

- **La directiva antiabuso (II). La transparencia fiscal internacional.** *Eduardo Sanz Gadea*
- **La monetización de activos por impuesto diferido en el marco de la normativa española.** *Raúl Salas Lúcia y Elena Ferrer Sama*
- **El régimen jurídico-tributario del bitcóin.** *Norberto Miras Marín*
- **Diferencia de trato entre entidades financieras residentes y no residentes.** *M.ª del Carmen Cámara Barroso*
- **TS: La mera continuación de actuaciones, superado el plazo del procedimiento inspector, no interrumpe la prescripción.** *Ángel Puerta Arrúe*
- **Los fines de la Ley 49/2002 pueden cumplirse de forma directa o indirecta.** *Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo*
- **No sujeción a TPO del oro.** *Javier Bas Soria*
- **Procedimientos de inspección y sancionador (caso práctico).** *José M.ª Díez-Ochoa y Azagra*
- **NIA-ES revisadas. ¿Cómo va a ser el nuevo informe de auditoría de cuentas?** *Elena Cabal García*
- **Las nuevas normas contables de arrendamientos: Causas y potenciales efectos económicos.** *Belén Gill de Albornoz Noguer, Simona Rusanescu y Paula Cabedo Cortés*
- **Caso práctico de Inspectores de Entidades de Crédito.** *Javier González Sainza*

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Enero 2017 – Número 406

PRESIDENTE EJECUTIVO

Roque de las Heras Miguel (*Presidente del CEF*)

DIRECTOR

Alejandro Blázquez Lidoy (*Catedrático Acreditado de Derecho Financiero y Tributario. Profesor Titular URJC. Abogado y Auditor de Cuentas*)

COORDINADORES

M.^a José Leza Angulo (*Profesora del Área Tributaria del CEF*)

Javier Romano Aparicio (*Profesor del Área Contable del CEF*)

CONSEJO ASESOR

Mario Alonso Ayala (*Presidente de Censores Jurados de Cuentas y Presidente y Cofundador de AUREN*)

Sotero Amador Fernández (*Profesor de Contabilidad del CEF*)

Oriol Amat Salas (*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Pompeu Fabra*)

Álvaro Antón Basanta (*Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*)

Inocencio Carazo González (*Socio Director de Insesa Concursal Abogados*)

Eric Damotte (*Socio de Auditoría. KPMG España*)

Juergen B. Donges (*Catedrático de Ciencias Económicas. Universidad de Colonia*)

Germán de la Fuente Escamilla (*Socio Director de Auditoría de Riesgos y Transacciones de Deloitte*)

María Antonia García Benau (*Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia*)

Begoña Giner Inchausti (*Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia*)

José Antonio Gonzalo Angulo (*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá*)

Lorenzo de las Heras Miguel (*Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España*)

Pedro Manuel Herrera Molina (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UNED*)

Alejandro Larriba Díaz-Zorita (*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá*)

Luis Alberto Malvárez Pascual (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva*)

Diego Marín Barnuevo (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid*)

Diego Martín-Abril Calvo (*Director General de Tributos*)

Javier Martín Fernández (*Presidente del Consejo de Defensa del Contribuyente, Catedrático de la UCM y Socio Director de F&J Martín Abogados*)

Miguel Ángel Martínez Lago (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid*)

Ana María Martínez Pina (*Presidenta del ICAC*)

Alberto Monreal Lasheras (*Inspector de Hacienda excedente y Socio de PwC Tax & Legal Services*)

Francesco Moschetti (*Profesor de la Universidad de Padua y Despacho Tributarista Studio Legale Tributario*)

Clara I. Muñoz Colomina (*Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid*)

Alfonso Osorio Iturmendi (*Presidente de BDO España*)

Carlos Palao Taboada (*Abogado Montero-Aramburu*)

Alberto Placencia Porrero (*Socio Director de Servicios Financieros Ernst & Young*)

José Andrés Sánchez Pedroche (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario*)

Javier Seijo Pérez (*Inspector de Hacienda excedente y Socio de Ernst & Young*)

