esta forma al consultante y al obligado tributario objeto del procedimiento.

Los argumentos del TEAC no van mucho más allá de una simple remisión a las normas del RGGI, las cuales se muestran tan ambiguas como el artículo 89.2 de la LGT, pudiendo servir a cualquiera de las dos posturas en juego. Sin ir más lejos, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.197/2007, de 12 de julio de 2007, que analizó el proyecto de RGGI, parece alinearse más con la interpretación de la Administración sobre el artículo 89.2 de la LGT. Así lo muestran, en nuestra opinión, sus apreciaciones sobre el artículo 68.2 del RGGI:

[...] la forma en que el proyecto de Reglamento desarrolla la [LGT] en este punto puede inducir a confusión. Al limitarse a prever este supuesto concreto, la lectura del artículo 68 del proyecto da la impresión de que, en esas circunstancias (pendencia de un procedimiento [...] relacionado con las cuestiones planteadas en la consulta), el carácter no vinculante de la contestación solo es aplicable a las personas referidas en ese precepto, cuando, como se ha visto, el artículo 89.2 de la [LGT] lo establece con carácter general. A efectos de facilitar la comprensión del régimen de consultas tributarias, así como de evitar la apariencia de ilegalidad de este precepto reglamentario, deberían reproducirse en este punto las previsiones legales más importantes, sin perjuicio de incorporar después una referencia al supuesto concreto que contempla la actual redacción del artículo 68.2 del proyecto.

Entendemos que, desde la postura más restrictiva de los efectos del artículo 89.2 de la LGT (la que defiende la RTEAC de 19 de diciembre de 2019 [RG 2882/2016 –NFJ076189–]), lo que hace el artículo 68.2 del RGGI es «extender» los efectos del artículo 89.2 de la LGT y no «restringirlos», como parece apuntar el Consejo de Estado. Pues, si el artículo 89.2 de la LGT solo elimina los efectos vinculantes respecto del consultante, en el supuesto previsto en el artículo 68.2 del RGGI los afectados pueden ser muchos más obligados que, además, no tienen la condición de consultantes. Por el contrario, la preocupación del Consejo de Estado por la «apariencia de ilegalidad» del artículo 68.2 del RGGI tiene que ver con que este precepto parece que reduce los efectos «más generales» que, supuestamente, produce el artículo 89.2 de la LGT. Es decir, según el Consejo de Estado, el artículo 89.2 de la LGT eliminaría los efectos vinculantes de una contestación más allá del supuesto previsto en el artículo 68.2 del RGGI (procedimientos seguidos frente a los asociados de la asociación consultante con anterioridad a la formulación de dicha consulta), esto es, también en

no tendrá efectos vinculantes para aquellos miembros o asociados que en el momento de formular la consulta estuviesen siendo objeto de un procedimiento, recurso o reclamación económico-administrativa iniciado con anterioridad y relacionado con las cuestiones planteadas en la consulta conforme a lo dispuesto en su artículo 89.2.

cualquier otro procedimiento seguido contra terceros obligados siempre que se hubiera iniciado con anterioridad al planteamiento de dicha consulta.

Sirva este breve análisis de la postura del Consejo de Estado⁵ para mostrar que una interpretación del artículo 89.2 fundada exclusivamente en su literalidad y en la del RGGI podría amparar cualquiera de ambas posturas.

De hecho, la falta de claridad de estas normas ha provocado falta de unicidad al respecto incluso en el seno del TEAC. En la RTEAC de 8 de octubre de 2015 (RG 5772/2013 –NFJ059883–), FJ 7.º, se discutió sobre los efectos vinculantes de una consulta fechada el 4 de septiembre de 2013 en un procedimiento de inspección iniciado el 24 de febrero de 2012, en el que el acta se dictó el 20 de junio de 2013 (es decir, antes de que se dictara la contestación a la consulta) y que finalizó con un acuerdo de liquidación con fecha 26 de septiembre de 2013. Tras transcribir íntegramente el artículo 89 de la LGT, el TEAC expresó:

Estamos en el presente caso ante una contestación sobre materia objeto de un procedimiento inspector iniciado con más que notable anterioridad respecto a la fecha de la contestación. De hecho, la contestación está fechada pocos días antes que el Acuerdo de liquidación. Conforme [al art. 89.2 LGT] transcrito, esto implica que la contestación de la DGT no vincula a la Inspección.

En este caso, el TEAC tampoco razonó más allá de la literalidad del precepto y, sin embargo, llegó a la conclusión opuesta a la alcanzada en la RTEAC de 16 de diciembre 2019 (RG 2882/2016 –NFJ076189–), lo que no hace más que reforzar nuestra conclusión: el artículo 89.2 de la LGT no es claro y, por ello, ni su literalidad, ni la del RGGI, bastan para explicar sus efectos.

Estas razones, sumadas al hecho de que esta RTEAC no reitera criterio⁶ y que, por tanto, no vincula a la Administración tributaria en el sentido del artículo 239.8 de la LGT, hacían

⁵ También son reveladoras las apreciaciones vertidas en relación con el artículo 66.1 b) del RGGI, que establece que en su escrito de consulta el consultante deberá incluir una manifestación expresa de si en el momento de presentar el escrito se está tramitando o no un procedimiento relacionado con la consulta. En relación con este precepto el Consejo de Estado criticó que «el artículo [...] no precisa si los procedimientos de los que hay que dar cuenta en la consulta son aquellos iniciados a instancia del propio consultante o todos aquellos de los que, por una u otra vía, el consultante tenga conocimiento»; recomendando: «convendría, a juicio de este Consejo de Estado, precisar este punto en el proyecto». El hecho de que el Consejo de Estado plantee que esta exigencia pueda significar que el consultante deba dar cuenta de procedimientos seguidos frente a terceros, evidencia una vez más que, según el Consejo de Estado, el artículo 89.2 elimina los efectos vinculantes de las contestaciones respecto de cualquier procedimiento, seguido frente a cualquier obligado, que estuviera iniciado antes de que se plantease la consulta.

⁶ Como se expone más adelante, esta no es la única RTEAC que reconoce que el artículo 89.2 de la LGT limita los efectos sobre el consultante; *vid.* la RTEAC de 25 de junio de 2019 (RG 5682/2016 –NFJ074138–),

deseable que el TEAC hubiera fundamentado de forma más profunda su pronunciamiento respecto del artículo 89.2 de la LGT.

3.4. La falta de publicidad de la fecha en que se formulan las consultas

El artículo 89.2 de la LGT fue introducido por la Ley 58/2003 como una novedad en la regulación de las contestaciones a las consultas tributarias escritas (Adame Martínez, 2015, p. 30). Por esta razón, no resulta aplicable ningún pronunciamiento jurisprudencial sobre la regulación anterior⁷. Solo hemos encontrado dos sentencias (ambas de la AN) que aplican este precepto y solo una de ellas lo hace a los efectos que aquí nos interesan⁸, esto es, dilucidar si, según el artículo 89.2 de la LGT, un obligado tributario que está siendo objeto de comprobación puede reclamar a la Administración la aplicación de la contestación a una consulta planteada por un tercero en el ínterin del procedimiento seguido frente a él.

Se trata de la SAN de 31 de mayo de 2019 (rec. núm. 769/2015 –NFJ074169–), que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la RTEAC de 8 de octubre de 2015, citada en el epígrafe anterior. Esta sentencia corrigió el razonamiento de la RTEAC en relación con el artículo 89.2 de la LGT en los siguientes términos:

No podemos coincidir con el TEAC en la aplicabilidad del art. 89.2 LGT, que necesariamente ha de referirse al consultante no a terceros, que nunca podrían conocer cuando se formuló la consulta y si esta se formuló antes o después de iniciado el procedimiento inspector⁹.

FJ. 5.º, citada en el epígrafe 3.5 de este comentario. Sin embargo, en aquel caso el reclamante que había solicitado la aplicación de la contestación era el propio consultante y aquí no, por lo que el conflicto no es exactamente el mismo y puede justificar que se considere que la RTEAC de 16 de diciembre de 2019 (RG 2882/2016 –NFJ076189–) no reitera criterio.

⁷ Sin perjuicio de que pueda observarse cierto paralelismo con la finalidad del artículo 30.3 e) del Real Decreto 939/1986, que establecía que las consultas presentadas por el obligado tras la comunicación de inicio del procedimiento inspector se tendrían por no formuladas.

⁸ La otra SAN es la de 14 de diciembre de 2017 (rec. núm. 490/2015 –NFJ069661–), citada en el epígrafe 3.6.

⁹ Con todo, debe señalarse que, pese a la corrección que hizo la AN al TEAC sobre la aplicabilidad del artículo 89.2 de la LGT, finalmente, el tribunal desestimó el argumento del demandante y no anuló la liquidación por infringir el criterio de la DGT y el artículo 89.1 de la LGT. La AN estimó que la inspección se apartó justificadamente del criterio de la contestación por seguir la interpretación de una sentencia del TS de 2011. En nuestra opinión, la conclusión de la AN es incoherente, ya que en el FJ 6.º reconoce que una sola sentencia del TS «no constituye jurisprudencia en el sentido del art. 1.6 del Código Civil», por lo que no concurriría la condición establecida en el párrafo 2.º del artículo 89.1 de la LGT para que cesen los efectos vinculantes de la consulta. Sin embargo, finalmente la sentencia considera suficientemente justificado que la Administración se aparte del criterio de la consulta sobre la base de esta sentencia del TS.

En este caso, la AN descarta la interpretación que hace la RTEAC de 8 de marzo de 2015 del artículo 89.2 de la LGT, yendo un poco más allá de la simple literalidad de la norma. El artículo 89.2 de la LGT establece que no serán vinculantes las contestaciones a las consultas que «planteen cuestiones relacionadas con [...] un procedimiento iniciado con anterioridad». En principio, el único sujeto que sabe si la consulta se planteó antes o después del inicio del procedimiento es el propio consultante, ya que es el único que conoce la fecha en la que formuló la consulta. Sin embargo, no ocurre así en el caso de un obligado que demanda la aplicación de una nueva contestación de la que ha tenido noticia por su publicación en el portal web del Ministerio de Hacienda, ya que la fecha en la que se formulan las consultas no es pública.

El razonamiento es contundente, no se puede interpretar que el artículo 89.2 de la LGT deje los efectos vinculantes de las contestaciones al arbitrio de un factor que no puede ser conocido por los obligados tributarios, a saber, la fecha en la que se formulan las consultas. Esta conclusión encuentra respaldo claro en el principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE), respecto del cual el Tribunal Constitucional (TC) ha dicho en reiteradas ocasiones que:

[...] se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 CE, pues solo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos [y] la posibilidad de estos de ejercer y defender sus derechos [...], si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento. (SSTC 179/1989, de 2 de noviembre –NCJ065121–, FJ 2; 3/2003, de 16 de enero –NCJ063276–, FJ 10; 90/2009, de 20 de abril –NCJ049137–, FJ 5, y 136/2011, de 13 de septiembre –NCJ055595–, FJ 9).

En aplicación de lo anterior, la interpretación del artículo 89.2 de la LGT más coherente con el principio de publicidad de las normas es que la excepción que establece a los efectos vinculantes de las contestaciones se aplique únicamente respecto del consultante, ya que es el único que conoce la fecha en la que planteó la consulta.

3.5. El fundamento y propósito del artículo 89.2 de la LGT

Otra razón que demuestra que el artículo 89.2 de la LGT únicamente se dirige al propio consultante es la finalidad que persigue dicha norma de «evitar efectos perversos o no queridos» (Fernández Junquera, 2004, p. 397, y Adame Martínez, 2015, p. 30). O, como ha señalado con mayor precisión Arrieta Martínez de Pisón (2015, p. 32), de «evitar el abuso, la instrumentación y desvirtuar la figura [de la consulta tributaria] por los obligados tributarios».

Esta norma se refiere al supuesto en el que el contribuyente que está siendo comprobado tratase de interferir en la resolución del procedimiento planteando una consulta, con la esperanza de que la DGT dicte un criterio que le sea más beneficioso y que vincule al órgano que está tramitando el procedimiento. Para estos casos, el legislador ha dispuesto que las contestaciones de la DGT no sean vinculantes, sin perjuicio de que, si el órgano de aplicación de los tributos decide apartarse del criterio de la DGT, deberá motivar esa decisión.

En nuestra opinión, la RTEAC de 25 de junio de 2019 (RG 5682/2016 –NFJ074138–) resuelve un caso paradigmático que ilustra muy bien el sentido de esta disposición. En su FJ 5.º, tras citar el artículo 89.2 de la LGT, expone:

De acuerdo con lo anterior, la consulta V1032-14, invocada por la reclamante, no puede vincular [...] en el procedimiento dimanante de la presente resolución por cuanto este se inició con carácter previo a la solicitud de la consulta, coincidiendo en ambos casos tanto el mismo obligado tributario como la misma cuestión objeto de controversia, es decir, la correcta clasificación a efectos del IAE de dos de sus establecimientos. El [16/5/2013], Q recibió la notificación de inicio de las actuaciones inspectoras, presentando posteriormente, en fecha [26/3/ 2014], la solicitud de consulta ante la DGT, una vez tuvo conocimiento del Acta en el que se proponía clasificar su actividad en el epígrafe 661.2.

En este caso era claro que el contribuyente, tras conocer el criterio que la inspección había seguido en la propuesta de liquidación, procuró obtener una contestación vinculante a fin de interferir en la resolución del procedimiento de regularización. Por lo que el TEAC aplica correctamente el artículo 89.2 de la LGT, al constatar que el consultante y el obligado frente al que se había iniciado este procedimiento eran la misma persona.

En contraste, los razonamientos vertidos por la Administración en la resolución del recurso de reposición, transcritos en el FJ 3.º de la RTEAC de 16 de diciembre de 2019 (RG 2882/2016 –NFJ076189–), manifiestan un desconocimiento del objetivo y propósito perseguido por el artículo 89.2 de la LGT. En este sentido, la Administración adujo:

[La] interpretación [del contribuyente] de la LGT y el [RGGI] [...] llevaría a hacer de peor condición, posponiendo los efectos del criterio manifestado por la DGT, precisamente a quién se dirigió al mismo para aclarar la tributación de la operación que nos ocupa, viéndose claramente pervertido el uso de la consulta tributaria como instrumento de búsqueda de la seguridad jurídica en las relaciones jurídico-tributarias.

Desde la perspectiva que hemos expuesto, es lógico que el artículo 89.2 de la LGT «haga de peor condición» al sujeto que formula una consulta en el transcurso de un procedimiento de inspección, ya que lo que pretende este precepto es precisamente evitar una injerencia por medio de la consulta en el procedimiento de comprobación.

Coincidimos con Salvo Tambo en que uno de los objetivos del precepto es «evitar que comenzado un procedimiento de comprobación [...], su resolución venga dada por un órgano distinto del competente [para resolverlo]» (2004, pp. 512-513), pero, añadimos: solo en los casos en los que sea el propio consultante el que ha forzado esta situación en relación con un procedimiento de comprobación que se siga frente a él. Es decir, en los casos en los que se dicte una contestación planteada por un tercero el artículo 89.2 de la LGT no limita sus efectos vinculantes en relación con otros sujetos no consultantes¹⁰.

Cierto es que de acuerdo con esta concepción del artículo 89.2 de la LGT, como señala Arrieta Martínez de Pisón (2015, p. 32):

[...] este precepto puede ser burlado con enorme sencillez, pues nada impediría que cualquier obligado tributario no incurso en un procedimiento eleve la consulta que le interese al obligado que sí lo está, para posteriormente extender el criterio (si hay identidad) al obligado.

Sin embargo, ante esta posibilidad deben hacerse dos consideraciones. En primer lugar, no se puede generalizar asumiendo que todos los contribuyentes que pretenden la aplicación de una contestación publicada en el íterin de un procedimiento hayan promovido la formulación de la consulta por un tercero. Y en segundo término, en caso de producirse, este proceder podría constituir un fraude de ley proscrito en el artículo 6.4 del Código Civil, al perseguirse un resultado proscrito por el artículo 89.2 de la LGT, sirviéndose de la extensión de los efectos vinculantes de la contestación a una consulta planteada por un tercero, previstos en el del artículo 89.1.3.º de la LGT.

3.6. «Otros principios» que informan el régimen de las contestaciones a consultas

La última consideración que queremos hacer es que los principios que rigen la actuación y la organización administrativa también avalan la interpretación de la RTEAC de 16 de diciembre de 2019 (RG 2882/2016 –NFJ076189–) sobre el artículo 89.2 de la LGT.

Cuando se habla de contestaciones a consultas, es habitual mencionar la doctrina de los actos propios y los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Sin embargo, no deben olvidarse otros principios que también informan este régimen.

¹⁰ Salvo en el supuesto previsto en el artículo 68.2 del RGGI que, como hemos explicado en el epígrafe 3.3, extiende los efectos del artículo 89.2 de la LGT a los miembros de la asociación consultante, que se encontrasen en un procedimiento de comprobación iniciado con anterioridad a la formulación de la consulta.

El primero al que debemos referirnos es el principio de legalidad (art. 9.3 CE); el artículo 89.1 de la LGT consagra el carácter vinculante de las consultas para los órganos encargados de aplicar los tributos en relación con el consultante y con otros obligados, siempre que se cumplan los demás requisitos legales. Por tanto, el carácter vinculante no debe entenderse ya como una exigencia de los principios de seguridad jurídica o confianza legítima, sino como una consecuencia de lo expresamente previsto en la ley.

Esta consideración a veces se olvida, como ocurrió en la SAN de 14 de diciembre de 2017 (rec. núm. 490/2015 –NFJ069661–), en la que no se admitió el carácter vinculante de una determinada consulta porque la secuencia de los acontecimientos no se ajustaba a la lógica de la doctrina de los actos propios. Los hechos son los siguientes; en julio de 2005, la sociedad recurrente firmó un contrato de concesión de obra pública consistente en la explotación de un hospital con la Comunidad de Madrid. A partir de ese momento, repercutió el IVA al tipo general del 16 % por los servicios prestados. Tres años después, la sociedad elevó una consulta a la DGT, que fue resuelta en la contestación V2289/2008, de 1 de diciembre (NFC031544), en la que se señaló que el tipo aplicable a la prestación realizada era el 7 %. Sobre la base de esta consulta, la sociedad solicitó la devolución de los ingresos indebidos correspondientes a los periodos «3T de 2007 al 12 T de 2009». En nuestra opinión, la AN podría haber considerado no vinculante la consulta respecto de los periodos cuyo periodo de declaración hubiera finalizado cuando se presentó la consulta¹¹, sin embargo, el tribunal rechazó los efectos vinculantes sobre todos estos periodos, razonando que:

De lo expuesto resulta con toda claridad que el contrato inicial y el devengo del impuesto se produjeron al margen de la opinión vinculante de la DGT destacada por la recurrente, ya que esta se produce más de tres años después de celebrado el contrato, por lo que, en modo alguno, puede afirmarse que la firma del contrato estuvo condicionada o se realizó en atención a lo resuelto por la DGT en su consulta vinculante.

El principio de confianza legítima, el de buena fe o la doctrina de los actos propios que justifican la especial protección que el artículo 89 LGT dispensa a las opiniones vinculantes de la DGT, se asocian justamente a esa secuencia temporal, pues, ciertamente, no puede tener protección por el sistema jurídico una conducta de la Administración que induce de forma concreta y específica a un contribuyente a realizar una determinada operación comercial, pero por la misma lógica, dicha protección no es invocable en el supuesto contrario.

¹¹ En aplicación de lo dispuesto en el artículo 88.2 de la LGT, «las consultas tributarias escritas se formularán antes de la finalización del plazo establecido para el ejercicio de los derechos, la presentación de declaraciones o autoliquidaciones o el cumplimiento de otras obligaciones tributarias. [...]»; en relación con el artículo 88.4 de la LGT, «la Administración tributaria archivará, con notificación al interesado, las consultas que no reúnan los requisitos establecidos en virtud del apartado 2 de este artículo [...]».

Adicionalmente, la sentencia señala que su conclusión se ve «refrendada» por los artículos 88.2 y 89.2 de la LGT. En nuestra opinión, la sentencia infringió la regulación de las contestaciones a consultas vinculantes aplicando indebidamente la doctrina de los actos propios, cuando es evidente que la intención del legislador ha sido la de extender los efectos vinculantes de las contestaciones más allá de los clásicos supuestos en los que el consultante ajusta su comportamiento al criterio que la DGT ha publicitado con carácter previo¹².

En nuestra opinión, la concepción de la LGT de las contestaciones a consultas las coloca, no solo como un instrumento dirigido a publicitar criterios confiables para los contribuyentes, sino también como una herramienta de cohesión de una Administración tributaria eficaz y descentralizada.

La alta complejidad y el constante cambio que experimentan las normas tributarias, sumados a la responsabilidad que recae en los obligados tributarios en aplicarlas correctamente en sus autoliquidaciones, así como el sistema de comprobación *a posteriori*, hacen necesario la existencia de instrumentos que unifiquen el criterio de la Administración tributaria. En este sentido, creemos que las contestaciones de la DGT cumplen una función de coordinación muy importante¹³.

El principio de coordinación, consagrado en el artículo 103.1 de la CE, constituye un principio rector de la organización y la actuación administrativa que también rige respecto de la que se encarga de la gestión de los tributos. Sobre este principio, Sánchez Morón (2018, p. 459) ha dicho, parafraseando al TC, que «“persigue la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posibles [...] la homogeneidad técnica y la acción conjunta [SSTC 32/1983, 42/1983 y 227/1988]” de autoridades y unidades administrativas». Asimismo, expone que este principio comprende «técnicas jurídicas de relación muy variadas, algunas de las cuales atribuyen al órgano o ente que coordina “un cierto poder de dirección [STC 214/1989]” sobre los coordinados».

Nos parece que las facultades que el artículo 89.1 de la LGT confiere a la DGT pueden enmarcarse en este principio de coordinación, en los términos expuestos por la doctrina y las sentencias del TC citadas. Desde esta perspectiva, los criterios de la DGT, no solo ga-

¹² Así lo ha reconocido Salvo Tambo (2004, p. 513) en relación con otro tipo de supuestos:

La regulación actual [de las contestaciones a consultas] no prohíbe expresamente la extensión de los efectos de la consulta respecto de otros obligados tributarios que se hayan encontrado en idéntica situación que el consultante con anterioridad a la contestación o incluso a la propia consulta, pero respecto de los cuales no se haya iniciado ningún procedimiento de comprobación o investigación, recurso o reclamación.

¹³ Función que también cumple el TEAC en virtud de lo dispuesto en los artículos 239.8, 242.4 y 243.5 de la LGT.

rantizan la seguridad jurídica del consultante o de los obligados que ajustan su comportamiento a los criterios publicados, sino que también consiguen que la Administración realice una aplicación «homogénea» de las normas, eliminando posibles disparidades.

Algunos tribunales han ido más allá. Por ejemplo, la SAN de 21 de diciembre de 2006 (rec. núm. 814/2003 –NFJ024977–), citada en la RTEAC objeto de este comentario, invoca, en su FJ 15.º, el principio jerárquico (art. 103.1 CE) al referirse al valor de las consultas de la DGT para los órganos de aplicación de los tributos. El principio jerárquico implica un grado de cohesión superior aún al de las técnicas jurídicas que derivan del principio de coordinación (Sánchez Morón, 2018, p. 460), permitiendo que los órganos superiores determinen la actividad de los inferiores «hasta donde lo estime conveniente, en el marco de las leyes» (Sánchez Morón, 2018, p. 457).

En nuestra opinión, el régimen de las contestaciones a las consultas establecido en la LGT dispone un mecanismo relacional entre la DGT y los órganos de aplicación de los tributos más acorde al principio de coordinación que al de jerarquía, dado que no existe una relación de dependencia jerárquica entre estos órganos¹⁴.

Aplicando las anteriores consideraciones al tema que nos atañe, creemos que la labor de la DGT como «órgano coordinador», en lo que se refiere a la interpretación de las normas tributarias, avala la interpretación que hasta ahora hemos defendido del artículo 89.2 de la LGT. Las contestaciones que dicta la DGT vinculan a los órganos de aplicación de los tributos en todos los procedimientos de comprobación iniciados con anterioridad, y el citado artículo solo excepciona los efectos vinculantes respecto del consultante que estuviera siendo comprobado con anterioridad.

3.7. Conclusión

La interpretación de las consecuencias del artículo 89.2 de la LGT no ha sido pacífica, existiendo posturas contrarias, tanto en la doctrina científica como en las resoluciones del TEAC y de la AN.

En síntesis, las posturas contrapuestas son:

- Por un lado, que el mencionado artículo elimina los efectos vinculantes de las contestaciones respecto de todos los procedimientos con idéntico objeto que hubiesen sido iniciados antes del planteamiento de la consulta.

¹⁴ La AEAT es una agencia adscrita a la Secretaría de Estado de Hacienda, mientras que la DGT es uno de los órganos dependientes que conforman esta Secretaría de Estado.

- Por otro, que este precepto únicamente elimina los efectos vinculantes de las contestaciones respecto del sujeto que formula la consulta con idéntico objeto a un procedimiento de comprobación que se sigue frente a él con anterioridad.

La RTEAC de 16 de diciembre de 2019 (RG 2882/2016 –NFJ076189–) se alinea con este último planteamiento, en un caso en el que el contribuyente pretendía que la inspección le aplicase una contestación a una consulta que había sido planteada y contestada después del inicio del procedimiento. Sin embargo, el consultante era una asociación de la que el contribuyente no formaba parte.

Aunque finalmente el TEAC estimó la reclamación, y estamos de acuerdo con el resultado, hemos defendido que hubiera sido deseable una fundamentación jurídica más completa. Principalmente: a) por la evidente controversia que existe respecto de la interpretación del artículo 89.2 de la LGT; y b) porque la RTEAC de 16 de diciembre de 2019 (RG 2882/2016 –NFJ076189–) no reitera criterio, por lo que su conclusión no es vinculante en el sentido del artículo 239.8 de la LGT. Si la fundamentación hubiera sido más pormenorizada, aunque el criterio de la RTEAC seguiría sin ser de obligado cumplimiento, al menos sería más factible que en el futuro la Administración se ajustase a lo establecido en esta RTEAC, despojándose así, quizá de una vez por todas, esta controversia en cuanto al alcance del artículo 89.2 de la LGT.

La crítica principal que merecen los razonamientos del TEAC es que sus argumentos se basan en una interpretación excesivamente gramatical de la norma. Hemos visto que la ambigüedad del artículo 89.2 de la LGT, y de los preceptos del RGGI que se refieren a este, han servido también para sustentar la postura contraria, como ejemplifica el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.197/2007, de 12 de julio de 2007, que analizó el proyecto de RGGI.

Adicionalmente, se han expuesto tres argumentos que podrían haber servido al TEAC para fundamentar de forma más robusta su postura.

En primer lugar, como ha destacado la AN, el artículo 89.2 de la LGT se limita a eliminar los efectos de las consultas formuladas en relación con un procedimiento iniciado con anterioridad. Puesto que la fecha de planteamiento no es pública, el único sujeto que puede conocer si la fecha en la que se planteó una consulta es anterior a la del inicio de un determinado procedimiento, es el propio consultante. Por lo tanto, este razonamiento, refrenda que el citado artículo únicamente se refiere al consultante. Esta conclusión también concuerda con el principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE).

En segundo lugar, hemos expuesto que el objetivo del artículo 89.2 de la LGT es el de evitar que un obligado, frente al que se sigue un procedimiento de comprobación, utilice de forma abusiva la consulta para interferir en su resolución. Para ello, el precepto dispone que en estos casos la contestación no será vinculante. Esta finalidad determina que el destinatario de esta previsión sea exclusivamente el consultante y no la generalidad de los

obligados, que, en general, permanecerán ajenos a las eventuales *intenciones fraudulentas* de algún consultante.

Por último, hemos señalado las implicaciones de otros principios que informan del régimen de las contestaciones. Además del principio de seguridad jurídica, deben tomarse en cuenta los principios de legalidad y de coordinación.

En relación con el primero, recordamos que los efectos vinculantes se proyectan más allá de la lógica de los actos propios porque el legislador lo ha querido así. Prueba de ello es que los efectos vinculantes de una contestación con un criterio favorable a un contribuyente también se proyectan sobre situaciones anteriores a la manifestación del criterio. Esta consideración también se alinea con nuestra tesis de que el artículo 89.2 de la LGT no obsta a que los efectos vinculantes de una nueva consulta operen sobre los procedimientos de comprobación iniciados con anterioridad, siempre que, claro está, el sujeto comprobado no sea el consultante.

En cuanto al segundo, hemos expuesto que el artículo 89.1 de la LGT confiere a la DGT la función de establecer criterios que vinculen a los órganos encargados de la aplicación de los tributos. Esta técnica jurídica de establecer una relación singular entre órganos administrativos debe ser entendida en el marco del principio de coordinación, un principio que persigue alcanzar la homogeneidad técnica y de actuación de las administraciones coordinadas. En sintonía con lo anterior, creemos que este principio aconseja interpretar que el artículo 89.2 de la LGT solo limita los efectos vinculantes de las contestaciones sobre los procedimientos de comprobación iniciados con anterioridad contra el consultante. No afecta, por lo tanto, a los iniciados contra terceros diferentes del consultante.

Referencias bibliográficas

- Adame Martínez, F. D. (2005). Naturaleza jurídica y efectos de las contestaciones a consultas tributarias. *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, 28.
- Arrieta Martínez de Pisón, J. (2015). Seguridad Jurídica y consultas tributarias. En F. Yáñez Villanueva (Ed.), *El impacto tributario de las relaciones económicas entre Chile y España. De la globalización a la reforma*. Cuadernos de Extensión Jurídica. Volumen 26. Universidad de los Andes, Santiago de Chile.
- Fernández Junquera, M. (2004). Procedimientos tributarios: aspectos comunes y procedimientos de gestión. En R. Calvo Ortega (Dir.), *La nueva Ley General Tributaria*. Civitas.
- Salvo Tambo, I. (2004). Las consultas tributarias. En A. Martínez Lafuente (Dir.), *Estu-*

dios sobre la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre); Homenaje a Pedro Luis Serrera Contreras. IEF.

Sánchez Morón, M. (2018). Artículo 103. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*. Fundación Wolters

Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.

Vega Borrego, F. A. (2019). Las consultas tributarias y la doctrina del TEAC. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 440, 119-144.

Procedimiento aplicable a los recargos por presentación fuera de plazo sin requerimiento previo con resultado a ingresar

Análisis de la [RTEAC de 18 de diciembre de 2019, RG 2716/2019](#)

Juan Ignacio Gorospe Oviedo

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad San Pablo-CEU*

Extracto

La resolución analiza una cuestión trascendente a efectos prácticos y de dogmática tributaria: si la aplicación de los recargos por presentación extemporánea y espontánea de autoliquidaciones con ingreso precisa o no de un procedimiento *ad hoc*. En el primer caso habría que comunicar el tipo de procedimiento (de verificación de datos o de comprobación limitada, según las circunstancias). En el segundo bastaría con aplicar las normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios, establecidas en el capítulo II del título III de la Ley General Tributaria, concediendo un trámite de audiencia previo a la propuesta de liquidación o, en su defecto, un trámite de alegaciones tras la notificación de dicha propuesta.

1. Supuesto de hecho

Con fecha 21 de octubre de 2015 se presentó autoliquidación con el modelo 303 del IVA correspondiente al ejercicio 2015, periodo 3T, y un resultado a ingresar de 6.442,81 euros.

El 23 de noviembre de 2015 la Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) de Valencia comunicó al interesado que, habiendo terminado el plazo para la presentación de la citada autoliquidación el día 20 de octubre de 2015, esta se había presentado con retraso de 1 día. Indicó que, en aplicación del artículo 27 de la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT), procedía exigir un recargo del 5% de la cantidad resultante de la autoliquidación (por ser el retraso inferior o igual a tres meses), sin interés de demora ni sanción, aplicándose la reducción del 25% en los términos legalmente establecidos (por ingreso de la deuda autoliquidada y el recargo reducido en el periodo voluntario abierto tras la notificación de la liquidación).

Por ello, dictó «propuesta de liquidación de recargo por presentación fuera de plazo de autoliquidación» siendo su importe reducido de 241,61 euros. La propuesta señalaba la norma aplicable (art. 27 LGT) y concedía un trámite de audiencia por 15 días, añadiendo que, terminado dicho plazo, si finalmente se exigiese el recargo, se notificaría la liquidación correspondiente acompañada de la carta de pago a fin de poder efectuar el ingreso.

No habiéndose formulado alegaciones por el obligado tributario en el trámite concedido a tal efecto con la notificación de la propuesta de liquidación, la Administración tributaria practicó la liquidación propuesta el día 27 de enero de 2016, siendo notificada al interesado el 3 de febrero siguiente.

Frente a la liquidación señalada se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana (TEAR) el 3 de marzo de 2016, que la estimó en parte en su Resolución de 8 de junio de 2018.

El TEAR examinó si en el aspecto procedimental la actuación de la oficina gestora cumplía los requisitos para su validez. Argumentó que como la autoliquidación extemporánea no inicia procedimiento alguno es precisa una actuación de oficio para determinar si procede la liquidación del recargo. Añade que la esencia del procedimiento administrativo radica en salvaguardar las garantías del administrado frente a las potestades administrativas al servicio del interés general, lo que exige el conocimiento por el contribuyente del tipo de procedimiento desde su inicio y las normas por las que se rige (FJ 5.º).

Advierte que «el principio de seguridad jurídica comporta forzosamente, dada la diversidad de los procedimientos de aplicación de los tributos, el derecho del obligado tributario a conocer, desde el momento de su inicio, al amparo de qué procedimiento actúa la administración». Y de acuerdo con el artículo 87 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGAT), la iniciación del procedimiento se realizará mediante comunicación que deberá ser notificada al obligado tributario. Cuando así no estuviese previsto, el procedimiento podrá iniciarse directamente con la notificación de la propuesta de resolución o de liquidación (art. 87.2 RGAT). Dicha comunicación «contendrá, cuando proceda», el procedimiento que se inicia y su objeto (art. 87.3 RGAT), por lo que la Administración tiene «la obligación... de elegir uno de los procedimientos previstos en la Ley 58/2003 y de identificarlo expresamente en la obligación de inicio», pudiendo ser el de verificación de datos o el de comprobación limitada, dado que no hay una comprobación de valor (FJ 8.º).

Concluye que resulta inaceptable la actuación de la Administración al exigir el recargo sin comunicar al obligado tributario qué clase de procedimiento había iniciado, ni siquiera si había comenzado alguno, y cuáles eran las normas que lo regían, vulnerando los derechos y garantías de aquel (arts. 3.2 y 34.1 ñ) LGT).

Por ello anula el acto administrativo impugnado y ordena retrotraer las actuaciones al momento en que se produjeron las deficiencias indicadas.

Estimando que la resolución dictada por el TEAR aplica un criterio de especial trascendencia, el presidente del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) acordó promover un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio de acuerdo con el artículo 229.1 d) de la LGT, que se sustancia en este procedimiento.

2. Doctrina del tribunal

El TEAC comienza analizando la regulación de los recargos y los requisitos para su exacción. Conforme al artículo 27 de la LGT para su aplicación es preciso que de la declaración o autoliquidación resulte una deuda tributaria a ingresar, que su presentación sea extemporánea –al realizarse tras la finalización de los plazos previstos por la normativa regula-

dora de los distintos tributos– y espontánea –sin requerimiento previo de los órganos de la Administración tributaria–.

Después fija su naturaleza como obligación tributaria accesoria (al igual que el interés de demora o los recargos del periodo ejecutivo) diferente de las sanciones, que no tienen tal consideración conforme al artículo 25.1 de la LGT. Además, el artículo 27.1 no condiciona el nacimiento de la obligación de satisfacer el recargo a que exista culpa o negligencia, sino a un hecho objetivo: la presentación de la autoliquidación fuera de plazo. En fin:

[...] no se trata de una norma de carácter sancionador, pues así se desprende de lo expuesto en el artículo 27.2 de la misma ley al establecer que los recargos correspondientes excluyen la imposición de sanciones, lo que implica que su exigencia no requiere de la existencia de culpabilidad.

A continuación, determina el cauce formal que debe seguir la Administración para exigirlo. Para ello parte de la definición de procedimiento y sus funciones. El procedimiento tiene por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo al servicio de los intereses generales y la Ley 39/2015 lo define en su exposición de motivos como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración. Constituye una garantía para los ciudadanos, al servicio de la eficacia de la Administración, y permite el control judicial de la actuación administrativa.

De acuerdo con el artículo 97 de la LGT la normativa aplicable a cada procedimiento tributario sigue el orden siguiente:

- Primero, las normas especiales del título III («La aplicación de los tributos»), para los procedimientos de gestión, inspección y recaudación, recogidas en los capítulos III a V de dicho título.
- Segundo, la normativa reglamentaria de desarrollo de dichos procedimientos, fundamentalmente el RGAT por lo que se refiere al procedimiento de gestión.
- Tercero, las normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios contempladas en el capítulo II del título III.
- Y cuarto, en lo no regulado en las normas especiales de cada procedimiento ni en las normas comunes que establece el citado capítulo II para todos los procedimientos tributarios, se aplicarán las normas generales del procedimiento administrativo común.

El artículo 117 de la LGT relativo a «La gestión tributaria», con el que se inicia el capítulo III («Actuaciones y procedimiento de gestión») del título III de la norma, no contempla expresamente la liquidación de este recargo. Tampoco lo hace el artículo 123 de la LGT referente

a «Procedimientos de gestión tributaria» (que incluye cinco) ni en su desarrollo reglamentario a través del RGAT. Por ello, cabe enmarcarlo en la letra n) del artículo 117.1 de la LGT, que incluye dentro de las funciones administrativas de la gestión tributaria «La realización de las demás actuaciones de aplicación de los tributos no integradas en las funciones de inspección y recaudación». Y el 117.2 añade que «Las actuaciones y el ejercicio de las funciones a las que se refiere el apartado anterior se realizarán de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en su normativa de desarrollo».

Entiende el TEAC que la expresión «procedimientos administrativos» del artículo 83 de la LGT podría cubrir tanto las actuaciones como los procedimientos en sentido estricto –siguiendo la apreciación de la Directora General de Tributos–, concluyendo que la exigencia de este recargo constituiría, propiamente, una actuación de gestión tributaria.

Al no fijarse un cauce formal para la exacción del recargo, el TEAC colige que conforme al artículo 97 de la LGT, la regulación de la «actuación y procedimiento de aplicación de los tributos» consistente en la exigencia del recargo por presentación de autoliquidación extemporánea sin requerimiento previo, se contempla en las normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios del capítulo II del título III de la LGT, desarrolladas en el capítulo III del título III del RGAT, y para lo no establecido en ellas, supletoriamente, por las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos.

Dentro de las normas comunes es esencial el derecho de audiencia. El artículo 99.8 de la LGT dispone que «En los procedimientos tributarios se podrá prescindir del trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución cuando... en las normas reguladoras del procedimiento esté previsto un trámite de alegaciones posterior a dicha propuesta». Observa el TEAC que:

[como] ni la LGT ni el RGAT regulan expresamente el procedimiento para exigir el recargo por autoliquidación extemporánea, la Administración tributaria debería conceder trámite de audiencia al interesado con anterioridad a la propuesta de liquidación, a fin de que este pudiera alegar cuanto conviniera a su derecho.

No obstante, admite la sustitución de la audiencia previa por un trámite de alegaciones posterior, sin que ello genere indefensión:

[...] si la Administración tributaria, en lugar del preceptivo trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución concediera un trámite de alegaciones –que no resulta preceptivo– por plazo similar a aquel con la notificación de dicha propuesta (con la que ha podido incluso iniciarse el procedimiento si se disponía de información suficiente para formularla, ex artículo 87.3 e) RGAT), como sucede en el supuesto de hecho aquí examinado, tal irregularidad formal no sería invalidante..., toda vez que no determinaría indefensión alguna para el interesado, quien tendría la oportunidad de alegar cuanto conviniera en defensa de su derecho con anterioridad a la resolución o liquidación que pusiera fin al procedimiento.

3. Comentario crítico

3.1. Planteamiento y cuestiones por resolver

Analiza esta resolución la aplicación del recargo de regularización del artículo 27 de la LGT en una autoliquidación por IVA presentada con un día de retraso. Dispone este precepto que en las autoliquidaciones con ingreso presentadas fuera de plazo sin requerimiento dentro de los 3, 6 o 12 meses siguientes al término del periodo voluntario se pagará un recargo del 5, 10 o 15 % respectivamente, sin intereses de demora ni sanciones, y a partir de los 12 meses del 20 % más los intereses de demora computados desde el día siguiente al término de los 12 meses, sin sanciones. La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, añadió un apartado cinco al artículo 27, reduciendo el recargo un 25 % si se paga en el plazo establecido en la ley o en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento, para fomentar el pago íntegro del principal y la prestación accesoria.

En el caso aquí analizado, se aplicó el 5 % con la reducción del 25 %, es decir, un 3,75 % sobre una deuda de 6.442,81, siendo el recargo de 241,61 euros. Podría pensarse que no excede mucho del interés de demora que en 2015 era incluso mayor (el 4,375 %, actualmente el 3,75 %). Pero el interés de demora se calcula por los días de retraso, mientras que aquí hay un error de salto al girarse la misma cifra de 3,75 % hasta el tercer mes de retraso. Así, en este caso el interés de demora que habría correspondido por demorarse un día en el pago sería de tan solo 0,77 céntimos de euro. Es evidente que se plantea una enorme desproporción sin tener, además, en consideración las circunstancias que han provocado el retraso en el pago, pues la ley no lo contempla y ni siquiera prevé un procedimiento para su liquidación. En el supuesto aquí analizado el importe del recargo supone multiplicar por 314 el interés de demora que habría correspondido. Una muestra del exceso que ello supone la encontramos en la reducción del importe de los recargos prevista en el Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal (BOCG n.º 33-1, de 23 de octubre de 2020), que en este caso lo dejaría en un 0,75 % con la reducción por pronto pago. Justificándolo en motivos de proporcionalidad y justicia tributaria, se fija el recargo en el 1 % más otro 1 % adicional por cada mes completo de retraso con que se presente la autoliquidación o declaración respecto al término del plazo establecido para la presentación e ingreso, y si excede de doce meses se aplica el 15 % más los intereses de demora contados a partir del año. Hay que aplaudir esta iniciativa, pero en la reducción del recargo máximo del 20 al 15 % es criticable el error de salto que se produce al exceder por un día el año de retraso, pasando del 12 % que le correspondería al 15 %.

Todo ello sin contemplar causas exoneradoras de responsabilidad ni el procedimiento para su liquidación.

En tal sentido, la exacción de los recargos por presentación extemporánea y espontánea plantea problemas de seguridad jurídica y vulneración de la prohibición de responsabilidad objetiva.

Cabe diferenciar dos cuestiones en este caso: desde una perspectiva material, la naturaleza de los recargos en orden a su exacción; desde el prisma formal, el procedimiento a seguir para su aplicación.

3.2. La naturaleza de los recargos de regularización

Comenzando por su naturaleza, como observa el TEAC, son obligaciones accesorias de la obligación principal, cuyo devengo se produce por la presentación fuera de plazo de la declaración o autoliquidación. Y añade que son diferentes de las sanciones porque la ley no las considera obligaciones accesorias, frente a los recargos (art. 25 LGT), estableciendo que la aplicación de estos excluye la imposición de sanciones (art. 27.2 LGT), de donde infiere que «su exigencia no requiere de la existencia de culpabilidad». A nuestro juicio, la sustitución de las sanciones por los recargos refrenda un posible componente sancionador, pero veamos lo que ha dicho el Tribunal Constitucional (TC).

El antecedente del recargo por presentación extemporánea y espontánea de autoliquidaciones con ingreso que se analiza en este comentario lo encontramos en el interés mínimo del 10 % y los recargos del 50 % y del 10 % previstos en el artículo 61.2 de la anterior LGT (se llegó a establecer un recargo del 100 % en ausencia de ingreso). Se alegó en diversos recursos que eran sanciones administrativas que podían vulnerar los artículos 24 y 25 de la Constitución española (CE) al imponerse de plano, sin otorgar trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento administrativo en el que se dicta la resolución por la que se acuerdan.

Las Sentencias del TC (SSTC) 164/1995, de 13 de noviembre (NFJ003741), y 198/1995, de 21 de diciembre (NFJ006456), en referencia al interés mínimo del 10 % del anterior artículo 61.2 de la LGT (redacción dada por la Ley 46/1985, disp. adic. 31¹), le otorgaron una función resarcitoria por el retraso en el pago junto a otra disuasoria de la tardanza en el pago. Esta última función disuasoria, coercitiva o de estímulo integra una penalización económica equiparable a la cláusula penal del derecho civil, dándoles un cierto matiz sancionatorio, pero no los convierte en sanciones en sentido propio por cuanto su función no es represiva, retributiva o de castigo en cuanto –añade el tribunal– no alcancen el valor de las sanciones².

¹ «Los ingresos realizados fuera de plazo sin requerimiento previo comportarán asimismo el abono de interés de demora, con exclusión de las sanciones que pudieran ser exigibles por las infracciones cometidas. En estos casos, el resultado de aplicar el interés de demora no podrá ser inferior al 10 por ciento de la deuda tributaria».

² Dispone la STC 164/1995 que «su función no es represiva, siempre y cuando... cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas)», su funcionalidad «no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente, sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión para el incumplimiento» (FJ 5). En virtud de esta doctrina, en los Autos del TC 57/1998, de 3 de marzo (NCJ065132), FJ 4, y 237/1998, de 10 de noviembre (NCJ065133), FJ 4, consideraron

En el mismo sentido se pronunció en las SSTC 276/2000, de 16 de noviembre (NFJ009503), FJ 3, y 291/2000, de 30 de noviembre (NFJ010684), FJ 9, sobre el recargo del 10 % exigible los tres primeros meses de retraso, conforme a la redacción dada al artículo 61.2 de la LGT por la Ley 18/1991 (disp. adic. 14.2³).

No sucedió lo mismo con el recargo del 50 % que se exigía a partir del tercer mes, declarando la STC 276/2000 (FJ 5) que era inconstitucional por desempeñar una función de castigo propia de una sanción y requerir las garantías materiales y procesales que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2 de la CE. El argumento usado por el tribunal fue que su cuantía coincide con la sanción mínima del 50 % impide aplicarlo a los vigentes recargos⁴.

No nos parece correcta esta fundamentación porque existen sanciones de cuantía muy diversa. Con la anterior LGT tanto por infracción simple (art. 83 LGT) como grave (por ejemplo, del 10 o del 15 %, art. 88.1 LGT, o la sanción mínima del 75 % del art. 88.3 LGT). Con la vigente también, según se califique como leve, grave o muy grave. Además, la sanción por falta de autoliquidación en plazo (presupuesto del recargo del 50 %) admite una reducción del 30 % por conformidad, y un 25 % por pago en el periodo voluntario, si bien esta última minoración también opera en el recargo de regularización tras la reforma del artículo 27.5 de la LGT por la Ley 36/2006, como ya se indicó. Además, el hecho de que se compare con la sanción mínima vigente del 50 % vendría a significar que una nueva rebaja en las sanciones podría alterar la naturaleza de los citados recargos.

Frente a este planteamiento, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) considera la cuantía un dato relevante del carácter sancionador del recargo, pero no un elemento determinante del mismo. Por ejemplo, en el caso *Morel* el TEDH resolvió que un recargo del 10 % por declaración extemporánea sin requerimiento previo, independiente aquí del interés de demora, tenía una finalidad preventiva y represiva⁵. Y en el caso *Bendenoun* sostuvo que los recargos tributarios no buscan la reparación pecuniaria de un perjuicio, sino que en lo esencial tienden a castigar para impedir la reiteración de tales actuaciones⁶.

notoriamente infundadas las cuestiones por las que se planteaba la inconstitucionalidad del recargo del 10 % que estableció el artículo 61.2 de la LGT en la redacción que otorgó a este precepto la disposición adicional 14.2 de la Ley 18/1991 y acordaron su inadmisión por este motivo.

³ «Los ingresos correspondientes a declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo, sufrirán un recargo único del 50 por ciento, con exclusión del interés de demora y de las sanciones que pudieran ser exigibles. No obstante, el recargo será del 10 por ciento si el ingreso se efectúa dentro de los tres meses siguientes al término del plazo voluntario de presentación e ingreso».

⁴ Advierte el tribunal que «no existiendo una diferencia importante entre la cuantía de este recargo y la de las sanciones [...] este recargo cumple, además de las ya indicadas, la misma función de *castigo* que es propia de los actos sancionadores» (FJ 5.º).

⁵ Aunque luego determine la inaplicabilidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH) basándose en la levedad de su cuantía. Véase Marco Peñas (2009, p. 39).

⁶ STEDH de 24 de febrero de 1994, caso *Bendenoun* contra Francia.

En suma, el TC niega carácter y naturaleza sancionatorios al artículo 61.2 de la anterior LGT en diversas sentencias por carecer de la finalidad represiva, retributiva o de castigo que dicho tribunal ha destacado como específica de las sanciones en la STC 239/1988, de 14 de diciembre (NCJ065134), y ello con independencia de que el recargo que consagra el artículo 61.2 de la LGT pueda tener una finalidad disuasoria del pago tributario impuntual, pues aquella no es suficiente para tornar en sancionatoria la naturaleza del susodicho recargo (STC 93/2001 –NFJ010538–)⁷.

No deja de llamar la atención que el TEDH adopte unos criterios que permitirían apreciar la naturaleza punitiva de estos recargos, en orden a aplicar el artículo 6 del CEDH en su dimensión penal, como ha señalado Marco Peñas, pese a que el convenio y su jurisprudencia constituyan un mínimo común denominador que los Estados miembros del Consejo de Europa deben respetar y proteger⁸.

La determinación de la naturaleza de estos recargos, que han pasado a ocupar un lugar diferenciado de las sanciones y también de los intereses en el seno de la deuda tributaria, debe fundarse en su finalidad y en su cuantía. Debe analizarse el presupuesto de hecho del recargo, sus consecuencias jurídicas y su importe, pues este último nos permitirá distinguir una medida sancionadora de otra resarcitoria, pero la cuantía debe tomar como punto de partida los intereses de demora y no las sanciones. Realmente, las sanciones tienen siempre una doble finalidad –preventiva y represiva– por lo que resulta muy difícil deslindar la disuasión del castigo. En todo caso, para que un recargo tenga un carácter «eminentemente» disuasorio, con la dificultad que implica escindir la función represiva de la preventiva, debería estructurarse en función del retraso producido, por ejemplo, con un pequeño incremento porcentual sobre los intereses de demora.

Los vigentes *recargos* cumplen una *función disuasoria pero también resarcitoria* del retraso, al no girarse intereses, al menos durante el primer año⁹.

Muestra de su carácter sancionador o, al menos, restrictivo de los derechos individuales, es que la disposición transitoria segunda de la Ley 25/1995 dispuso la aplicación de los

⁷ Distingue la STC de 2 de abril de 2001 el recargo tributario que carece de carácter sancionador, y el recargo que constituye sanción impuesta de plano (SSTC 164/1995 y 276/2000).

⁸ Analizando la jurisprudencia *Engel*, *Bandenoun* y *Jussila*, entre otros, observa que el TEDH ha calificado como «penales» medidas recogidas en leyes tributarias cuyo recurso solo cabe ante los tribunales contencioso-administrativos en los ordenamientos jurídicos francés y sueco. Y al interpretar de forma autónoma los derechos del convenio para crear un estándar común europeo aplicable a supuestos de hecho análogos en los distintos ordenamientos, podría calificar la presentación extemporánea y espontánea como un recargo «postconsumatorio» a modo de excusa absolutoria, integrado en el tipo infractor. Véase Marco Peñas (2009, p. 40).

⁹ En la medida en que exceden del interés de demora «cabe apreciar una teleología sancionatoria o disuasoria», además de facilitar la gestión de los tributos, como observan Vega Herrero y Muñoz del Castillo (2009, p. 124).

nuevos recargos a partir del 1 de febrero de 1995 (para evitar el efecto anuncio se anticipó su entrada en vigor en esta materia, pues la vigencia de la ley se inició el 23 de julio) siempre que resultase «más favorable para el interesado que el correspondiente a la normativa vigente en el momento de presentar la declaración, declaración-liquidación o autoliquidación».

Pensamos que su naturaleza es mixta: resarcitoria o indemnizatoria (como los intereses de demora) y disuasoria o preventiva (como las sanciones)¹⁰. Este carácter mixto que lo asemeja en parte a las sanciones se pone de manifiesto en la no deducibilidad del importe de los recargos en el impuesto sobre sociedades, al igual que las sanciones y a diferencia de los intereses de demora, y en la aplicación del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables del artículo 9.3 de la CE y la retroactividad *in bonam partem* del artículo 10.2 de la LGT¹¹.

3.3. Necesidad de apreciar la culpabilidad para su exacción

Consecuencia del carácter represivo de estos recargos es la necesidad de apreciar la culpabilidad para su exacción, seguir un procedimiento que permita al obligado tributario exonerarse si actúa diligentemente o fuera culpa de la Administración (como sucede con los recargos por ingreso fuera de plazo de las cuotas de la Seguridad Social), su no deducibilidad fiscal, la aplicación retroactiva de la regulación *in bonam partem* y, por último, que no se extienda a terceros la responsabilidad de su pago con carácter general. Hay que recordar que en el ámbito de la Seguridad Social el ingreso de las cuotas fuera de plazo por error de la Administración impide la exigencia de recargos e intereses de demora. Nótese que se excluyen también los intereses, lo que parece lógico al obedecer a un error de la propia Administración, del mismo modo que no se exigen en determinados procedimientos tributarios o en las resoluciones económico-administrativas por exceso del plazo previsto en la ley para finalizar el procedimiento o dictar la resolución (Gorospe Oviedo, 2015, p. 138).

Es precisamente la finalidad disuasoria, preventiva o de estímulo en que se sustenta la aplicación de estos recargos, la que impide el pretendido automatismo que proclama la Ad-

¹⁰ La conocida STC 76/1990, de 26 de abril (NFJ000802), otorgó también una función «preventiva» y «disuasoria» al interés de demora, en su exceso del 25 % sobre el interés legal, pero no compartimos dicho criterio que probablemente respondía a la necesidad de justificar la diversidad de intereses abonados por la Administración y los obligados tributarios.

¹¹ Como advierte la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 19 de diciembre de 2013 (rec. núm. 64/2011 –NFJ052983–):

Esa retroactividad *in bonam partem*... emparenta en cierto modo relativo..., a los recargos con las sanciones tributarias, puesto que para ambos se reconoce en favor del contribuyente la aplicación de la norma más favorable, sea o no la estrictamente aplicable *ratione temporis* al asunto de que se trate,

y aunque no hay una identificación plena «sí aproxima el recargo a la sanción» (FJ 5).

ministración. Si lo que se persigue es estimular la presentación en plazo, no tiene sentido aplicar el recargo cuando el incumplimiento no se debe a culpa o negligencia del contribuyente sino a circunstancias totalmente ajenas a su voluntad.

Esto es lo que motiva que el artículo 89.Cinco de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA) excluya su aplicación cuando «la rectificación de las cuotas... se deba a un error fundado de derecho»¹², ya que, como señaló la Resolución del TEAC de 18 de abril de 2013 (RG 4900/2010 –NFJ050727–):

[el carácter] al menos disuasorio del incumplimiento de la obligación de efectuar en tiempo el ingreso, no justifica su exigencia cuando no ha existido género alguno de negligencia o descuido en el retraso, debido a las circunstancias sobrevenidas al momento del devengo que determinan la modificación de la base imponible, o a la existencia de un error fundado de derecho en la repercusión del impuesto (FJ 4).

La SAN 138/2015, de 30 de noviembre (rec. núm. 443/2014 –NFJ061738–), considera que el error de derecho debe interpretarse restrictivamente de acuerdo con el artículo 6.1 del Código Civil, y ser esencial, excusable y no evitable mediante el empleo de una diligencia media o regular.

Esta debería ser la interpretación del artículo 27 de la LGT, excluyendo el recargo cuando no exista negligencia sino error fundado, caso fortuito o fuerza mayor.

Así, la SAN de 22 de octubre de 2009 (rec. núm. 324/2006 –NFJ036569–) dictaminó que las circunstancias en que se ha producido el retraso y la disposición del obligado tributario pueden (y deben) ser analizadas en cada caso concreto para determinar si resulta o no procedente la imposición del recargo (FJ 2). La SAN de 5 de diciembre de 2012 (rec. núm. 40/2010 –NFJ049357–) anuló el recargo impuesto a un contribuyente que no pudo presentar en plazo la autoliquidación del impuesto sobre sociedades por vía telemática debido a problemas informáticos, con fundamento en los principios de buena fe y confianza legítima que deben presidir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, e impiden penalizar con un recargo derivado de un problema de la Administración no imputable al contribuyente (FJ 4). También la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de diciembre de 2014 (rec. núm. 3179/2013 –NFJ079569–), en el caso de un contribuyente que no pudo cumplir en plazo pese a intentarlo porque la Administración no puso a su disposición los modelos necesarios, concluyó la necesidad de que concurra la culpabilidad en el retraso

¹² El artículo 89.5 de la LIVA contempla que la rectificación de cuotas por aumento de las inicialmente repercutidas sin mediar requerimiento previo comportará la aplicación del recargo y los intereses de demora que procedan de conformidad con lo establecido en los artículos 26 y 27 de la LGT salvo que obedezca al artículo 80 de la LIVA o se deba a un error fundado de derecho.

para exigir el recargo y la aplicación del principio constitucional de prohibición de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos evitando decisiones injustificadas que choquen con la lógica de las cosas (FJ 3). Finalmente, la SAN de 6 de junio de 2019 (rec. núm. 313/2017 –NFJ079570–), en una autoliquidación extemporánea del impuesto sobre sucesiones por falta de conocimiento de los bienes en el plazo legal de presentación, concluye la no exacción del recargo con base en que «la verdadera causa del incumplimiento no ha derivado de la voluntad del sujeto pasivo, sino del desconocimiento de la existencia de dichos bienes» (FJ 2)¹³.

Ello entronca también con la espontaneidad que precisa su aplicación. La SAN de 21 de diciembre de 2018 (rec. núm. 807/2017 –NFJ072404–) aprecia que si el fundamento del recargo es estimular el cumplimiento espontáneo de las obligaciones tributarias y desincentivar su retraso no procede aplicar el recargo del 20 % previsto para retrasos de más de un año cuando la regularización vino motivada por una inspección de periodos anteriores, estando «condicionada, en su existencia misma y en el momento de presentarse la declaración complementaria, por los elementos ajenos» a la conducta y la voluntad del recurrente (FJ 5). Sobre ello se ha admitido un recurso de casación por el Auto del TS (ATS) de 9 de julio de 2019 (rec. núm. 1479/2019 –NFJ079571–), para determinar, primero, «qué debe entenderse por requerimiento previo», y segundo:

[...] si cabe entender comprendido en el concepto de «requerimiento previo» el conocimiento que la recurrente tuvo de que en un procedimiento inspector seguido ante una entidad del grupo y respecto de periodos previos, se alteraron cuotas de IVA a compensar correspondientes a otras entidades del mismo grupo (entre ellas la ahora recurrente) que ya habían sido compensadas, de modo que, a la vista de tal alteración, reaccionó la recurrente con una declaración complementaria y extemporánea del tributo, correctora de la inicialmente autoliquidada, antes de iniciarse procedimiento de comprobación alguno en relación con el periodo respecto del cual se regularizó la situación tributaria.

Previamente se había admitido el ATS de 23 de mayo de 2019 (rec. núm. 491/2019 –NFJ073559–), sobre la misma cuestión, y a raíz de ello la Resolución del TEAC de 17 de septiembre de 2020 (RG 4672/2017 –NFJ079434–) ha cambiado su doctrina, pasando a interpretar que el concepto «requerimiento previo» está definido en la LGT en términos amplios, de modo que no ha de entenderse restringido únicamente a aquel que se hace respecto del mismo tributo y periodo por el que se presenta la declaración o autoliquidada.

¹³ Del mismo tenor es la SAN de 11 de abril de 2019 (rec. núm. 304/2017 –NFJ073553–), sobre unos herederos que declaran en plazo y posteriormente reciben la noticia de que el causante tenía bienes en el extranjero, que inmediatamente declaran, demostrando que no tenían capacidad para conocer dichos bienes en plazo. Véase un comentario a la misma en Serantes Peña (16-7-2019).

ción extemporánea¹⁴. De este modo, razona el TEAC, si la regularización es consecuencia directa de la practicada en un ejercicio anterior, el requerimiento previo puede entenderse que abarca al ejercicio posterior; como la regularización en este segundo ejercicio es «necesaria» no puede recibir el calificativo de espontánea. Partiendo de la coherencia de este planteamiento, habrá que ver hasta qué punto la interpretación del TS se ajusta a este criterio o hace una exégesis más amplia eliminando el recargo en otros supuestos. Para prevenir estas situaciones, el Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal excepciona la aplicación de los recargos a quien regularice una conducta tributaria que lo haya sido previamente por la Administración tributaria por el mismo tributo y circunstancias, pero por otros periodos, no habiendo sido merecedora de sanción, siempre que regularice en un plazo de seis meses desde la notificación de la liquidación, tenga derecho a la reducción por pronto pago, no se solicite rectificación de la autoliquidación y no se interponga recurso. Dado el cúmulo de requisitos y el escaso ahorro que supone es previsible que no tenga gran aceptación si finalmente se aprueba en estos términos.

En todo caso, considerando el carácter parcialmente represivo de estas prestaciones y su finalidad de estímulo, se debe dar la oportunidad al contribuyente de explicar las circunstancias del retraso antes de imponer automáticamente el recargo. Al respecto Falcón y Tella (2013, p. 3) apunta la necesidad de abrir «un expediente para comprobar si existió o no retraso culpable, como empieza a exigir la jurisprudencia». Y como observan algunos autores (Sanz Díaz-Palacios, 2015, p. 170; García Díez, 2014, pp. 15 y ss.), habría que vincular la aplicación de los recargos del artículo 27 de la LGT a la ausencia de causas de justificación del artículo 179.2 de la LGT, de modo que un supuesto de fuerza mayor o de interpretación razonable de la norma impediría su exacción.

Esta solución sería también congruente con el principio de proporcionalidad en que debe basarse la aplicación del sistema tributario, conforme al artículo 3.2 de la LGT.

3.4. Procedimiento para su liquidación

Otra cuestión relevante es el procedimiento que debe seguirse y la necesidad o no de audiencia previa. El problema deriva de que el término gestión tributaria es muy ambiguo, no goza de un significado unívoco y puede ser objeto de diversas interpretaciones (Fernández Junquera, 2009, p. 462). El conglomerado de procedimientos tributarios de gestión que re-

¹⁴ Ello sucederá cuando concurren dos circunstancias:

- Que la Administración tributaria disponga de toda la información por mor de la previa comprobación (o en sentido negativo que la declaración extemporánea no aporta datos desconocidos por la Administración).
- Y, como consecuencia de lo anterior, que la Administración tributaria pudiera extender la regularización al segundo ejercicio sin practicar nuevas actuaciones, evitando la necesidad de presentar la autoliquidación extemporánea.

coge la LGT y amplía el RGAT, e incluso se incrementa en la regulación sectorial de algunas figuras tributarias, es una fuente constante de litigiosidad, y aquí tenemos un ejemplo más.

El procedimiento se inició con la notificación de un documento titulado *Propuesta de liquidación de recargo por presentación fuera de plazo de autoliquidación*. En él se advertía del retraso en un día en la presentación y pago de la autoliquidación, por lo que procedía girar un recargo del 5 % con una reducción del 25 %. Se fijaba la cuantía señalando la norma aplicable (art. 27 LGT) y se concedía un trámite de alegaciones por 15 días, añadiendo que finalizado dicho plazo, si finalmente se exigiese el recargo, se notificaría la liquidación correspondiente acompañada de la carta de pago a fin de poder efectuar el ingreso.

La LGT utiliza además del término «procedimiento» la expresión «actuaciones» porque normalmente no constituyen procedimientos administrativos *stricto sensu*, que terminan con una resolución de la Administración, sino actos de los ciudadanos en cumplimiento de las obligaciones tributarias. En tal sentido, el artículo 83 de la LGT dispone que «la aplicación de los tributos» del título III de la LGT comprende:

[...] todas las actividades administrativas dirigidas a la información y asistencia a los obligados tributarios y a la gestión, inspección y recaudación, así como las actuaciones de los obligados en el ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

La existencia de un procedimiento constituye una garantía para la Administración, en orden a la eficiencia administrativa, y para los administrados, en salvaguarda de los principios de seguridad jurídica, igualdad y legalidad. Y, como advierte el TEAC en la resolución objeto de este comentario, permite el control judicial de la actuación administrativa.

Dentro de las actividades administrativas de información y asistencia, gestión, inspección y recaudación, la aplicación de los recargos se incardina en el procedimiento de gestión.

Según el TEAC la liquidación de este recargo no encaja en ninguna de las funciones administrativas de gestión tributaria específicamente contempladas en el artículo 117 de los procedimientos de gestión, debiendo incardinarse en el último apartado de carácter residual: «La realización de las demás actuaciones de aplicación de los tributos no integradas en las funciones de inspección y recaudación».

Pero cabe cuestionarse si no se incluiría en el apartado a) o en los apartados f), h) e i) relativos, respectivamente, a la recepción y tramitación de declaraciones o autoliquidaciones, y a las actuaciones de verificación y comprobación limitada y las consiguientes liquidaciones tributarias.

En cuanto al primer punto podría plantearse la posible integración analógica del supuesto analizado en el procedimiento iniciado mediante declaración del artículo 128 de la LGT,

partiendo de la base de que no se presenta una declaración simple, sino una autoliquidación, y no se manifiesta un hecho imponible sino el presupuesto de hecho del recargo, que es lo único que va a liquidarse. Al presentar la declaración complementaria se estaría poniendo en conocimiento de la Administración que ha tenido lugar el presupuesto de hecho del recargo y se comunican los datos necesarios para que la Administración lo cuantifique mediante una liquidación. Pero es un argumento un poco forzado.

La segunda alternativa la descarta el TEAC dado que no se contempla expresamente la liquidación del recargo por presentación extemporánea y espontánea en los procedimientos de verificación y de comprobación limitada. Ciertamente, no se incluye en los cuatro supuestos tasados para la verificación de datos¹⁵. Respecto de la comprobación limitada, se hace para «comprobar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria» y cabría plantear si la recepción de una autoliquidación extemporánea no requiere fijar, al menos, las «circunstancias» determinantes de la aplicación de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo. Sin embargo, tales obligaciones no forman parte de la obligación tributaria, sino que son accesorias a la misma, por lo que tampoco puede integrarse en dicho procedimiento su liquidación.

En consecuencia, entendemos correcta la apreciación del TEAC de que el procedimiento apuntado no se recoge como tal ni en la LGT ni en el RGAT, debiendo calificarse como actuación.

En todo caso, *lo mejor sería establecer en la ley un procedimiento ad hoc para la «comprobación y liquidación de recargo por presentación fuera de plazo de autoliquidación»*. Hay que tener en cuenta que la liquidación no es un procedimiento sino un acto resolutorio (como también lo es la concesión de una exención) mediante el que la Administración cuantifica el importe de la deuda tributaria o de la cantidad a devolver o compensar, de acuerdo con el artículo 101 de la LGT. No existe un procedimiento de liquidación sino una función o potestad liquidatoria (Sesma Sánchez, 2017, pp. 18 y ss.). Dicho procedimiento debería valorar la pertinencia o no de la liquidación del recargo mediante una comprobación de las circunstancias que dieron lugar a la autoliquidación extemporánea. Partiendo de la base de que debe

¹⁵ Artículo 131 de la LGT. La Administración tributaria podrá iniciar el procedimiento de verificación de datos en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la declaración o autoliquidación del obligado tributario adolezca de defectos formales o incurra en errores aritméticos.
- b) Cuando los datos declarados no coincidan con los contenidos en otras declaraciones presentadas por el mismo obligado o con los que obren en poder de la Administración tributaria.
- c) Cuando se aprecie una aplicación indebida de la normativa que resulte patente de la propia declaración o autoliquidación presentada o de los justificantes aportados con la misma.
- d) Cuando se requiera la aclaración o justificación de algún dato relativo a la declaración o autoliquidación presentada, siempre que no se refiera al desarrollo de actividades económicas.

excluirse la responsabilidad objetiva en su cobro, el inicio de dicha comprobación daría la oportunidad al obligado tributario de acreditar, en su caso, las circunstancias de exención de responsabilidad que procedan en un trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución. Dado el componente represivo de los recargos, en principio debería ser la Administración quien probase la culpa o negligencia de quien realiza la presentación extemporánea, pero en tanto no se recojan circunstancias exculpatorias en la ley habrá de ser el contribuyente quien acredite las circunstancias que le impidan la presentación en plazo de la autoliquidación.

Ello constituiría una garantía para el administrado al conocer el procedimiento que se inicia, regulado expresamente por la LGT, y en caso de que se llevase a cabo alguna comprobación esta debería tener carácter preclusivo, impidiendo que la Administración practicara una nueva regularización en relación con el objeto comprobado salvo que en un procedimiento de comprobación limitada o inspección posterior se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas en relación con la liquidación del recargo por presentación extemporánea. Obviamente, si la Administración se limita a liquidar el recargo cabe entender que las posteriores actuaciones de comprobación serían distintas, pero no cabe duda de que la preclusividad constituye una garantía en pro de la seguridad jurídica y de la eficacia administrativa que se puede hacer valer frente a la Administración y la jurisdicción competente si fuera preciso.

También de lege ferenda, de mantenerse la actual regulación, debería incluirse en el modelo de autoliquidación un apartado que permita alegar los motivos del retraso, teniendo en cuenta los fallos de los tribunales y lo que sucede con el recargo de mora en la Seguridad Social, de modo que se excluya la aplicación de los recargos cuando sea culpa de la Administración o el contribuyente actúe con la diligencia debida.

Sobre el derecho de audiencia, afirma el TEAC, siguiendo el artículo 99.8 de la LGT y considerando que ni la LGT ni el RGAT regulan expresamente el procedimiento para exigir el recargo por autoliquidación extemporánea, que la Administración tributaria debería conceder trámite de audiencia al interesado con anterioridad a la propuesta de liquidación. Pero añade que si se concede un trámite de alegaciones –que no resulta preceptivo– por plazo similar a aquel con la notificación de la propuesta de liquidación, como sucede en el supuesto de hecho aquí examinado, tal irregularidad formal no sería invalidante al no causar indefensión al interesado, quien tendría la oportunidad de alegar cuanto conviniera en defensa de su derecho con anterioridad a la resolución o liquidación.

A nuestro juicio no es exactamente lo mismo alegar frente a una propuesta de liquidación ya emanada, que un derecho de audiencia con carácter previo que impida la evacuación de dicha propuesta y la subsiguiente liquidación –que, además, es lo que se deriva la ley como advierte el TEAC–, conforme al artículo 99.8 de la LGT (salvo en las actas con acuerdo o cuando las normas reguladoras del procedimiento fijen un trámite de alegaciones posterior a la propuesta). El trámite de alegaciones es un derecho del obligado tributario de acuerdo con el artículo 34.1 l) de la LGT, pero el trámite de audiencia es un derecho constitucional recogido

en el artículo 105 c) de la CE, y siendo el acto resultante del procedimiento un acto esencial debería garantizarse este derecho constitucional¹⁶. Pero, como advierte el TEAC, no es una irregularidad invalidante, y *dado que la Administración tiene todos los datos, se justificaría la notificación de la propuesta de liquidación otorgando un plazo de presentación de alegaciones.*

3.5. Consecuencias de una eventual declaración de nulidad

Si se hubiese considerado aplicable en este supuesto la verificación de datos o la comprobación limitada –como estableció el TEAR– habría que declarar nulo el procedimiento con arreglo al artículo 217.1 e) de la LGT por prescindir «total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello». Ello implicaría la nulidad total y no cabría retroacción de las actuaciones puesto que el procedimiento debía haber sido otro (Sesma Sánchez, 2019). Se trataría del supuesto contemplado en el artículo 66.5 del RGVA con anulación de todos los actos y devolución de las garantías o cantidades indebidamente ingresadas junto a los intereses de demora. Ello ocurre cuando se declara la imposibilidad de dictar una nueva liquidación si la reclamación contra la anterior ha sido estimada en cuanto al fondo, como reiteradamente ha señalado en TEAC (por todas Resolución de 29 de junio de 2010, RG 229/2009 –NFJ038869–), de acuerdo con el principio de seguridad jurídica y prohibición de la *reformatio in peius*. El TS, en Sentencia de 7 de abril de 2011 (rec. núm. 872/2006 –NFJ042953–), reiteró que no cabe la retroacción de actuaciones cuando no existe defecto formal del procedimiento ya que sería «una reconstrucción de un resultado equivocado derivado del ejercicio de las potestades que a tal fin tiene asignado la Inspección de los Tributos», ni siquiera es factible que el TEAC «excediéndose de sus funciones, indique siguiera como deben desarrollarse las potestades que a tal fin se le asigna normativamente a la Inspección de los Tributos».

La cuestión es que no existe una clara doctrina jurisprudencial sobre la distinción conceptual en el ámbito tributario entre vicios materiales y formales, ni tampoco en cuanto a los efectos derivados del incumplimiento (Resolución del TEAC de 24 de noviembre de 2010)¹⁷.

Frente a una jurisprudencia inicial restrictiva que solo admitía la nulidad por «total y absoluta ausencia de procedimiento» cuando se apreciara una «falta de todo trámite y no solo de alguno», más recientemente se ha incluido como nulidad radical la utilización de un procedi-

¹⁶ Compartimos las apreciaciones en esta orientación de Aguas Alcalde (2014, p. 170). Como observa este autor, un trámite de audiencia siempre podrá ser más efectivo para el obligado tributario que un trámite de alegaciones a la propuesta, en el que las decisiones del órgano público actuante ya están tomadas.

¹⁷ La Resolución del TEAC de 24 de noviembre de 2010 (RG 1/2010 –NFJ040839–) señala que «la distinción entre defectos o vicios de forma y de sustancia o materiales en el acto administrativo no es de claros y nítidos perfiles», considerando que son defectos formales los relacionados con el procedimiento tributario. También pueden incluirse los que afectan al escrito en el que se documenta la liquidación y que no forman parte del elemento definitorio o cuantificador de la obligación tributaria. *Cfr.* Manzano Silva (2014, p. 548).

miento «inadecuado». Por ejemplo, la utilización indebida del procedimiento de verificación de datos cuando incluye comprobación de actividades económicas o de valores (SSTS de 2 de julio de 2018 [rec. núm. 696/2017 –NFJ070957–] y de 28 de noviembre de 2019 [rec. núm. 2532/2017 –NFJ075754–]). Cabría pensar que la utilización de un procedimiento distinto es un defecto formal, pero evidentemente no es posible la retroacción de actuaciones dado que el procedimiento inicial era incorrecto¹⁸. En tal sentido, Longás Lafuente (2018, p. 184), analizando la STS de 2 de julio de 2018 que declaró la nulidad de pleno derecho de un procedimiento de verificación de datos sobre la compraventa de un edificio que estaba siendo rehabilitado, por utilización indebida *ab initio* de un procedimiento para una finalidad prohibida por el artículo 131 de la LGT, observa que «no cabe retrotraer el procedimiento como consecuencia de la declaración de nulidad emitida por un órgano revisor administrativo o jurisdiccional, aun cuando pudiera calificarse el defecto cometido por la Administración como formal», al desaparecer «del mundo del derecho el acto administrativo y el procedimiento del que trae causa». De modo más contundente se pronuncia Sesma Sánchez (2019, p. 109) en un caso en el que se utilizó una comprobación limitada improcedente al requerir la contabilidad para regularizar una deducción societaria, calificándolo la Resolución del TEAC de 16 de enero de 2019 como un vicio de mera anulabilidad. Advierte esta autora que:

[...] el error cometido al utilizar un procedimiento indebido constituye un defecto sustantivo o material y no un mero defecto formal puesto que es evidente que la retroacción era inadmisiblesi traía consigo volver a utilizar el mismo procedimiento de comprobación limitada inadecuado.

Estamos de acuerdo pues la ausencia de un requisito esencial del procedimiento debe constituir un error material.

Otra consecuencia es que, si se ha utilizado un procedimiento incorrecto calificado como un supuesto de anulabilidad, la jurisprudencia y los tribunales económico-administrativos consideran interrumpida la prescripción, frente a los casos de nulidad radical que no la interrumpen¹⁹. En todo caso ha habido varios votos particulares frente a esta doctrina, pues dicha interrupción contravendría el principio de eficacia administrativa (art. 103 CE), la tutela

¹⁸ Analiza la Resolución del TEAC de 16 de enero de 2019 (RG 3865/2016 –NFJ072387–) que declaró como un vicio de mera anulabilidad, y no de nulidad absoluta, la utilización de un procedimiento de comprobación limitada para reducir las deducciones por doble imposición interna de plusvalías de fuente interna, lo que exigió examinar el libro diario y el libro de inventarios y cuentas anuales, pese a la prohibición de analizar la documentación contable del artículo 136.2 c) de la LGT con anterioridad a la reforma de la Ley 34/2015.

¹⁹ Así, la STS 1645/2019, de 28 de noviembre (rec. núm. 2532/2017 –NFJ075754–), dispone que:

[...] la utilización de un procedimiento de verificación de datos, cuando debió serlo de uno de comprobación limitada, constituye un supuesto de nulidad de pleno derecho y, por tanto, no se interrumpe el plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación (FJ 2)

judicial efectiva (art. 24.1 CE), la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la confianza legítima (art. 3.1 Ley 40/2015), de modo que solo deberían tener efectos interruptivos de la prescripción los actos administrativos válidos o, al menos, presuntamente válidos²⁰.

Tratándose de defectos formales, como la omisión del derecho de audiencia, hay que ver si el acto es subsanable o debe ordenarse la retroacción de las actuaciones. Señala el artículo 239.3 de la LGT que:

[...] cuando la resolución aprecie defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, se producirá la anulación del acto en la parte afectada y se ordenará la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto formal.

Este precepto se desarrolla por el artículo 66.4 del RGVA disponiendo que «cuando existiendo un vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo del asunto, la resolución ordenará la retracción de las actuaciones», anulando todos los actos posteriores y con las devoluciones que correspondan, como en los casos de nulidad. Ello implica la existencia de un perjuicio efectivo generado por la indefensión causada.

Si no concurre dicho perjuicio el defecto sería subsanable. Esto es lo que ocurriría con la omisión del derecho de audiencia, si con la propuesta de liquidación se otorga un plazo para presentar alegaciones. Ciertamente no sería un vicio invalidante como aprecia la resolución del TEAC.

4. Conclusiones

Dentro de las actividades administrativas de información y asistencia, gestión, inspección y recaudación, la aplicación de los recargos por presentación extemporánea y espontánea de autoliquidaciones con ingreso se incardina dentro de las funciones administrativas de gestión. Sin embargo, dicha actividad no encaja en ninguno de los procedimientos de gestión previstos en la LGT y en el RGAT.

En consecuencia, siguiendo la resolución del TEAC objeto de este comentario, cabe considerar que constituye una actuación dentro de la aplicación de los tributos regulada por las normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios, establecidas en el capítulo II del título III de la LGT. En dicha actuación, conforme al artículo 99.8 de la LGT,

²⁰ Como observa Sesma Sánchez (2019, p. 112), «si ha sido declarada su invalidez, sea por nulidad, anulabilidad o por simple inexistencia, no pueden mantenerse los efectos jurídicos pretendidos al instar su anulación y en contra del reclamante».

debe otorgarse el derecho de audiencia previo a la propuesta de resolución, pero también es admisible un trámite de alegaciones tras la notificación de la propuesta de liquidación.

Dada la naturaleza represiva y disuasoria de estos recargos en cuanto que exceden de los intereses de demora y se les aplican reglas previstas para las sanciones, debería excluirse su aplicación cuando sea culpa de la Administración, como sucede con los recargos por ingreso fuera de plazo de las cuotas de la Seguridad Social. Tampoco deberían aplicarse en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, al no concurrir culpa ni negligencia por parte del obligado tributario, tal como han señalado nuestros tribunales en diversas sentencias. En cuanto a la prueba de la culpa o negligencia, en tanto no se recojan legalmente estas causas de exclusión de responsabilidad, deberá ser el contribuyente quien acredite la circunstancia que le impidió la presentación en plazo de la autoliquidación.

Por ello, *de lege ferenda* se propone incluir en el modelo de autoliquidación un apartado donde se haga constar esta circunstancia para que sea valorada por la Administración antes de liquidar dicho recargo.

Otra alternativa sería establecer un procedimiento *ad hoc* para la «comprobación y liquidación de recargo por presentación fuera de plazo de autoliquidación», en aras de una mayor seguridad jurídica de los obligados tributarios y de la eficacia de la Administración. Ello permitiría hacer constar en la comunicación de inicio las circunstancias señaladas en los artículos 87.3 y 97.1 del RGAT, y otorgar un trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución en el que se podrían plantear las causas de exoneración a las que nos hemos referido en este comentario, siendo objeto de comprobación por la Administración.

Referencias bibliográficas

- Aguas Alcalde, E. (2014). El procedimiento de verificación de datos. En E. Manzano Silva (Coord.) e I. Merino Jara (Dir.), *Procedimientos tributarios: aspectos prácticos*. Bosch.
- Falcón y Tella, R. (2013). Inicio del periodo ejecutivo, intereses y recargos: una propuesta de reforma. *Quincena Fiscal*, 5, 11-16.
- Fernández Junquera, M. (2009). Los procedimientos tributarios: aspectos comunes y procedimientos de gestión. En R. Calvo Ortega (Dir.), *Comentarios a la Ley General Tributaria*. (2.ª ed.). Civitas.
- García Díez, C. (2014). Recargos por presentación extemporánea e interpretación razonable de la norma tributaria. *Quincena Fiscal*, 3, 31-63.
- Gorospa Oviedo, J. I. (2015). La cuestionable automaticidad de los recargos por declaración extemporánea de tributos sin requerimiento previo: comparación con

- los recargos por ingreso fuera de plazo de las cuotas de la Seguridad Social. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 392, 129-166.
- Longás Lafuente, A. (2018). Nulidad de pleno derecho al iniciar indebidamente un procedimiento de verificación de datos. Análisis de la STS de 2 de julio de 2018, rec. núm. 696/2017. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 427, 163-186.
- Manzano Silva, E. (2014). La ejecución de las resoluciones de los tribunales económico-administrativos. En E. Manzano Silva (Coord.) e I. Merino Jara (Dir.), *Procedimientos tributarios: aspectos prácticos*. Bosch.
- Marco Peñas, E. (2009). La naturaleza de los recargos por declaración extemporánea voluntaria a la luz de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos y del tribunal constitucional español. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 320, 3-40.
- Sanz Díaz-Palacios, J. A. (2015). Las autoliquidaciones y declaraciones extemporáneas sin requerimiento previo, y los recargos de los artículos 27 y 28 de la Ley General Tributaria. *Crónica Tributaria*, 154, 163-177.
- Serantes Peña, F. (16-7-2019). Necesario examen de la culpabilidad en los recargos por presentación extemporánea de declaraciones. *Taxlandia*. <<https://www.politicafiscal.es/francisco-r-serantes-pena/necesario-examen-de-la-culpabilidad-en-los-recargos-por-presentacion-extemporanea-de-declaraciones>>.
- Sesma Sánchez, B. (2017). *La nulidad de las liquidaciones tributarias*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Sesma Sánchez, B. (2019). Comprobación limitada improcedente, ¿liquidaciones nulas de pleno derecho o anulables? Efectos en la prescripción, la preclusividad, los intereses de demora y la potestad sancionadora. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 433, 101-121.
- Vega Herrero, M. y Muñoz del Castillo, J. L. (2009). Tributos y obligaciones tributarias. En R. Calvo Ortega (Dir.), *Comentarios a la Ley General Tributaria*. (2.^a ed.). Civitas.



Cobertura mediática y estrategia fiscal corporativa

Carolina Bona Sánchez

Jerónimo Pérez Alemán

Domingo Javier Santana Martín

*Profesores titulares del Dpto. Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Las Palmas*

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

En este trabajo analizamos la relación entre la cobertura mediática y las estrategias fiscales corporativas encaminadas a la minimización de la carga impositiva soportada en una muestra de empresas no financieras cotizadas en el mercado bursátil español a lo largo del periodo 2003-2016. Nuestros resultados evidencian que las empresas con mayor cobertura mediática son más proclives a la utilización de estrategias fiscales encaminadas a la minimización de la presión fiscal. Estos resultados son consistentes con el papel legitimador de los medios de comunicación en el contexto europeo continental, de tal modo que las empresas con mayor seguimiento mediático presentan una menor tendencia a legitimar el comportamiento corporativo a través de las políticas fiscales. Asimismo, nuestros resultados evidencian que las empresas con mayor cobertura mediática de tono negativo son menos proclives a la utilización de estrategias fiscales encaminadas a la minimización de la presión fiscal. De esta manera, cuando el seguimiento mediático amenaza la legitimación corporativa, la empresa recurre en mayor medida a las políticas fiscales como modo de legitimar la actuación corporativa.

Palabras clave: cobertura mediática; presión fiscal; estrategias fiscales.

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

Cómo citar: Bona Sánchez, C.; Pérez Alemán, J. y Santana Martín, D. J. (2020). Cobertura mediática y estrategia fiscal corporativa. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, 159-186.



Media coverage and corporate tax strategy

Carolina Bona Sánchez

Jerónimo Pérez Alemán

Domingo Javier Santana Martín

Abstract

We analyse the relation between media coverage and corporate tax burden in a sample of non-financial firms listed in the Spanish stock market along the period 2003-2016. Our results show that media coverage reduces corporate tax burden. The results are consistent with the legitimizing role of the media so that firms with higher media coverage are more reluctant to legitimize their corporate behaviour by using tax policies. Moreover, our results evidence that firms with higher media coverage and a negative tone of the coverage are more reluctant to adopt strategies aimed at decreasing corporate tax burden. Thus, when media coverage threatens corporate legitimization, firms resort to tax policies to legitimize their corporate behaviour.

Keywords: media coverage; tax burden; tax strategies.

Citation: Bona Sánchez, C.; Pérez Alemán, J. y Santana Martín, D. J. (2020). Cobertura mediática y estrategia fiscal corporativa. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, 159-186.





Sumario

1. Introducción
 2. Argumentación teórica y desarrollo de hipótesis
 3. Aspectos metodológicos
 - 3.1. Muestra
 - 3.2. Variables y fuentes de información
 - 3.2.1. Presión fiscal empresarial
 - 3.2.2. Cobertura mediática
 - 3.2.3. Variables de control
 - 3.3. Modelo de estimación
 4. Resultados
 - 4.1. Análisis descriptivo
 - 4.2. Cobertura mediática y presión fiscal
 - 4.3. Análisis de robustez
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Los escándalos fiscales de los últimos años y la preocupación por la gestión impositiva de las grandes empresas como Google, Amazon o Facebook han incrementado el interés de los reguladores, inversores, medios de comunicación y la sociedad en general, por las causas y consecuencias de la planificación fiscal corporativa. De este modo, la investigación centrada en los determinantes de la adopción de estrategias corporativas tendentes a la reducción de la carga impositiva soportada ha crecido de forma significativa en la última década (Hanlon y Heitzman, 2010). En el contexto español, este conocimiento adquiere, si cabe, mayor importancia, ya que de acuerdo con el Informe de Competitividad Global 2016-2017 (World Economic Forum, 2017), los impuestos son el principal problema para hacer negocios en España.

A pesar de lo anterior, el conocimiento sobre cómo las estrategias corporativas de minimización de la carga impositiva soportada pueden estar condicionadas por el escrutinio público de la conducta corporativa es un aspecto que ha recibido escasa atención en la literatura precedente, concretamente cuando el escrutinio deriva del seguimiento de la empresa por parte de los medios de comunicación. En el caso español el conocimiento sobre este tópico es anecdótico y normalmente está centrado en los casos con mayor repercusión mediática. En 2019, la prensa nacional española publica una noticia en la que se revela que los gigantes tecnológicos como Google, Apple, Facebook o Amazon únicamente pagaron en conjunto 31,7 millones de euros por el impuesto sobre sociedades en 2017 (El País, 24 de marzo de 2019). Adicionalmente, el *Informe sobre contribución fiscal y transparencia 2018*, publicado en España por la Fundación Compromiso y Transparencia, reveló que muy pocas empresas que operan en nuestro país abordan la transparencia fiscal de modo sistemático y diferenciado.

Los medios de comunicación recopilan, agregan, diseminan y amplifican la información (Bushee *et al.*, 2010) y, en consecuencia, los directivos y los accionistas controladores son sensibles al seguimiento de su empresa por parte de dichos medios. La literatura previa se ha centrado en el estudio de la independencia de los medios de comunicación y en su capacidad para condicionar las estrategias fiscales más agresivas (Kanagaretnam *et al.*, 2018), poniendo de relieve el papel disciplinador de los medios en relación con las prácticas fiscales corporativas que presentan mayor nivel de agresividad. En este contexto, nuestro trabajo viene a cubrir un vacío en los estudios precedentes, al estudiar el papel que juega el

seguimiento mediático en la adopción por parte de la empresa de cualquier estrategia encaminada a minimizar el gasto por impuesto sobre beneficios, alejándose nuestro enfoque de la literatura precedente, centrada principalmente en las estrategias fiscales más agresivas. Para cumplir con este objetivo hemos utilizado una muestra de empresas cotizadas no financieras españolas en el periodo 2003-2016.

Nuestros resultados revelan que los directivos de las empresas cotizadas españolas son sensibles al seguimiento mediático a la hora de implementar estrategias fiscales tendentes a la minimización de la carga impositiva soportada. En particular, nuestros hallazgos evidencian menores tasas impositivas efectivas soportadas a medida que aumenta la visibilidad de la empresa en los medios de comunicación. De esta forma, en el contexto europeo continental nuestros resultados son consistentes con el papel de los medios de comunicación como legitimadores del comportamiento corporativo, ya que las empresas con mayor cobertura mediática muestran una menor tendencia a la utilización de las políticas impositivas como mecanismo de legitimación. Las estrategias fiscales pasan a convertirse en un instrumento a disposición de los agentes internos para la mejora de la competitividad de la empresa en los mercados mediante la reducción de la presión fiscal. En análisis posteriores evidenciamos que, en aquellas empresas en las que el seguimiento mediático amenaza la legitimación corporativa, debido al tono negativo de dicha cobertura, existe una mayor tendencia a la utilización de estrategias fiscales como mecanismo de legitimación del comportamiento corporativo. Nuestros resultados son robustos a diferentes especificaciones y formas de medir las variables esenciales. Asimismo, dado que en nuestro trabajo hemos considerado las distintas fuentes de endogeneidad, los resultados permiten excluir la posibilidad de que la relación negativa entre cobertura mediática y presión fiscal venga determinada por una mayor propensión al seguimiento mediático de las empresas más proclives a adoptar estrategias fiscales de reducción de la carga impositiva soportada.

De este modo, realizamos importantes contribuciones a la literatura precedente. En primer término, a diferencia de estudios previos, nuestro objeto de interés no es la independencia de los medios de comunicación ni las estrategias más agresivas de ahorro fiscal (Kanagaretnam *et al.*, 2018), de manera que el diseño de nuestra investigación nos va a permitir considerar de forma diferenciada el papel de los medios de comunicación en el diseño de las políticas fiscales corporativas más allá de su papel disciplinador. En segundo lugar, dado que el papel de los medios en el sistema económico está fuertemente condicionado por las características del entorno institucional en el que opera, nuestro trabajo proporciona evidencia sobre el modo a través del cual las características del contexto europeo continental determinan la relación entre la cobertura mediática y la tendencia de la empresa a la adopción de estrategias fiscales minimizadoras de su carga impositiva soportada. En tercer lugar, exploramos cómo el tono de las noticias condiciona la relación entre cobertura mediática y presión fiscal, cuestión que, hasta donde llega nuestro conocimiento, no ha sido abordada en la literatura precedente. Finalmente, al centrarnos en un solo país, minimizamos los problemas derivados de muestras limitadas, endogeneidad en las variables a nivel de cada país o el problema de variables omitidas.

El resto del trabajo está organizado en cinco secciones. En la sección 2 revisamos la literatura precedente que culmina con el planteamiento de la hipótesis. En la sección 3 presentamos la muestra y la metodología de investigación. En la sección 4 presentamos los resultados empíricos obtenidos. Las conclusiones y la discusión final las mostramos en la sección 5.

2. Argumentación teórica y desarrollo de hipótesis

Los medios de comunicación diseminan información corporativa reduciendo las asimetrías de información entre los participantes relevantes del mercado (Bushee *et al.*, 2010). Seleccionando las empresas y actuaciones a cubrir, los medios de comunicación revelan ciertos hechos que, de otro modo, no habrían sido ampliamente conocidos por los grupos de interés de la empresa. En este sentido, los estudios previos sugieren que los medios de comunicación ejercen un impacto significativo en la conducta corporativa, como, por ejemplo, en la adopción de ciertas decisiones de inversión o en el sistema de gobierno corporativo (Dyck y Zingales, 2002; Miller, 2006; Core *et al.*, 2008; Fang y Peress, 2009; Bushee *et al.*, 2010; Engelberg y Parsons, 2011; Gurun y Butler, 2012; Bednar, 2012; Kuhnen y Niessen, 2012; Jansson, 2013; Liu y McConnel, 2013; Ahern y Sosyura, 2014; Drake *et al.*, 2014; Chahine *et al.*, 2015; Ahmad *et al.*, 2016; Cahan *et al.*, 2017; Lauterbach y Pajuste, 2017; Liu *et al.*, 2017).

La planificación fiscal puede ser considerada una decisión de inversión arriesgada. No obstante, a pesar de la existencia de una investigación sustancial sobre los determinantes de la planificación fiscal en la última década (Hanlon y Heitzman, 2010), el conocimiento sobre el potencial de los medios de comunicación, como proveedores clave de información, para condicionar las políticas fiscales corporativas está lejos de ser concluyente. La evidencia anecdótica en el contexto europeo continental apunta al papel disciplinador de los medios de comunicación en relación con la adopción de estrategias fiscales agresivas, de tal modo que la exposición mediática de dichas estrategias puede llevar a las empresas a reducir la tendencia a su adopción. De este modo, a pesar de que no pocas empresas en Europa continental han eludido el pago de impuestos durante muchos años, sus prácticas fiscales se han convertido en un aspecto de interés social y político tras la revelación de dichas conductas por parte de los medios de comunicación.

En esta línea, Kanagaretnam *et al.* (2018) estudian el efecto de la independencia de los medios de comunicación en la agresividad fiscal de una muestra de empresas de 32 países del mundo. Los autores encuentran que la independencia de los medios de comunicación se asocia a una menor tendencia a la adopción de estrategias fiscales agresivas. Los resultados son consistentes con el papel controlador de los medios de comunicación en relación con las estrategias fiscales agresivas. Análisis posteriores llevados a cabo por los autores también muestran que el efecto de la independencia de los medios en la agresivi-

dad fiscal es más pronunciado cuando el entorno legal es más débil y el entorno informativo es menos transparente, lo que apuntaría a la existencia de un efecto sustitutivo entre la protección legal proporcionada por el sistema legal y el papel disciplinador de los medios de comunicación.

En este contexto, la teoría de los grupos de interés y la teoría de la legitimación parten de la premisa de que las empresas buscan legitimar su comportamiento y sostener sus relaciones como modo de sobrevivir (Lanis y Richardson, 2012). En este sentido, las empresas que reciben mayor atención mediática soportan mayores niveles de escrutinio por parte de los diferentes grupos de interés. Así, dado que el pago de impuestos puede ser considerado una «contribución» relevante de la empresa a la sociedad, ya que los impuestos se pagan al Estado para asegurar la financiación de los bienes y servicios públicos, podría argumentarse que las empresas con mayor seguimiento mediático presentarán una menor tendencia a la utilización de estrategias fiscales encaminadas a la reducción de la carga impositiva soportada, al objeto de evitar pérdidas de legitimación que podrían derivarse de una mayor probabilidad de que la empresa sea acusada de no pagar la «cuota justa», es decir, de causar una pérdida significativa y potencialmente irre recuperable a la sociedad en general.

Frente al escrutinio que promueve el seguimiento mediático, la literatura en el ámbito de la organización de empresas se ha centrado de modo recurrente en el papel legitimador de los medios de comunicación, reconociendo su papel como propagadores de legitimación (Hoffman y Ocasio, 2001; Pollock y Rindova, 2003). Gran parte del papel evaluador de los medios de comunicación se ha centrado en los recursos y resultados positivos que el seguimiento de los medios de comunicación confiere a la empresa (Deephouse, 2000). Desde esta perspectiva, los medios son actores independientes que efectúan juicios sobre el comportamiento corporativo, influenciando así la percepción de audiencias más amplias (Bednar, 2012).

En este sentido, la cobertura mediática y la política fiscal pueden ser concebidos como mecanismos sustitutivos en la búsqueda de la legitimación corporativa. De este modo, si el seguimiento de la empresa por parte de los medios de comunicación juega un papel importante en la legitimación de la conducta corporativa en el contexto europeo continental, el objetivo de las estrategias fiscales adoptadas por las empresas con mayor seguimiento mediático se aleja de su papel legitimador para convertirse en un instrumento a disposición de los agentes internos para la mejora de la competitividad global de la empresa mediante la reducción de sus costes fiscales. Los argumentos anteriores predicen que las empresas con mayor seguimiento mediático presentarán una mayor tendencia a la utilización de estrategias fiscales encaminadas a la minimización de la carga impositiva soportada.

En función de todo lo señalado anteriormente, dado que los argumentos teóricos (escrutinio vs. legitimación) ponen de manifiesto una incidencia de signo contrapuesto de la cobertura mediática sobre la adopción de estrategias fiscales encaminadas a la minimización de la carga impositiva, planteamos nuestra hipótesis del modo que se enuncia a continuación:

H1: *La cobertura mediática incide en la tendencia de la empresa a la adopción de estrategias encaminadas a la reducción de la presión fiscal soportada.*

H1a: *La cobertura mediática disminuye la tendencia de la empresa a la adopción de estrategias encaminadas a la reducción de la presión fiscal soportada.*

H1b: *La cobertura mediática aumenta la tendencia de la empresa a la adopción de estrategias encaminadas a la reducción de la presión fiscal soportada.*

3. Aspectos metodológicos

3.1. Muestra

La muestra inicial parte de las cuentas anuales consolidadas de las empresas que cotizan en el mercado bursátil español a finales de 2016 incluidas en la base de datos OSIRIS (*Bureau van Dijk*). De los sectores contemplados en la Clasificación Sectorial y Subsectorial Unificada de la Bolsa de Madrid se han eliminado los subsectores relativos a los servicios financieros¹. Asimismo, las observaciones con pérdidas o tasas impositivas efectivas negativas han sido eliminadas de la muestra. Como resultado, obtenemos un panel no balanceado de 1.147 observaciones empresa-año con una media de 11,3 observaciones para el periodo 2003-2016. En la tabla 1 mostramos la distribución de las observaciones por año y sector.

Tabla 1. Distribución de la muestra

| Panel A. Observaciones por año | |
|--------------------------------|----|
| 2003 | 63 |
| 2004 | 64 |
| 2005 | 68 |
| 2006 | 74 |



¹ Concretamente se han eliminado: Bancos y Cajas de Ahorro, Seguros, Sociedades de cartera y *holdings*, SICAV, Servicios de inversión, Fondos cotizados, Capital riesgo, Instituciones de inversión libre y SOCIMI.

| Panel A. Observaciones por año | |
|--------------------------------|-----|
| ▶ | |
| 2007 | 83 |
| 2008 | 83 |
| 2009 | 84 |
| 2010 | 85 |
| 2011 | 86 |
| 2012 | 86 |
| 2013 | 86 |
| 2014 | 88 |
| 2015 | 97 |
| 2016 | 100 |

| Panel B. Observaciones por sector | |
|--|-----|
| Petróleo y energía | 106 |
| Materiales básicos, industria y construcción | 363 |
| Bienes de consumo | 317 |
| Servicios de consumo | 182 |
| Inmobiliarias | 95 |
| Tecnología y telecomunicaciones | 84 |

3.2. Variables y fuentes de información

3.2.1. Presión fiscal empresarial

Hanlon y Heitzman (2010) proporcionan una discusión detallada de las diferentes medidas empíricas utilizadas en los estudios centrados en el análisis de las estrategias fiscales empresariales, enfatizando la importancia de que dichas medidas se adecuen al objeto de la investigación y que las inferencias derivadas de dichos estudios consideren las limitaciones propias de las mismas.

De acuerdo con el objetivo planteado, nuestro trabajo se centra en cualquier estrategia fiscal encaminada a la reducción de la presión fiscal soportada. Así, en línea con la literatura precedente utilizaremos como medida de presión fiscal el tipo impositivo efectivo soportado (TIE). Según el análisis realizado por Plesko (2003), es la medida que presenta la mejor correlación con el tipo impositivo efectivo real obtenido de las declaraciones del impuesto. De esta manera, mediante la utilización de la base de datos OSIRIS, que ofrece información financiera de empresas cotizadas de todo el mundo, calculamos el TIE como el cociente entre el impuesto sobre beneficios devengado y el resultado contable antes de impuestos (Zimmerman, 1983; Rego, 2003; Fernández y Martínez, 2006; Chen *et al.*, 2010; Monterrey y Sánchez, 2015; Balakrishnan *et al.*, 2012; Kubata *et al.*, 2013; McGuire *et al.*, 2014):

$$TIE_{it} = \frac{\text{Impuestos sobre beneficios devengados}_{it}}{\text{Resultado antes de impuestos}_{it}}$$

De acuerdo con Kubata *et al.* (2013), existen diversas razones que avalan la utilización del TIE. En primer término, se trata de una magnitud de los estados financieros, por lo que está a disposición de los inversores, encontrándose además disponible a lo largo de un extenso periodo de tiempo. En segundo lugar, el TIE es utilizado por los usuarios de la información financiera para comparar empresas, tanto dentro de una misma legislación como entre distintas jurisdicciones. No obstante, tal como señalan Dyreng *et al.* (2008), el TIE anual puede no reflejar adecuadamente el auténtico tipo impositivo efectivo a largo plazo como consecuencia de su volatilidad. Consecuentemente, el uso de un tipo impositivo anual para examinar la presión fiscal podría conducir a inferencias erróneas sobre el comportamiento a largo plazo de las empresas. Para solucionar este problema, dichos autores proponen la utilización de un TIE acumulado en el tiempo. De esta manera, al objeto de reducir la influencia de posibles fluctuaciones transitorias que podrían afectar a determinados ejercicios económicos, en el presente trabajo utilizamos una medida adicional del TIE anual, esto es, el TIE a largo plazo o acumulado. El periodo que debe ser considerado para realizar la acumulación del numerador y denominador de cada una de las magnitudes que definen el TIE varía según los autores (Ayers *et al.*, 2010; Monterrey *et al.*, 2010; Balakrishnan *et al.*, 2012; Kubata *et al.*, 2013), habiendo optado en nuestro caso por un horizonte temporal de tres años (Balakrishnan *et al.*, 2012):

$$TIE_ACUM_{it} = \frac{\sum_{t-2}^t \text{Impuestos sobre beneficios devengados}_{it}}{\sum_{t-2}^t \text{Resultado antes de impuestos}_{it}}$$

3.2.2. Cobertura mediática

En línea con la literatura previa, la cobertura mediática considera la visibilidad de la empresa en los medios de comunicación a través del número de noticias sobre la empresa en

la prensa económica (Dyck y Zingales, 2002; Tetlock, 2007; Dyck, Volchkova y Zingales, 2008; Core *et al.*, 2008; Joe *et al.*, 2009; Engelberg y Parsons, 2011; Gurun y Butler, 2012; Kuhnen y Niessen, 2012; Jansson, 2013; Liu y McConnell, 2013; Ahern y Sosyura, 2014; Borochin y Weihua, 2014; Dai *et al.*, 2014; Lauterbach y Pajuste, 2017; Liu *et al.*, 2017). En esta línea, partimos de la base de datos de Peña *et al.* (2018), que recoge el número de artículos relacionados con las empresas no financieras cotizadas españolas en el periodo 2003-2014. Los autores utilizan la base de datos Factiva, analizando la información recogida en los principales medios económicos nacionales e internacionales: Expansión, Cinco Días, El Economista, Financial Times, Wall Street Journal, Reuters, Dow Jones y Business Wire. Debido a que nuestro estudio abarca el periodo 2003-2016, hemos ampliado la mencionada base para incluir los años 2015 y 2016, utilizando la misma base de datos y analizando los mismos medios de comunicación. Además, en línea con la literatura previa (Ahern y Sosyura, 2014; Chahine *et al.*, 2015; Peña *et al.*, 2018), hemos excluido de la muestra las noticias que no poseen un contenido informativo, como los listados de cotización o los anuncios de pagos de dividendos. De este modo, la variable *MEDIA* recoge el número de noticias relacionadas con una empresa excluyendo las noticias sin contenido informativo.

3.2.3. Variables de control

En las estimaciones se han incluido un conjunto de variables que tienen como objetivo controlar el efecto potencial de otros factores distintos a la cobertura mediática que podrían incidir en la presión fiscal empresarial soportada por la empresa. En consonancia con la investigación precedente centrada en el contexto español (Santana y Aguiar, 2006; Sacristán y Gómez, 2007; Ruiz y Santana, 2009, 2011; López y Santana, 2015; Bona *et al.*, 2011, 2014, 2019), se incluye la participación en los derechos de voto del propietario dominante (*VOTOS*) calculada a través de la metodología de definición de las cadenas de control (La Porta *et al.*, 1999; Claessens *et al.*, 2000; Faccio y Lang, 2002). De esta manera, Fama y Jensen (1983) argumentan que la concentración de propiedad aumenta la aversión al riesgo; dado que ciertas prácticas de reducción de la presión fiscal pueden conllevar riesgo para la empresa, se esperaría una relación positiva entre concentración de propiedad y presión fiscal. En esta línea, los estudios de Chen *et al.* (2010) y Badertscher *et al.* (2013) constatan una mayor presión fiscal en las empresas con mayor concentración de propiedad. Por otro lado, Rego (2003) señala que las empresas que operan en mercados internacionales presentan tipos impositivos efectivos menores, ya que tienen la posibilidad de realizar una planificación fiscal con mayores economías de escala. Debido a ello, hemos incluido las variables *INT*, que mide la relación entre las ventas en el exterior y el activo total. Asimismo, incluimos la variable *TAM* (tamaño), calculada como el logaritmo neperiano del activo total, no existiendo un consenso en la literatura sobre su incidencia en la presión fiscal (Zimmerman, 1983; Rego, 2003; Chen *et al.*, 2010; Minnick y Noga, 2010; Badertscher *et al.*, 2013; McGuire *et al.*, 2014). Además, se ha incluido la variable *ROA*, que relaciona el beneficio antes de intereses e impuestos con los activos totales, como variable relativa a la rentabilidad de la empresa. Aunque algunos autores como Plesko (2003) y Chen *et al.* (2010) cons-

tatan que las empresas que generan mayores rentabilidades presentan una mayor presión fiscal, otros han evidenciado una relación negativa entre la rentabilidad de la empresa y la presión fiscal (Derashid y Zhang, 2003; Frank *et al.*, 2009; Lisowsky, 2010; Zhang *et al.*, 2016).

Con el objeto de controlar la incidencia del endeudamiento en la política fiscal, se ha incluido la variable *DEUDA*, como relación entre la deuda total y el activo total. Si bien un grupo de trabajos encuentra que las empresas que soportan menor presión fiscal muestran un mayor nivel de endeudamiento (Plesko, 2003; Richardson y Lannis, 2007), otros encuentran una relación positiva entre ambas magnitudes (Feeny *et al.*, 2006; Chen *et al.*, 2010). Por último, la inversión en inmovilizado puede afectar a la estrategia fiscal, ya que conlleva gastos fiscalmente deducibles a través de la dotación de amortización. De este modo, hemos incluido la variable *ANC* definida como el cociente entre el activo no corriente y el activo total. Con relación a esta variable, tampoco la literatura previa ha alcanzado resultados concluyentes que permitan predecir el signo de la relación entre la intensidad del inmovilizado y la presión fiscal. Así, los resultados de Plesko (2003) y Monterrey *et al.* (2010) muestran una relación negativa entre el peso del inmovilizado en el activo y la presión fiscal. Por su parte, Janssen y Buijnk (2000) muestran una relación positiva, mientras que Chen *et al.* (2010) no encuentran una relación estadísticamente significativa. Finalmente, todas las regresiones realizadas incluyen los efectos sector y año, mientras que las variables de control han sido winsorizadas a los percentiles 1 y 99 con el objetivo de reducir el impacto potencial de los valores extremos.

3.3. Modelo de estimación

La presencia de una asociación estadísticamente significativa entre el seguimiento de la empresa por parte de los medios de comunicación y la presión fiscal no indica el sentido de la causalidad. Dado que en el presente trabajo nos centramos en analizar si el seguimiento de la empresa por parte de los medios de comunicación afecta a la presión fiscal soportada por esta, cabría plantearse la posibilidad de que una asociación estadísticamente significativa entre la cobertura mediática y la presión fiscal pueda venir explicada, de modo alternativo, por una mayor propensión al seguimiento mediático de la empresa a medida que se reduce la presión fiscal que esta soporta. Es por ello que abordar de modo adecuado las diferentes fuentes de endogeneidad adquiere especial relevancia en nuestro análisis.

Debido a ello, las regresiones han sido estimadas utilizando el Método Generalizado de los Momentos (MGM)² desarrollado por Arellano y Bond (1991), incorporando las correcciones propuestas por Arellano y Bover (1995) y Blundell y Bond (1998). Concretamente, utilizamos la estimación MGM en niveles y en dos etapas incluida en el comando *xtabond2*

² El estimador *MGM* fue propuesto inicialmente por Holtz-Eakin *et al.* (1988).

de *stata* (Roodman, 2008). La estimación en dos etapas señala las regresiones con errores robustos a la heterocedasticidad. Asimismo, la versión del MGM en niveles (o en sistemas), introducido por Arellano y Bover (1995) y Blundell y Bond (1998), mejora el estimador original al combinar un conjunto de ecuaciones en primeras diferencias con niveles retardados de las variables como instrumentos adicionales. De esta manera, la metodología permite abordar las distintas fuentes de endogeneidad (tanto la heterogeneidad como la simultaneidad). El problema de heterogeneidad es superado al modelizarlo con un efecto individual que es eliminado al realizarse las primeras diferencias de las variables. El problema de simultaneidad es superado al utilizarse como instrumentos de las variables independientes los retardos de las mismas. Las variables relativas a los años y a los sectores fueron consideradas estrictamente exógenas. Además, dado que la primera y esencial propiedad de un instrumento es su independencia estadística con respecto a los residuos, contrastamos si los instrumentos utilizados son adecuados mediante un test de restricciones sobreidentificadas (test de Hansen), bajo la hipótesis nula de que todos los instrumentos no están correlacionados con los residuos. Si la hipótesis nula es rechazada, existirían dudas sobre la idoneidad de los instrumentos (Baum y Christopher, 2006). Además de dicho contraste, Arellano y Bond (1991) muestran que la consistencia de los estimadores MGM depende de manera crucial de la inexistencia de correlación serial de segundo orden en los residuos en primeras diferencias. Para determinar si no existe tal correlación, utilizamos el estadístico de Arellano y Bond (test m^2) que contrasta la hipótesis nula de ausencia de correlación serial de los residuos en primeras diferencias. Finalmente, realizamos tres contrastes adicionales: z^1 , un test de Wald de significación conjunta de las variables relativas a los años; z^2 , un test Wald de significación conjunta de las variables relativas a los sectores; y z^3 , un test de Wald de significación conjunta de los coeficientes obtenidos.

De esta manera, especificamos el siguiente modelo de estimación:

$$ETR_{it} = \alpha_0 + \alpha_1 MEDIA_{it} + \alpha_2 VOTOS_{it} + \alpha_3 INT_{it} + \alpha_4 TAM_{it} + \alpha_5 ROA_{it} + \alpha_6 DEUDA_{it} + \alpha_7 ANC_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_{it}$$

Donde η_k recoge los efectos fijos anuales, con el fin de incorporar los cambios normativos fiscales que se producen a lo largo de los años, mientras que ϕ_j recoge los efectos fijos sectoriales, por cuanto la planificación fiscal podría estar condicionada por el sector al que pertenece la empresa. Finalmente, ε_{it} es el término de error para la empresa i en el año t .

4. Resultados

4.1. Análisis descriptivo

Inicialmente analizamos la presión fiscal de las empresas cotizadas españolas a lo largo de los años considerados en el presente estudio. En este sentido, en la tabla 2 presenta-

mos la evolución anual de las variables *TIE* y *TIE_ACUM*. Como se puede observar, el valor medio del *TIE* se encuentra en torno al 18 %. Por su parte el *TIE_ACUM* se eleva, en términos medios, al 24 %. En ambos casos el valor de la mediana se sitúa en torno al 23 %, un valor que se encuentra en consonancia con los valores alcanzados en estudios previos centrados en las sociedades cotizadas españolas (Monterrey y Sánchez, 2015; Bona *et al.*, 2019).

Tabla 2. Estadísticos descriptivos

| | Media | Desviación típica | Mediana | Mínimo | Máximo |
|----------|--------|-------------------|---------|---------|--------|
| TIE | 0,178 | 0,404 | 0,239 | -2,322 | 1,751 |
| TIE_ACUM | 0,239 | 1,200 | 0,233 | -17,951 | 23,167 |
| MEDIA | 389 | 734 | 114 | 0,000 | 6.430 |
| VOTOS | 29,23 | 19,40 | 23,99 | 0,040 | 97 |
| INT | 0,344 | 0,318 | 0,274 | 0,000 | 1,588 |
| TAM | 13,785 | 1,901 | 13,771 | 9,453 | 17,959 |
| ROA | 0,090 | 0,077 | 0,071 | -0,003 | 0,495 |
| DEUDA | 0,617 | 0,184 | 0,647 | 0,187 | 0,979 |
| ANC | 0,583 | 0,204 | 0,616 | 0,053 | 0,947 |

Nota: *TIE*: cociente entre el impuesto sobre beneficios devengado y el resultado contable antes de impuestos. *TIE_ACUM*: cociente de la sumatoria en tres años del impuesto sobre beneficios devengado y la sumatoria en tres años del resultado contable antes de impuestos. *MEDIA*: logaritmo neperiano del número de noticias anuales relacionadas con una empresa excluyendo las noticias sin contenido informativo publicadas en *Expansión*, *Cinco Días*, *El Economista*, *Financial Times*, *Wall Street Journal*, *Reuters*, *Dow Jones* y *Business Wire*. *VOTOS*: participación en los derechos de voto del propietario dominante. *INT*: relación entre las ventas en el exterior y el activo total. *TAM*: logaritmo neperiano del activo total. *ROA*: cociente entre el beneficio antes de intereses e impuestos con los activos totales. *DEUDA*: relación entre la deuda total y el activo total. *ANC*: cociente entre el activo no corriente y el activo total.

En relación con los resultados descriptivos relacionados con la cobertura mediática, los resultados que se muestran en la tabla 2 indican una media de 389 artículos por empresa, mientras que la mediana se encuentra en 114. En cuanto a la matriz de correlaciones, en la tabla 3 se aprecian niveles significativos en las correlaciones de las variables *TIE* y *TIE_ACUM*. No obstante, tal circunstancia es irrelevante en nuestro trabajo, ya que dichas variables no se incluyen simultáneamente en el mismo modelo. Por otro lado, para descartar la existencia de multicolinealidad en nuestros modelos, hemos calculado el factor de inflación de la varianza (*VIF*) para cada variable independiente de la regresión. El valor más alto de *VIF* es considerablemente menor a 5 (el umbral a partir del cual la multicolinealidad puede estar

presente) para todas las variables del modelo (Studenmund, 1997). De acuerdo con dichos resultados, podemos concluir que la multicolinealidad no es un problema en nuestra muestra.

Tabla 3. Matriz de correlaciones y factor de inflación de la varianza

| | TIE | TIE_ACUM | MEDIA | VOTOS | INT | TAM | ROA | DEUDA | VIF |
|----------|---------|----------|---------|---------|----------|---------|----------|-------|------|
| TIE_ACUM | 0,53*** | | | | | | | | |
| MEDIA | -0,01 | -0,03 | | | | | | | |
| VOTOS | -0,01 | 0,04 | -0,02 | | | | | | 1,06 |
| INT | 0,07** | -0,01 | -0,01 | -0,06** | | | | | 1,12 |
| TAM | 0,04 | -0,01 | 0,79*** | 0,03 | -0,03 | | | | 3,29 |
| ROA | 0,10*** | 0,11*** | 0,11*** | 0,06** | 0,08*** | 0,33*** | | | 1,13 |
| DEUDA | -0,01 | 0,23*** | 0,23*** | 0,07** | 0,02 | 0,02 | -0,24*** | | 1,22 |
| ANC | 0,01 | 0,28*** | 0,28*** | -0,08** | -0,24*** | 0,28*** | -0,07*** | -0,04 | 1,33 |

Nota: *TIE*: cociente entre el impuesto sobre beneficios devengado y el resultado contable antes de impuestos. *TIE_ACUM*: cociente de la sumatoria en tres años del impuesto sobre beneficios devengado y la sumatoria en tres años del resultado contable antes de impuestos. *MEDIA*: logaritmo neperiano del número de noticias anuales relacionadas con una empresa excluyendo las noticias sin contenido informativo publicadas en Expansión, Cinco Días, El Economista, Financial Times, Wall Street Journal, Reuters, Dow Jones y Business Wire. *VOTOS*: participación en los derechos de voto del propietario dominante. *INT*: relación entre las ventas en el exterior y el activo total. *TAM*: logaritmo neperiano del activo total. *ROA*: cociente entre el beneficio antes de intereses e impuestos con los activos totales. *DEUDA*: relación entre la deuda total y el activo total. *ANC*: cociente entre el activo no corriente y el activo total. ***, **, * estadísticamente significativo al 1, 5 y 10%, respectivamente.

4.2. Cobertura mediática y presión fiscal

Para contrastar nuestra hipótesis, estimamos las regresiones considerando como variables dependientes *TIE* y *TIE_ACUM* y como variable independiente el total de artículos publicados referidos a la empresa. De este modo, los resultados de los modelos 1 y 2 de la tabla 4 muestran una incidencia negativa y significativa de la cobertura mediática en la presión fiscal soportada por la empresa tanto cuando esta última variable es medida a través de la variable *TIE* (modelo 1, $\alpha_1 = -0,094$) como en el caso de la variable *TIE_ACUM* (modelo 2, $\alpha_1 = -0,014$). Así pues, nuestros resultados ponen de manifiesto que, a medida que aumenta la cobertura de la empresa por parte de los medios de comunicación, aumenta también su tendencia a la realización de prácticas fiscales tendentes a la reducción de la presión fiscal. Estos resultados se encuentran en consonancia con la hipótesis H1b, mostrando que a medida que aumenta la cobertura mediática existe una menor tendencia

hacia la legitimación del comportamiento corporativo mediante el pago de impuestos. En tales casos las empresas con mayor seguimiento mediático optan por reducir los costes fiscales al objeto de mejorar su competitividad en el mercado.

Tabla 4. Presión fiscal y cobertura mediática

| | Modelo 1 (TIE) | Modelo 2 (TIE_ACUM) |
|----------------|----------------------|------------------------|
| MEDIA | -0,094*** (-8,61) | -0,014* (-1,89) |
| VOTOS | -0,0008 (-1,27) | -0,001 (-1,50) |
| INT | -0,104** (-2,02) | -0,186*** (-4,86) |
| TAM | 0,071*** (6,38) | 0,009 (0,72) |
| ROA | 0,746** (2,62) | 0,799*** (4,32) |
| DEUDA | -0,320*** (-3,34) | -0,252** (-2,36) |
| ANC | -0,047 (-0,65) | 0,322*** (3,87) |
| Efecto sector | Sí | Sí |
| Efecto año | Sí | Sí |
| Constante | -0,280 (-1,58) | -0,163 (-1,47) |
| m ² | -0,96 | -0,60 |
| Z ¹ | 21,05*** | 8,30*** |
| Z ² | 6,65*** | 11,07*** |
| Z ³ | 19,05*** | 11,83*** |
| Hansen test | 61,07 (307) | 62,90 (298) |





Nota: *TIE*: cociente entre el impuesto sobre beneficios devengado y el resultado contable antes de impuestos. *TIE_ACUM*: cociente de la sumatoria en tres años del impuesto sobre beneficios devengado y la sumatoria en tres años del resultado contable antes de impuestos. *MEDIA*: logaritmo neperiano del número de noticias anuales relacionadas con una empresa excluyendo las noticias sin contenido informativo publicadas en Expansión, Cinco Días, El Economista, Financial Times, Wall Street Journal, Reuters, Dow Jones y Business Wire. *VOTOS*: participación en los derechos de voto del propietario dominante. *INT*: relación entre las ventas en el exterior y el activo total. *TAM*: logaritmo neperiano del activo total. *ROA*: cociente entre el beneficio antes de intereses e impuestos con los activos totales. *DEUDA*: relación entre la deuda total y el activo total. *ANC*: cociente entre el activo no corriente y el activo total. ***, **, * estadísticamente significativo al 1, 5 y 10%, respectivamente. Test de Hansen de sobreidentificación. M^2 test para contrastar la ausencia de correlación serial de segundo orden en los residuos. Z^1 , Z^2 y Z^3 , test de Wald de significación conjunta, de significación de las dicotómicas del sector y de las dicotómicas de tiempo, respectivamente. Entre paréntesis los t-estadísticos robustos.

En cuanto a las variables de control, se aprecia que los derechos de voto en manos del propietario dominante no afectan de manera significativa a la presión fiscal soportada por la empresa. Por su parte, los coeficientes relativos a la internacionalización de las empresas y al endeudamiento son negativos y estadísticamente significativos, lo que demuestra que cuanto mayor es la internacionalización de la empresa y su nivel de endeudamiento, menor será su presión fiscal. Finalmente, los resultados apuntan a que el tamaño de la empresa y la mayor inversión en inmovilizado aumentan la presión fiscal soportada.

4.3. Análisis de robustez

Al objeto de proporcionar robustez a nuestros resultados, utilizaremos medidas alternativas para aproximar la cobertura mediática de la empresa. Asimismo, aunque la estimación MGM limita los problemas derivados de la endogeneidad, utilizamos de manera alternativa otro de los métodos más frecuentemente utilizados en la literatura previa para abordar esta problemática, como es la estimación de mínimos cuadrados ordinarios en dos etapas. Finalmente, abordamos cómo afecta la cobertura mediática de tono negativo a la estrategia fiscal.

Así pues, en primera instancia a partir de trabajos precedentes (Ahern y Sosyura, 2014; Core *et al.*, 2008; Hooghiemstra *et al.*, 2015; Peña *et al.*, 2018), utilizamos dos medidas adicionales de cobertura mediática: 1) considerar, a partir de las noticias definidas en la variable *MEDIA*, solo aquellas noticias con 50 palabras o más (*MEDIA_50*); y 2) considerar únicamente, a partir de estas últimas, las que mencionen el nombre de la empresa entre las 25 primeras palabras (*MEDIA_25*). Los resultados obtenidos ante la utilización de dichas medias alternativas (tabla 5) se encuentran en consonancia con los reportados en las estimaciones realizadas para las especificaciones principales. Ello nos permite concluir que nuestros resultados son robustos a la existencia de diferentes aproximaciones para la cobertura mediática.

Tabla 5. Presión fiscal y cobertura mediática. Robustez I

| | Modelo 3 (TIE) | Modelo 4 (TIE_ACUM) | Modelo 5 (TIE) | Modelo 6 (TIE_ACUM) |
|----------------|----------------------|------------------------|----------------------|------------------------|
| MEDIA_50 | -0,077*** (-7,88) | -0,02*** (-2,65) | | |
| MEDIA_25 | | | -0,049*** (-4,7) | -0,038*** (-4,99) |
| VOTOS | 0,002*** (3,65) | 0,001 (1,59) | 0,008* (1,76) | -0,001 (-0,24) |
| INT | 0,065 (1,19) | -0,177*** (-4,69) | -0,087 (-1,32) | -0,220*** (-7,06) |
| TAM | 0,05*** (8,86) | 0,008 (0,60) | 0,033*** (4,01) | 0,03** (2,55) |
| ROA | 0,446* (1,76) | 0,686*** (3,55) | 0,281* (1,86) | 0,159 (0,86) |
| DEUDA | -0,184*** (-2,96) | -0,209* (-1,83) | -0,204*** (-3,52) | -0,230* (-1,94) |
| ANC | -0,067 (-0,95) | 0,350*** (4,74) | -0,02 (-0,41) | 0,227*** (3,2) |
| Efecto sector | Sí | Sí | Sí | Sí |
| Efecto año | Sí | Sí | Sí | Sí |
| Constante | -0,168 (-1,28) | -0,137 (1,17) | 0,110 (0,84) | 0,09 (0,68) |
| m ² | -0,94 | 0,61 | -0,94 | 0,78 |
| Z ¹ | 39,10*** | 8,23*** | 19,49*** | 15,07*** |
| Z ² | 19,86*** | 15,89*** | 21,77*** | 13,40*** |
| Z ³ | 27,89*** | 9,26*** | 27,91*** | 12,20*** |
| Hansen test | 68,05 (307) | 65,42 (298) | 74,14 (307) | 64,66 (298) |





Nota: *TIE*: cociente entre el impuesto sobre beneficios devengado y el resultado contable antes de impuestos. *TIE_ACUM*: cociente de la sumatoria en tres años del impuesto sobre beneficios devengado y la sumatoria en tres años del resultado contable antes de impuestos. *MEDIA*: logaritmo neperiano del número de noticias anuales relacionadas con una empresa excluyendo las noticias sin contenido informativo publicadas en Expansión, Cinco Días, El Economista, Financial Times, Wall Street Journal, Reuters, Dow Jones y Business Wire. *VOTOS*: participación en los derechos de voto del propietario dominante. *INT*: relación entre las ventas en el exterior y el activo total. *TAM*: logaritmo neperiano del activo total. *ROA*: cociente entre el beneficio antes de intereses e impuestos con los activos totales. *DEUDA*: relación entre la deuda total y el activo total. *ANC*: cociente entre el activo no corriente y el activo total. ***, **, * estadísticamente significativo al 1, 5 y 10 %, respectivamente. Test de Hansen de sobreidentificación. M^2 test para contrastar la ausencia de correlación serial de segundo orden en los residuos. Z^1 , Z^2 y Z^3 , test de Wald de significación conjunta, de significación de las dicotómicas del sector y de las dicotómicas de tiempo, respectivamente. Entre paréntesis los t-estadísticos robustos.

En la tabla 6 se muestra la estimación del modelo de mínimos cuadrados ordinarios en dos etapas. De esta manera, utilizamos la incertidumbre económica como un instrumento de la cobertura mediática, ya que es probable que dicha incertidumbre afecte al papel informativo de los medios (Franklin, 2014). Así pues, en una primera etapa se predice el nivel de cobertura mediática utilizando la variable *INCERTIDUMBRE*, que es obtenida a partir del Índice de Incertidumbre Económica y Política elaborado por Baker *et al.* (2016)³. Asimismo, se utilizan como variables de control de esta primera etapa la presencia en el control de la empresa de una familia (*FAMILIA*)⁴, la pertenencia de la empresa al principal índice bursátil del mercado español (*IBEX35*)⁵ y el tamaño de la empresa, en consonancia con el trabajo de Peña *et al.* (2018). A partir de los valores estimados para la cobertura mediática en esta primera etapa, en la segunda se analiza la incidencia de estos valores estimados en la presión fiscal de la empresa. Los resultados obtenidos en la primera etapa (modelos 7 a 9, tabla 6) evidencian que la incertidumbre política es un predictor adecuado de la cobertura mediática, de manera que el aumento en la incertidumbre económica y política afecta positivamente al papel de los medios como informadores. Además, los resultados obtenidos en la segunda etapa (modelos 10 a 15, tabla 6) apoyan los resultados alcanzados en las estimaciones previas, según los cuales la cobertura mediática disminuye la presión fiscal soportada por la empresa.

³ Se puede consultar en <<http://www.policyuncertainty.com>>.

⁴ Se considera que el propietario dominante de una empresa es una familia, cuando un individuo o familia es el primer accionista de la empresa y se posee al menos un 20 % de la propiedad de la empresa.

⁵ Variable dicotómica que toma el valor 1 cuando la empresa forma parte del IBEX35 y 0 en caso contrario.

Tabla 6. Presión fiscal y cobertura mediática. Robustez II

| | 1.ª etapa | | | | | 2.ª etapa | | | | |
|----------|--------------------|---------------------|---------------------|--------------------|----------------------|--------------------|----------------------|---------------------|----------------------|--|
| | Modelo 7 (MEDIA) | Modelo 8 (MEDIA_50) | Modelo 9 (MEDIA_25) | Modelo 10 (TIE) | Modelo 11 (TIE_ACUM) | Modelo 12 (TIE) | Modelo 13 (TIE_ACUM) | Modelo 14 (TIE) | Modelo 15 (TIE_ACUM) | |
| MEDIA | | | | -0,432* (-1,89) | -0,697*** (-3,46) | | | | | |
| MEDIA_50 | | | | | | -0,323* (-1,66) | -0,491*** (-2,85) | | | |
| MEDIA_25 | | | | | | | | -0,437** (-1,92) | -0,710*** (-3,54) | |
| VOTOS | | | | -0,002 (-1,27) | 0,006 (0,39) | -0,002 (-1,27) | 0,006 (0,38) | -0,002 (-1,26) | 0,006 (0,41) | |
| INT | | | | -0,193* (-1,89) | -0,100 (-1,12) | -0,192* (-1,88) | -0,101 (-1,13) | -0,195** (-1,91) | -0,100 (-1,13) | |
| TAM | 0,175*** (3,84) | 0,200*** (3,90) | 0,195*** (3,78) | 0,019 (0,35) | -0,04 (-0,79) | 0,007 (0,14) | -0,068 (-1,32) | 0,030 (0,51) | -0,023 (-0,43) | |
| ROA | | | | 0,659** (2,32) | 1,324*** (4,57) | 0,651** (2,30) | 1,316*** (4,53) | 0,661*** (2,34) | 1,333*** (4,61) | |
| DEUDA | | | | -0,233 (-1,44) | -0,112 (-0,71) | -0,230 (-1,42) | -0,087 (-0,55) | -0,221 (-1,37) | -0,098 (-0,63) | |
| ANC | | | | 0,060 (0,33) | 0,119 (0,66) | 0,056 (0,31) | 0,122 (0,68) | 0,070 (0,38) | 0,129 (0,72) | |





| | 1.ª etapa | | | | | 2.ª etapa | | | | |
|---------------------|----------------------|------------------------|------------------------|--------------------|-------------------------|--------------------|-------------------------|--------------------|-------------------------|--|
| | Modelo 7 (MEDIA) | Modelo 8 (MEDIA_50) | Modelo 9 (MEDIA_25) | Modelo 10 (TIE) | Modelo 11 (TIE_ACUM) | Modelo 12 (TIE) | Modelo 13 (TIE_ACUM) | Modelo 14 (TIE) | Modelo 15 (TIE_ACUM) | |
| ▲ INCERTIDUMBRE | 0,002*** (3,90) | 0,008*** (3,76) | 0,001*** (3,51) | | | | | | | |
| FAMILIA | -0,257*** (-2,99) | -0,194 (-1,54) | -0,270 (-1,6) | | | | | | | |
| IBEX35 | 0,323** (2,51) | 0,39*** (2,94) | 0,322*** (2,84) | | | | | | | |
| Efecto sector | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | |
| Efecto año | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | Sí | |
| Constante | 2,056*** (3,50) | 1,745** (2,64) | 1,219* (1,83) | 1,967*** (3,04) | 4,397*** (6,58) | 1,60*** (2,90) | 3,545*** (6,44) | 1,572*** (2,99) | 3,726*** (6,79) | |
| Adj. R ² | 0,702 | 0,680 | 0,659 | | | | | | | |
| F test | 15,12*** | 10,55*** | 13,02*** | 2,16*** | 4,60*** | 1,76** | 4,37*** | 1,81** | 4,64*** | |

Nota: TIE: cociente entre el impuesto sobre beneficios devengado y el resultado contable antes de impuestos. TIE_ACUM: cociente de la sumatoria en tres años del impuesto sobre beneficios devengado y la sumatoria en tres años del resultado contable antes de impuestos. MEDIA: logaritmo neperiano del número de noticias anuales relacionadas con una empresa excluyendo las noticias sin contenido informativo publicadas en Expansión, Cinco Días, El Economista, Financial Times, Wall Street Journal, Reuters, Dow Jones y Business Wire. VOTOS: participación en los derechos de voto del propietario dominante. INT: relación entre las ventas en el exterior y el activo total. TAM: logaritmo neperiano del activo total. ROA: cociente entre el beneficio antes de intereses e impuestos con los activos totales. DEUDA: relación entre la deuda total y el activo total. ANC: cociente entre el activo no corriente y el activo total. INCERTIDUMBRE: índice de Incertidumbre Económica y Política elaborado por Baker et al. (2016). FAMILIA: variable dicotómica que toma el valor 1 si el propietario dominante es una familia y 0 en caso contrario. IBEX35: variable dicotómica que toma el valor de 1 si la empresa pertenece al IBEX35 y 0 en caso contrario. ** , * , * estadísticamente significativo al 1 , 5 y 10 %, respectivamente.

Junto con la divulgación de información corporativa, los medios de comunicación evalúan la actuación de la empresa. En este sentido, estudios previos evidencian que el aumento de la cobertura mediática de tono negativo puede desencadenar en la empresa cambios estratégicos relevantes, incluyendo despidos del CEO, modificaciones en los acuerdos de compensación, modificaciones en las políticas de *reporting* financiero y otros cambios en los mecanismos de gobierno (e. g., Joe *et al.*, 2009; Bednar *et al.*, 2013). Así pues, al objeto de proporcionar robustez a nuestros resultados, que ponen de relieve el papel legitimador de los medios de comunicación, procedemos a analizar, a continuación, si en los casos de cobertura mediática de tono negativo las empresas disminuyen su tendencia a la adopción de estrategias tendentes a la minimización de la carga impositiva soportada en un intento de buscar la legitimación que no han podido conseguir a través de los medios de comunicación. Para determinar el tono negativo de las noticias, en consonancia con Gurun y Butler (2012), Liu y McConell (2013), Ahmad *et al.* (2016) y Liu *et al.* (2017) identificamos las palabras con una connotación negativa en el ámbito económico y financiero recopiladas por Loughran y McDonald (2011). De este modo, definimos la variable *TONO_NEG* como el cociente entre el total de palabras de tono negativo y el total de palabras de las noticias relacionadas con una empresa en cada uno de los años analizados. Tal como puede apreciarse en la tabla 7 (modelos 16 y 17), los resultados son consistentes con nuestra predicción y evidencian que en aquellas empresas en las que el seguimiento mediático no proporciona legitimación a la actuación corporativa, la empresa será más proclive a la utilización de la política fiscal como mecanismo de legitimación. De este modo, las empresas con mayor cobertura mediática de tono negativo mostrarán una mayor tendencia al pago de la «cuota justa», reduciéndose de este modo sus incentivos a la adopción de estrategias encaminadas a la reducción de la carga impositiva soportada.

Tabla 7. Presión fiscal y tono negativo de las noticias. Robustez III

| | Modelo 16 (TIE) | Modelo 17 (TIE_ACUM) |
|----------|---------------------|-------------------------|
| TONO_NEG | 0,175*** (6,17) | 0,063*** (2,87) |
| VOTOS | 0,006*** (7,97) | 0,006*** (7,82) |
| INT | -0,152** (-2,33) | -0,335*** (-7,13) |
| TAM | -0,01 (-1,44) | 0,052*** (5,82) |



| | Modelo 16 (TIE) | Modelo 17 (TIE_ACUM) |
|----------------|---------------------|-------------------------|
| ▶ | | |
| ROA | 0,482* (2,07) | 1,117*** (9,19) |
| DEUDA | -0,129** (-2,21) | -0,337*** (-3,09) |
| ANC | 0,195* (2,07) | 0,786*** (7,31) |
| Efecto sector | Sí | Sí |
| Efecto año | Sí | Sí |
| Constante | -0,127 (-0,92) | 0,272 (0,113) |
| m ² | -0,88 | 0,19 |
| Z ¹ | 26,85*** | 24,44*** |
| Z ² | 13,65*** | 11,92*** |
| Z ³ | 6,88*** | 13,30*** |
| Hansen test | 55,44 (71) | 64,23 (68) |

Nota: TIE: cociente entre el impuesto sobre beneficios devengado y el resultado contable antes de impuestos. TIE_ACUM: cociente de la sumatoria en tres años del impuesto sobre beneficios devengado y la sumatoria en tres años del resultado contable antes de impuestos. VOTOS: participación en los derechos de voto del propietario dominante. INT: relación entre las ventas en el exterior y el activo total. TAM: logaritmo neperiano del activo total. ROA: cociente entre el beneficio antes de intereses e impuestos con los activos totales. DEUDA: relación entre la deuda total y el activo total. ANC: cociente entre el activo no corriente y el activo total. TONO_NEG: cociente del total de palabras con tono negativo y el total de palabras de las noticias relacionadas con una empresa. ***, **, * estadísticamente significativo al 1, 5 y 10 %, respectivamente. Test de Hansen de sobreidentificación. M² test para contrastar la ausencia de correlación serial de segundo orden en los residuos. Z¹, Z² y Z³, test de Wald de significación conjunta, de significación de las dicotómicas del sector y de las dicotómicas de tiempo, respectivamente. Entre paréntesis los t-estadísticos robustos.

5. Conclusiones

Las estrategias adoptadas por las empresas para la minimización de la carga impositiva soportada son variadas e incluyen prácticas fiscales perfectamente compatibles con la legalidad vigente, otras que pueden situarse al margen de dicha legalidad y otras que, siendo

compatibles con el ordenamiento jurídico desde el punto de vista formal, son consideradas socialmente inaceptables. Algunos estudios previos han considerado el papel disciplinador de los medios de comunicación, proporcionando evidencia empírica de su papel como inhibidores de la tendencia de la empresa a la adopción de estrategias fiscales agresivas (Kanagaretnam *et al.*, 2018). Asimismo, las discusiones sobre las estrategias fiscales y la reputación corporativa implícitamente se construyen considerando el papel de los medios de comunicación (Gallemore *et al.*, 2014; Hanlon y Slemrod, 2009).

Aunque las prácticas fiscales más agresivas suponen una amenaza importante a la legitimación corporativa, las estrategias encaminadas a la minimización de la carga impositiva soportada resultan, en general, menos cuestionables, manifestándose de forma reiterada en la planificación fiscal corporativa. En el presente trabajo hemos evidenciado que en el contexto europeo continental el seguimiento de los medios confiere legitimación a la actuación corporativa, de tal modo que las empresas con mayor cobertura mediática presentan una mayor tendencia a la utilización de estrategias encaminadas a la minimización de la carga tributaria soportada como mecanismo para mejorar la posición competitiva de la empresa en el mercado. Asimismo, evidenciamos que cuando los medios de comunicación llevan a cabo un seguimiento mediático con tono negativo, las empresas son más proclives a pagar la «cuota justa», buscando así la legitimación a través de sus estrategias fiscales.

Nuestro trabajo efectúa diversas aportaciones a la literatura precedente. En primer lugar, nuestros resultados son relevantes al aumentar el conocimiento sobre los determinantes de las estrategias fiscales encaminadas a la reducción de la carga impositiva soportada (Dyreg *et al.*, 2010; Rego y Wilson, 2012; Badertscher *et al.*, 2013; Brown y Drake, 2014; McGuire *et al.*, 2014). En segundo lugar, extiende el conocimiento sobre las consecuencias reales del aumento del escrutinio público sobre la actuación corporativa (*e. g.*, Allen *et al.*, 2015; Dyreg *et al.*, 2016) y, en particular, sobre el papel del seguimiento mediático en la tendencia de la empresa a la adopción de estrategias fiscales propensos a la reducción de la carga impositiva soportada. En tercer lugar, nuestro trabajo efectúa una contribución relevante a la línea de trabajo relativa al papel de los medios de comunicación como árbitros sociales y a su influencia en las políticas fiscales corporativas, complementando así la evidencia empírica disponible sobre el papel de los medios en la contención de las prácticas fiscales más agresivas (Kanagaretnam *et al.*, 2018).

Nuestros resultados proporcionan también implicaciones importantes para los reguladores, las autoridades fiscales e inversores interesados en comprender los incentivos de los agentes internos en la adopción de estrategias fiscales encaminadas a la reducción de la presión fiscal. Los resultados de este estudio deberían ser complementados con estudios posteriores sobre el papel del seguimiento mediático en la tendencia de la empresa a la adopción de este tipo de estrategias fiscales en otros entornos institucionales, al objeto de aumentar nuestro grado de conocimiento sobre la relación entre la cobertura mediática y la presión fiscal.

Referencias bibliográficas

- Ahern, K. R. y Sosyura, D. (2014). Who writes the news? Corporate press releases during merger negotiations. *The Journal of Finance*, 69, 241-291.
- Ahmad, K.; Han, J.; Hutson, E.; Kearney, C. y Liu, S. (2016). Media-expressed negative tone and firm-level stock returns. *Journal of Corporate Finance*, 37, 152-172.
- Allen, A.; Francis, B.; Wu, Q. y Zhao, Y. (2015). *Analyst coverage and corporate tax avoidance*. University of Nebraska-Lincoln, Rensselaer Polytechnic Institute e Kogod School Business, Working Paper.
- Arellano, M. y Bond, S. (1991). Some tests of specification for panel data: Monte Carlo evidence and an application to employment equations. *Review of Economic Studies*, 58, 277-297.
- Arellano, M. y Bover, O. (1995). Another look at the instrument variable estimation of error components models. *Journal of Econometrics*, 68, 29-51.
- Ayers, B. C.; Laplante, S. K. y McGuire, S. T. (2010). Credit ratings and taxes: The effect of book-tax differences on ratings changes. *Contemporary Accounting Research*, 27, 350-402.
- Badertscher, B. A.; Katz, S. P. y Rego, S. O. (2013). The separation of ownership and control and corporate tax avoidance. *Journal of Accounting and Economics*, 65, 228-250.
- Baker, S. R.; Bloom, N. y Davis, S. J. (2016). Measuring economic policy uncertainty. *Quarterly Journal of Economics*, 131, 1.593-1.636.
- Balakrishnan, K.; Blouin, J. y Guay, B. (2012). *Does tax aggressiveness reduce corporate transparency?* <<http://ssrn.com/abstract=1792783>>.
- Baum, C. F. y Christopher, F. (2006). *An introduction to modern econometrics using Stata*. Stata press.
- Bednar, M. K. (2012). Watchdog or lapdog? A behavioral view of the media as a corporate governance mechanism. *Academy of Management Journal*, 55, 131-150.
- Bednar, M. K.; Boivie, S. y Prince, N. R. (2013). Burr under the saddle: How media coverage influences strategic change. *Organization Science*, 24, 910-925.
- Blundell, R. y Bond, S. (1998). Initial conditions and moment restrictions in dynamic panel data models. *Journal of Econometrics*, 87, 115-143.
- Bona Sánchez, C.; Pérez Alemán, J. y Santana Martín, D. J. (2011). Ultimate ownership and earnings conservatism. *European Accounting Review*, 20, 57-80.
- Bona Sánchez, C.; Pérez Alemán, J. y Santana Martín, D. J. (2014). Politically connected firms and earnings informativeness in the controlling versus minority shareholders context: European evidence. *Corporate Governance: An International Review*, 22, 330-346.
- Bona-Sánchez, C.; Pérez-Alemán, J. y Santana-Martín, D. J. (2019). Earnings credibility in politically connected family firms. *The British Accounting Review*, 51(3), 316-332.
- Borochin, P. y Weihua, C. (2014). Media Coverage of Mergers and Acquisitions in China. *Working Paper*.
- Brown, J. L. y Drake, K. D. (2014). Network ties among low-tax firms. *The Accounting Review*, 89, 483-510.
- Bushee, B. J.; Core, J. E.; Guay, W. y Hamm, S. J. (2010). The role of the business press as an information intermediary. *Journal of Accounting Research*, 48, 1-19.
- Cahan, R. H.; Cahan, S. F.; Lee, T. y Nguyen, N. H. (2017). Media content, accounting quality, and liquidity volatility. *European Accounting Review*, 26, 1-25.
- Chahine, S.; Mansi, S. y Mazboudi, M. (2015). Media news and earnings management

- prior to equity offerings. *Journal of Corporate Finance*, 35, 177-195.
- Chen, S.; Chen, X.; Cheng, Q. y Shevlin, T. (2010). Are family firms more aggressive than nonfamily firms? *Journal of Financial Economics*, 95, 41-61.
- Claessens, S.; Djankov, S. y Lang, L. (2000). The separation of ownership and control in East Asian corporations. *Journal of Financial Economics*, 58, 81-112.
- Core, J. E.; Guay, W. y Larcker, D. F. (2008). The power of the pen and executive compensation. *Journal of Financial Economics*, 88, 1-25.
- Dai, L.; Parwada, J. y Zhang, B. (2014). The Governance Role of Media through New Dissemination: Evidence from Insider Trading. *Working Paper*. Australian National University.
- Deephouse, D. L. (2000). Media reputation as a strategic resource: An integration of mass communication and resource-based theories. *Journal of Management*, 26, 1.091-1.112.
- Derashid, C. y Zhang, H. (2003). Effective tax rate and the «industrial policy» hypothesis: Evidence from Malaysia. *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, 12, 45-62.
- Drake, M. S.; Guest, N. M. y Twedt, B. J. (2014). The media and mispricing: The role of the business press in the pricing of accounting information. *The Accounting Review*, 89, 1.673-1.701.
- Dyck, A. y Zingales, L. (2002). The corporate governance role of the media. *The right to tell: The role of mass media in economic development*, 107-37.
- Dyck, A.; Volchkova, N. y Zingales, L. (2008). The corporate governance role of the MEDIA: Evidence from Russia. *The Journal of Finance*, 63, 1.093-1.135.
- Dyreg, S. D.; Hanlon, M. y Maydew, E. L. (2010). Long-run corporate tax avoidance. *The Accounting Review*, 83, 61-82.
- Dyreg, S. D.; Hanlon, M. y Maydew, E. L. (2010). The effects of executives on corporate tax avoidance. *The Accounting Review*, 85, 1.163-1.189.
- Dyreg, S. D.; Hoopes, J. L. y Wilde, J. H. (2016). Public pressure and corporate tax behavior. *Journal of Accounting Research*, 54, 147-186.
- El País (24 de marzo de 2019). *Los gigantes tecnológicos pagan menos en España pese a ganar más*.
- Engelberg, J. E. y Parsons, C. A. (2011). The causal impact of media in financial markets. *The Journal of Finance*, 66, 67-97.
- Faccio, M. y Lang, L. H. (2002). The ultimate ownership of Western European corporations. *Journal of Financial Economics*, 65, 365-395.
- Fama, E. F. y Jensen, M. C. (1983). Separation of ownership and control. *The Journal of Law and Economics*, 26, 301-325.
- Fang, L. y Peress, J. (2009). Media coverage and the cross-section of stock returns. *The Journal of Finance*, 64, 2.023-2.052.
- Feeny, S.; Gillman, M. y Harris, M. N. (2006). Econometric accounting of the Australian corporate tax rates: A firm panel example. *Accounting Research Journal*, 19, 64-73.
- Fernández Rodríguez, E. y Martínez Arias, E. (2006). La relación contabilidad-fiscalidad a través de la aplicación práctica del Impuesto de Sociedades. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 130, 621-644.
- Frank, M. M.; Lynch, L. J. y Rego, S. O. (2009). Tax reporting aggressiveness and its relation to aggressive financial reporting. *The Accounting Review*, 84, 467-496.
- Franklin, B. (2014). The future of Journalism. *Journalism Studies*, 15, 471-499.
- Gallemore, J.; Maydew, E. L. y Thornock, J. R. (2014). The reputational costs of tax avoidance. *Contemporary Accounting Research*, 31, 1.103-1.133.

- Gurun, U. G. y Butler, A. W. (2012). Don't believe the hype: Local media slant, local advertising, and firm value. *The Journal of Finance*, 67, 561-598.
- Hanlon, M. y Slemrod, J. (2009). What does tax aggressiveness signal? Evidence from stock price reactions to news about tax shelter involvement. *Journal of Public Economics*, 93, 126-141.
- Hanlon, M. y Heitzman, S. (2010). A review of tax research. *Journal of Accounting and Economics*, 50(2-3), 127-178.
- Hoffman, A. J. y Ocasio, W. (2001). Not all events are attended equally: Toward a middle-range theory of industry attention to external events. *Organization Science*, 12, 414-434.
- Holtz-Eakin, D.; Newey, W. y Rosen, H. S. (1988). Estimating vector autoregressions with panel data. *Econometrica: Journal of the econometric society*, 1.371-1.395.
- Hooghiemstra, R.; Kuang, Y. F. y Qin, B. (2015). Say-on-pay votes: The role of the media. *European Accounting Review*, 24, 753-778.
- Janssen, J. B., y Buijink, W. F. J. (2000). *Determinants of the variability of corporate effective tax rates (ETRs): Evidence for the Netherlands*. MARC and Department of Accounting and Auditing, Faculty of Economics and Business Administration.
- Jansson, A. (2013). Real «owners» and «common investors»: Institutional logics and the media as a governance mechanism. *Corporate Governance: An International Review*, 21, 7-25.
- Joe, J.; Louis, H. y Robinson, D. (2009). Manager's and investors' responses to media exposure of board ineffectiveness. *Journal of Finance and Quantitative Analysis*, 44, 579-605.
- Kanagaretnam, K.; Lee, J.; Lim, C. Y. y Lobo, G. J. (2018). Cross-country evidence on the role of independent media in constraining corporate tax aggressiveness. *Journal of Business Ethics*, 150, 879-902.
- Kubata, A.; Lietz, G. y Watrin, C. (2013). Does corporate tax avoidance impair earning informativeness? *Working Paper*. <<http://ssrn.com/abstract=2363873>>. Consultado el 12 de noviembre de 2014.
- Kuhnen, C. M. y Niessen, A. (2012). Public opinion and executive compensation. *Management Science*, 58, 1.249-1.272.
- La Porta, R.; Lopez-de-Silanes, F. y Shleifer, A. (1999). Corporate ownership around the world. *The Journal of Finance*, 54, 471-517.
- Lanis, R. y Richardson, G. (2012). Corporate social responsibility and tax aggressiveness: An empirical analysis. *Journal of Accounting and Public Policy*, 31, 86-108.
- Lauterbach, B. y Pajuste, A. (2017). The media and firm reputation roles in corporate governance improvements: Lessons from European dual class share unifications. *Corporate Governance. International Review*, 25, 4-19.
- Lisowsky, P. (2010). Seeking shelter: Empirically modeling tax shelters using financial statement information. *The Accounting Review*, 85, 1.693-1.720.
- Liu, B. y McConnell, J. J. (2013). The role of the media in corporate governance: Do the media influence managers' capital allocation decisions? *Journal of Financial Economics*, 110, 1-17.
- Liu, B.; McConnell, J. J. y Xu, W. (2017). The power of the pen reconsidered: The media, CEO human capital, and corporate governance. *Journal of Banking & Finance*, 76, 175-188.
- López Iturriaga, F. J. y Santana Martín, D. J. (2015). Do shareholder coalitions modify the dominant owner's control? The impact on dividend policy. *Corporate Governance: An International Review*, 23, 519-533.
- Loughran, T. y McDonald, B. (2011). When is a liability not liability? Textual analysis, dictionaries, and 10-Ks. *Journal of Finance*, 66, 35-65.

- McGuire, S. T.; Wang, D. y Wilson, R. J. (2014). Dual class ownership and tax avoidance. *The Accounting Review*, 89, 1.487-1.516.
- Miller, G. S. (2006). The press as a watchdog for accounting fraud. *Journal of Accounting Research*, 44, 1.001-1.033.
- Minnick, K. y Noga, T. (2010). Do corporate governance characteristics influence tax management? *Journal of Corporate Finance*, 16, 703-718.
- Monterrey Mayoral, J. y Sánchez Segura, E. (2015). Planificación fiscal y gobierno corporativo en las empresas cotizadas españolas. *Hacienda Pública Española*, 214, 55-89.
- Monterrey Mayoral, J.; Sánchez Segura, A. y Fernández Rodríguez, E. (2010). Diferencias en agresividad fiscal entre empresas familiares y no familiares. *Spanish Journal of Finance and Accounting/Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 39, 65-107.
- Peña-Martel, D.; Pérez-Alemán, J. y Santana-Martín, D. J. (2018). The role of the media in creating earnings informativeness: Evidence from Spain. *BRQ Business Research Quarterly*, 21, 168-179.
- Plesko, G. A. (2003). An evaluation of alternative measures of corporate tax rate. *Journal of Accounting and Economics*, 45, 201-226.
- Pollock, T. G. y Rindova, V. P. (2003). Media legitimation effects in the market for initial public offerings. *Academy of Management Journal*, 46, 631.
- Rego, S. O. (2003). Tax-avoidance activities of U.S. Multinational corporations. *Contemporary Accounting Research*, 20, 805-833.
- Rego, S. O. y Wilson, R. (2012). Equity risk incentives and corporate tax aggressiveness. *Journal of Accounting Research*, 50, 775-810.
- Richardson, G. y Lanis, R. (2007). Determinants of the variability in corporate effective tax rates and tax reform: Evidence from Australia. *Journal of Accounting and Public Policy*, 26, 689-704.
- Roodman, D. (2008). How to Do Xtabond2: An Introduction to “Difference” and “System” GMM in STATA. Working Paper No 103. Center for Global Development. <<http://www.cgdev.org/publication/how-do-xtabond2-introduction-difference-and-system-gmm-stata-working-paper-103>>.
- Ruiz Mallorquí, M. y Santana Martín, D. J. (2009). Ultimate institutional owner and takeover defenses in the controlling versus minority shareholders context. *Corporate Governance: An International Review*, 17, 238-254.
- Ruiz Mallorquí, M. V. y Santana Martín, D. J. (2011). Dominant institutional owners and firm value. *Journal of Banking and Finance*, 35, 118-129.
- Sacristán-Navarro, M. y Gómez-Ansón, S. (2007). Family ownership and pyramids in the Spanish market. *Family Business Review*, 20, 247-265.
- Santana, D. y Aguiar, I. (2006). El último propietario de las empresas cotizadas españolas. *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, 26, 47-72.
- Studenmund, A. H. (1997). *Using econometrics: A practical approach*. Reading, MA: AddisonWesley.
- Tetlock, P. (2007). Giving content to investor sentiment: the role of media in the stock market. *Journal of Finance*, 62, 1.139-1.168.
- World Economic Forum. (2017). *The global competitiveness report. 2016-2017*.
- Zhang, M.; Zhang, B. y Yi, Z. (2016). Pyramidal structure, political intervention and firms' tax burden: Evidence from China's local SOEs. *Journal of Corporate Finance*, 36, 15-25.
- Zimmerman, J. (1983). Taxes and firm size. *Journal of Accounting and Economics*, 5, 119-149.

Costes a asumir por las empresas en los ERTE consecuencia de la COVID-19 (Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo) (NRV 18.^a)

Análisis de la consulta 1 del BOICAC 122, de junio de 2020

Elena Robledo Acinas

Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado

Extracto

Aplicación práctica sobre el tratamiento contable aplicable a los costes a asumir por las empresas en los ERTE consecuencia de la COVID-19.

Consulta 1

Sobre el adecuado tratamiento contable de las decisiones adoptadas por el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en relación con los costes a asumir por las empresas en los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE). En concreto, se pregunta si las medidas aprobadas por el Gobierno tienen la naturaleza de subvención y, en su caso, qué conceptos pueden ser considerados como tal.

Respuesta

El artículo 22 del [Real Decreto-Ley 8/2020](#), en su apartado primero, señala lo siguiente:

1. Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta

de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Por su parte, la sección tercera del capítulo tercero del [Estatuto de los Trabajadores](#) comprende los artículos 45 a 48 y regula la suspensión del contrato. En concreto, el artículo 45 trata sobre las causas y efectos de la suspensión del contrato y señala en su apartado segundo que «2. La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo».

A continuación, el citado artículo 47 dispone que:

1. El empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo a lo previsto en este artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente [...] inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.
2. La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un diez y un setenta por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor.
3. Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.7 y normas reglamentarias de desarrollo.
4. Durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad.

Sobre la base de estos textos legales se extrae que la suspensión de contratos y las reducciones de jornada adoptadas como consecuencia de la COVID-19 son de carácter excepcional y presentan particularidades, pero al mismo tiempo están basadas en mecanismos legales ya existentes, que conllevan una liberación de las obligaciones recíprocas entre la empresa y el trabajador.

Por su parte, la bonificación en el coste de la Seguridad Social a cargo de la empresa regulada en el artículo 24 del real decreto-ley se caracteriza, en primer lugar, porque dicha

exoneración no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho periodo como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el artículo 20 de la [Ley General de la Seguridad Social](#). Y, en segundo lugar, por el hecho de que esta medida estará sujeta al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, según la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020.

Estas dos circunstancias implican que el hecho contable que produce el devengo del gasto en concepto de Seguridad Social a cargo de la empresa se sigue produciendo, puesto que de cara al trabajador se producen los mismos efectos jurídicos que si dicha aportación empresarial se hubiera seguido abonando y, asimismo, la empresa queda sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos para el disfrute de dicha bonificación.

Es decir, en los casos de suspensión del contrato debidos a ERTE, la obligación de la empresa de seguir cotizando por los trabajadores subsiste. No obstante, a la vista de los efectos económicos provocados por la COVID-19, el Real Decreto-Ley 8/2020 prevé como medida excepcional la exoneración de tal pago a la empresa, pese a que jurídicamente se producen los mismos efectos que si el pago se continuara realizando.

A estos efectos, el marco conceptual de la contabilidad, contenido en el Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el [Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre](#), se desarrolla sobre la base de que el fondo, económico y jurídico de las operaciones constituye la piedra angular que sustenta el tratamiento contable de todas las transacciones, de tal suerte que su contabilización responda y muestre la sustancia económica y no solo la forma jurídica utilizada para instrumentarlas. Asimismo, el principio de devengo establece lo siguiente:

Los efectos de las transacciones o hechos económicos se registrarán cuando ocurran, imputándose al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos e ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro.

Con base en estos principios contables, se puede deducir que el fondo económico de la exoneración de la obligación de pago por parte de la empresa es el de la percepción de una subvención, devengándose al mismo tiempo, y de la forma en la que venía haciéndose anteriormente, el gasto en concepto de Seguridad Social a cargo de la empresa. Es decir, pese a que la entidad no va a realizar tales pagos durante el tiempo que duren las medidas excepcionales, los efectos que se desprenden de esta bonificación, desde un punto de vista económico, son equivalentes a su pago efectivo, quedando siempre condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos, como son el mantenimiento del contrato con los trabajadores por un periodo mínimo de seis meses desde la reanudación de la actividad. En caso contrario, la empresa contraería una obligación de devolución de las citadas bonificaciones.

Por tanto, la entidad continuará devengando el gasto en función de su naturaleza, reconociendo en sus cuentas la percepción de una subvención.

A estos efectos, el tratamiento a seguir debería ser el publicado en la [consulta 5 del BOICAC 94 \(NFC048008\)](#) sobre el reflejo contable de los desembolsos incurridos por cursos de formación de los trabajadores de una empresa que disfrutaran de una bonificación en las cotizaciones de la Seguridad Social. Según esta consulta, las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social se registrarán de acuerdo a lo indicado en la norma de registro y valoración (NRV) 18.^a en materia de subvenciones, donaciones y legados recibidos del PGC, o en su caso del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas, aprobado por el [Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre](#).

No obstante, en la medida en que dichas bonificaciones se hacen efectivas a través de una reducción en las cuotas a la Seguridad Social a cargo de la empresa, puede admitirse que dicho importe minore el gasto ocasionado por este concepto, siempre y cuando de acuerdo con el principio de importancia relativa la variación que ocasione este registro contable sea poco significativa.

En lo que respecta a los salarios del personal asumidos por el Estado, que igualmente deben ser reintegrados en caso de no cumplirse las condiciones, se trata de una situación distinta en la que, suspendido el contrato laboral, la empresa queda exonerada de la obligación de remunerar el trabajo. No obstante, para paliar los efectos negativos que esta circunstancia puede suponer para los trabajadores, el artículo 25 del real decreto-ley prevé ciertas medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo.

1. En los supuestos en que la empresa decida la suspensión de contratos o la reducción temporal de la jornada de trabajo por las causas previstas en el artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con base en las circunstancias extraordinarias reguladas en este real decreto-ley, el Servicio Público de Empleo Estatal y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, adoptarán las siguientes medidas:

a) El reconocimiento del derecho a la prestación contributiva por desempleo, regulada en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, a las personas trabajadoras afectadas, aunque carezcan del periodo de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.

b) No computar el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los periodos máximos de percepción establecidos.

En este caso las percepciones a recibir por parte de los trabajadores no tienen naturaleza indemnizatoria, sino que son prestaciones por desempleo desembolsadas directamente por el Estado.

El tratamiento contable sería el mismo para el caso de los salarios del personal asumidos por el estado en caso de reducciones temporales de jornada, de forma proporcional a la parte de la jornada que se deja de realizar por parte de los trabajadores.

Por último, cabe señalar que las obligaciones que pudieran derivarse para la empresa del incumplimiento de las condiciones establecidas en la normativa que regula las medidas excepcionales que se han analizado en la presente contestación deberán tratarse aplicando la NRV 15.^a, «Provisiones y contingencias», incluida en la segunda parte del PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

Ejemplo

La empresa Corona, SA, que se dedica a la hostelería, contaba en el año 2019 con 15 trabajadores a tiempo completo, siendo 3.000.000 de euros y 300.000 euros los importes mensuales de la nómina y de la cuota patronal, respectivamente. A los trabajadores se les practica una retención por IRPF del 18 % y además se les descuenta un 10 % de Seguridad Social.

En el año 2020, como consecuencia de la pandemia, la empresa se ha visto obligada a la suspensión del contrato a 8 de sus trabajadores, manteniendo a los otros 7 pero con una jornada reducida al 50 %.

Además, ha debido realizar compras de mamparas para separación de mesas, con un coste de 35.000 euros, y otros 28.000 euros para equipos de protección individual (geles, mascarillas, guantes).

Se pide:

- a) Contabilizar la nómina mensual y los gastos asociados, considerando un reparto de costes proporcional a la reducción de jornada.
- b) La empresa tiene expectativas de cerrar el negocio en el mes de diciembre.

Solución

Para los 8 trabajadores con contrato suspendido, la empresa queda exonerada de la obligación de remunerar el trabajo, por lo que no procede el registro del gasto.

En cambio, para los 7 trabajadores con jornada reducida, procede el devengo del gasto en proporción a la jornada que trabajan:

- Nómina mensual = 3.000.000.
- Número de trabajadores = 15.

- Nómina individual = $3.000.000/15 = 200.000$ euros.
- Nómina individual con jornada reducida = $200.000 \times 50\% \times 7 = 700.000$.
- Retención IRPF = $18\% \times 700.000$.
- Descuento Seguridad Social = $10\% \times 700.000$.

En cuanto a la cuota patronal de la empresa, según se indica en la consulta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas:

[...] el hecho contable que produce el devengo del gasto en concepto de Seguridad Social a cargo de la empresa se sigue produciendo... No obstante, a la vista de los efectos económicos provocados por el COVID-19, el Real Decreto-ley 8/2020 prevé como medida excepcional la exoneración de tal pago a la empresa... Por tanto, la entidad continuará devengando el gasto en función de su naturaleza, reconociendo en sus cuentas la percepción de una subvención.

- Coste individual = $300.000/15 = 20.000$ euros/trabajador.
- Total coste mensual = $(20.000 \times 8) + (20.000 \times 7 \times 0,5) = 230.000$.

Asientos contables

Nómina del mes:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|---|---------|---------|
| 640 | Sueldos y salarios | 700.000 | |
| 642 | Seguridad Social a cargo de la empresa | 230.000 | |
| 4751 | Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas | | 126.000 |
| 476 | Organismos de la Seguridad Social, acreedores | | 300.000 |
| 572 | Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros | | 504.000 |

Reconocimiento de la subvención por la cuota patronal de los trabajadores con contrato suspendido:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|---|---------|---------|
| 471 | Organismos de la Seguridad Social, deudores | 160.000 | |
| 740 | Subvenciones, donaciones y legados a la explotación | | 160.000 |

Compensación del gasto devengado con la subvención:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|---|---------|---------|
| 476 | Organismos de la Seguridad Social, acreedores | 160.000 | |
| 471 | Organismos de la Seguridad Social, deudores | | 160.000 |

Pago a la Seguridad Social:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|--|---------|---------|
| 476 | Organismos de la Seguridad Social, acreedores | 140.000 | |
| 572 | Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros | | 140.000 |

Compra de las mamparas:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|--|--------|--------|
| 216 | Mobiliario | 35.000 | |
| 572 | Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros | | 35.000 |

Compra de los equipos de protección (inventariables):

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|--|--------|--------|
| 602 | Compras de otros aprovisionamientos | 28.000 | |
| 572 | Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros | | 28.000 |

Por último, si la empresa tiene la expectativa de cerrar el negocio, supondría un incumplimiento de las condiciones que obliga a la empresa al reintegro de los salarios del personal asumidos por el estado, de las bonificaciones a la Seguridad Social y de las posibles sanciones que pudiera haber.

De ser este el caso, el asiento contable a realizar sería el siguiente por los importes mencionados:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|--|------|-------|
| 678 | Gastos excepcionales | | |
| 142 | Provisión para otras responsabilidades | | |

Cifra de negocios cuando se reciben subvenciones públicas (NECA 11.ª RICAC de 16 de marzo de 1991)

Análisis de la consulta 3 del BOICAC 122, de junio de 2020

José Alberto Toribio Temprado

Profesor del CEF.-

Extracto

- I Análisis práctico sobre la cifra de negocios cuando se reciben subvenciones públicas.

Consulta 3

Sobre el cálculo de la cifra de negocios cuando se reciben subvenciones públicas.

Respuesta

La actividad principal de la sociedad consultante está ligada al desarrollo de productos con financiación compartida entre recursos propios y otros procedentes de ayudas/subvenciones públicas para los distintos programas de I+D. Se pregunta si para determinar la cifra de negocios habría que considerar únicamente las ventas y prestación de servicios de carácter mercantil que se recogen en el subgrupo 70 o si también habría que incluir el importe neto de las ayudas recibidas y los trabajos propios realizados para la empresa, ya que la sociedad considera estos conceptos como «ordinarios» en las anualidades en que se están realizando las primeras fases de emprendimiento.

El Plan General de Contabilidad, aprobado por el [Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre](#) (PGC), define la cifra anual de negocios en la norma 11.ª de elaboración de las cuentas anuales, indicando:

11.ª Cifra anual de negocios. El importe neto de la cifra anual de negocios se determinará deduciendo del importe de las ventas de los productos y de las prestaciones de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias

de la empresa, el importe de cualquier descuento (bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas) y el del impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con las mismas, que deban ser objeto de repercusión.

Respecto a los componentes de la cifra de negocio, en la norma segunda de la Resolución de 16 de mayo de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), por la que se fijan criterios generales para determinar el importe neto de la cifra de negocios, se establece:

SEGUNDA: Componentes positivos de la cifra de negocios.

La cifra anual de negocios se determinará de acuerdo a las normas contenidas en el Plan General de Contabilidad y demás legislación mercantil y en particular teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes reglas:

a) Se incluirán las Ventas y Prestaciones de Servicios obtenidas de la actividad o actividades ordinarias de la empresa. Se entiende por actividad ordinaria aquella que realiza la empresa con regularidad en el ejercicio de su giro o tráfico habitual o típico. Las citadas ventas se valorarán por el importe facturado en el caso de pago con vencimiento inferior a un año, mientras que si el aplazamiento del pago supera el año, se computarán con exclusión de los intereses implícitos que se devenguen en la operación. [...]

c) En ningún caso se incluirán como ventas o prestaciones de servicios las unidades de productos para la venta consumidos por la propia empresa, ni los trabajos realizados para sí misma, teniendo que estar contabilizados estos últimos en la rúbrica 3. «Trabajos efectuados por la empresa para el inmovilizado» del haber del modelo normal de Cuenta de Pérdidas y Ganancias, y partida 1.b, del haber del modelo abreviado, contenidos en el Plan General de Contabilidad.

d) Las «Subvenciones» no integran el importe de la cifra anual de negocios. No obstante lo anterior, para aquellos casos en que la subvención se otorga en función de unidades de producto vendidas y que forma parte del precio de venta de los bienes y servicios, su importe estará integrado en la «cifra de ventas» o «prestaciones de servicios» a las que afecta, por lo que se computará en el importe neto de la cifra anual de negocios. [...].

Por tanto, las subvenciones no integran el importe de la cifra anual de negocios, salvo cuando la subvención se otorga en función de unidades de producto vendidas y forma parte del precio de venta de los bienes y servicios.

El ICAC reafirma una vez más en esta breve consulta los criterios contables sentados en la Resolución de 1991 sobre determinación del importe neto de la cifra de negocios, recordando que ni los trabajos realizados para la propia empresa ni las subvenciones deben formar parte de dicha magnitud. La única excepción a esta regla la representan las ayudas



públicas por unidad de producto vendida que forman parte del precio de venta, que deben en consecuencia contabilizarse como parte del ingreso por ventas o prestaciones de servicios.

Ejemplo

La sociedad ABC ha realizado, entre otras, las siguientes actividades durante el año 2020:

1. Ha invertido 100.000 um en un proyecto de investigación, y ha recibido una subvención de 40.000 um ligada a este programa. La sociedad opta por no activar los costes de investigación en los que incurre.
2. Ha incurrido en costes por valor de 120.000 um en la ejecución de un programa de desarrollo que ha cumplido en todo momento las condiciones de activación de costes establecidas en la norma de registro y valoración 6.^a del PGC. Ha obtenido una subvención de 50.000 um para financiar los costes de este proyecto, que aún no está terminado. La entidad subcontrata con terceros la ejecución de todos sus trabajos de I+D.
3. La sociedad produce y comercializa dos productos, denominados A y B. Durante el ejercicio se han vendido 10.000 unidades de A a 20 um/unidad, y 20.000 unidades de B, a 15 um/unidad. La entidad recibe una subvención de 2 um por cada unidad de B vendida.

Se pide:

Determinar el importe neto de la cifra de negocios e indicar las anotaciones contables a realizar en relación con las operaciones descritas.

Solución

Importe neto de la cifra de negocios:

Conforme al criterio de la Resolución del ICAC de 16 de mayo de 1991, la cifra de negocios de esta entidad será de 540.000 um y estará constituida por:

1. El ingreso por ventas del producto A: 200.000 (10.000 × 20).
2. El originado por venta del producto B: 300.000 (20.000 × 15).
3. Las subvenciones por unidad de B vendida: 40.000 (20.000 × 2).

No forman, por tanto, parte de esta magnitud:

1. Los trabajos realizados para el inmovilizado intangible que aparecen al activar los costes soportados en la ejecución del proyecto de desarrollo.

2. Ninguna de las subvenciones restantes, que se tratan como un ingreso imputado directamente al patrimonio neto en el caso de la ligada al proyecto de desarrollo y se presentan en la sección 5 «Otros ingresos de explotación» de la cuenta de pérdidas y ganancias (a través de la cuenta 740) en el caso de la subvención asociada a ejecución del programa de investigación.

Anotaciones contables

1. Proyecto de investigación:

Por los costes soportados:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|--|---------|---------|
| 620 | Gastos de investigación y desarrollo del ejercicio | 100.000 | |
| 410 | Acreedores por prestaciones de servicios | | 100.000 |

Por la subvención asociada:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|---|--------|--------|
| 4708 | Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas | 40.000 | |
| 740 | Subvenciones, donaciones y legados a la explotación | | 40.000 |

2. Programa de desarrollo:

Por los costes incurridos:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|--|---------|---------|
| 620 | Gastos de investigación y desarrollo del ejercicio | 120.000 | |
| 410 | Acreedores por prestaciones de servicios | | 120.000 |

Por la subvención asociada:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|---|--------|--------|
| 4708 | Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas | 50.000 | |
| 940 | Ingresos de subvenciones oficiales de capital | | 50.000 |



Para llevar al activo los costes soportados durante el ejercicio:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|---|---------|---------|
| 200 | Desarrollo | 120.000 | |
| 733 | Trabajos realizados para el inmovilizado intangible | | 120.000 |

3. Ventas de productos terminados:

Por las ventas de productos terminados A y B:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|--|---------|---------|
| 430 | Clientes | 500.000 | |
| 701 | Ventas de productos terminados [(10.000 × 20) + (20.000 × 15)] | | 500.000 |

Por la subvención asociada a ventas de producto B:

| Código | Cuenta | Debe | Haber |
|--------|---|--------|--------|
| 4708 | Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas | 40.000 | |
| 701 | Ventas de productos terminados (20.000 × 2) | | 40.000 |

Normas de publicación

La *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF (RCyT. CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9540 (en versión impresa) e ISSN-e: 2531-2138 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a los estudiosos y profesionales de las materias conectadas con las áreas tributaria y contable del Derecho que pretende ser un medio al servicio de aquellos que, a través de sus trabajos de investigación y opinión, desean ofrecer al lector su aportación doctrinal o profesional sobre temas controvertidos y de interés.

La *RCyT. CEF* tiene una periodicidad mensual e incluye estudios de naturaleza académica de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Contabilidad y Tributación. También incluye artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales y doctrinales de actualidad tributaria y contable más relevantes. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica tributaria y contable.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del/de la autor/a del trabajo seguidos de un guión y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: EDT (estudios doctrinales tributarios), EDC (estudios doctrinales contables), AJDT (análisis jurisprudencial y doctrinal tributario), ADC (análisis doctrinal contable), EPT (estudios profesionales tributarios), EPC (estudios profesionales contables), CPT (caso práctico tributario) o CPC (caso práctico contable).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Análisis jurisprudencial y doctrinal») han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5), en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
 - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2...).

El análisis jurisprudencial y doctrinal ha de estar encabezado por:

- Título en español.
- Extracto de no más de 20 líneas en español.
- Estructura: 1. Supuesto de hecho, 2. Doctrina del tribunal, y 3. Comentario crítico (se trata de un análisis crítico y no descriptivo. Tiene que ser más del 60% del total), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2...) en el caso de que fuera necesario.

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Estudios doctrinales tributarios o contables: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Análisis jurisprudencial y doctrinal tributario o contable: mínimo 5 y máximo 10 páginas.
 - Estudios profesionales tributarios o contables: máximo 25 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 25 páginas.
4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>). Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto. No se utilizará letra cursiva para las citaciones. 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.-

Que nada te impida seguir formándote

+30 Másteres

+200 Cursos

ÁREAS

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

[Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es]



TELEPRESENCIAL | ONLINE



I CONVOCATORIA GRUPOS DE INVESTIGACIÓN EN CONTABILIDAD

La Fundación Hergar, en colaboración con la Editorial CEF.- Centro de Estudios Financieros, convoca, con carácter nacional, la primera convocatoria de **Grupos de Investigación en Contabilidad** con el objetivo de promover la investigación en el ámbito global de la contabilidad y su aplicación práctica a la realidad empresarial.

El objeto de este llamamiento es la generación de conocimiento científico y técnico, realizada por grupos de investigación legalmente reconocidos o que se reconozcan para la realización de esta convocatoria, a través de la creación de **artículos de carácter científico**.

Cada grupo de investigación participante deberá realizar dos artículos en la temática general de contabilidad, que estén relacionados con algunas de las siguientes áreas: contabilidad financiera y de sociedades, auditoría de cuentas, contabilidad y fiscalidad, análisis contable, consolidación contable, contabilidad de costes y de gestión, información no financiera, informes integrados, contabilidad y concursal, contabilidad y digitalización, contabilidad sectorial o normas internacionales de información financiera.

El primer estudio doctrinal deberá presentarse a lo largo del primer semestre del 2021 (con fecha límite 30 de junio) y el segundo durante el segundo semestre (con fecha límite 31 de diciembre).

El importe asignado a cada uno de los grupos de investigación seleccionados será:



1.500 € asignado
a cada grupo



Hasta 8
grupos

Además, cada grupo se comprometerá a impartir una **ponencia**, por cada uno de los trabajos, en la **Jornada Contable** que se realizará en el CEF.- durante el periodo de esta convocatoria.

Las **bases de la convocatoria** pueden consultarse en la página web:

<https://www.cef.es/es/i-convocatoria-grupos-de-investigacion-en-contabilidad-2020.html>

Aquellos grupos de investigación interesados en participar deberán presentar la correspondiente solicitud por correo electrónico a investigacion-contabilidad@cef.es **hasta las 00:00 horas del día 31 de diciembre de 2020**.