Fernando Serrano Antón (*Catedrático Jean Monnet. Universidad Complutense de Madrid*)

Fernando de Vicente Benito (*Inspector de Hacienda excedente y Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*)



P.º Gral. Martínez Campos, 5
Gran de Gràcia, 171
Alboraya, 23
Ponzano, 15

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID

Tel. 914 444 920
Tel. 934 150 988
Tel. 963 614 199
Tel. 914 444 920

www.cef.es

info@cef.es

902 88 89 90

REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y SUSCRIPCIONES:

P.º Gral. Martínez Campos, 5 - 28010 MADRID
 Tel. 914 444 920
 Fax 915 938 861
 Correo electrónico: info@cef.es

EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.
 C/ Destreza, 7
 Polígono Industrial «Los Olivos»
 28906 Getafe (Madrid)

DEPÓSITO LEGAL:

M-1947-1981

SUSCRIPCIÓN ANUAL (2017)	SOLICITUD DE NÚMEROS SUELTOS (cada volumen)
152,50 €	• Suscriptores: 18 € • No suscriptores: 22 €

En la página www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Contabilidad y Tributación* desde el número 100. Aquellos artículos que se correspondan con su periodo de suscripción los podrá obtener de forma gratuita; los anteriores a su fecha de alta en el producto tendrán un coste de 6,05 € por artículo, teniendo los suscriptores un descuento del 50 %.

Esta Revista se encuentra incluida en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:



Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición electrónica: www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm

© 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. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conflicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

SUMARIO

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

(Comentarios y casos prácticos)

Página

TRIBUTACIÓN

ESTUDIOS

- 1/2017** La directiva antiabuso (II). La transparencia fiscal internacional
The anti-avoidance directive (II). Controlled foreign company rules 5
 (Eduardo Sanz Gadea)
- 2/2017** La monetización de los activos por impuestos diferidos (DTA): Un cambio de paradigma o la norma fiscal al servicio de la norma contable
The monetization of deferred tax assets (DTAs): A paradigm shift or the fiscal rule at the service of the accounting standard 47
 (Raúl Salas Lúcia y Elena Ferrer Sama)
- 3/2017** El régimen jurídico-tributario del bitcoin
The legal tax regime of bitcoin 101
 (Norberto Miras Marín)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

- 4/2017** Libre prestación de servicios, retención en origen y (no) deducción de gastos profesionales en los intereses percibidos por las entidades de crédito no residentes (Análisis de la STJUE de 13 de julio de 2016, Asunto C-18/15) 137
 (María del Carmen Cámara Barroso)
- 5/2017** El Tribunal Supremo establece como doctrina que una vez superado el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras la mera continuación de estas no interrumpe la prescripción (Análisis de las SSTs de 23 de mayo y 21 de junio de 2016 [recs. núms. 789/2014 y 1591/2015]) .. 147
 (Ángel Puerta Arrúe)
- 6/2017** Los fines que establece la Ley 49/2002 pueden cumplirse de forma directa o indirecta (Análisis de la RTEAC de 8 de septiembre de 2016 [R. G. 769/2015]) 153
 (Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo)

7/2017 No sujeción a TPO de las entregas de oro realizadas por particulares a revendedores (Análisis de la RTEAC de 20 de octubre de 2016 [R. G. 2568/2016])	162
(Javier Bas Soria)	

CASO PRÁCTICO

8/2017 Supuesto general sobre procedimientos de inspección y sancionador. Incidencia de la Ley 34/2015	173
(José M. ^a Díez-Ochoa y Azagra)	

CONTABILIDAD

ESTUDIOS

9/2017 Normas Internacionales de Auditoría adaptadas para su aplicación en España (NIA-ES) revisadas. ¿Cómo va a ser el nuevo informe de auditoría de cuentas? <i>Revised International Auditing Standards as adopted by Spain (NIA-ES): What will the new audit report look like?</i>	175
(Elena Cabal García)	
10/2017 Las nuevas normas contables de arrendamientos: Causas y potenciales efectos económicos <i>The new accounting standards for leases: Causes and potential economic effects</i>	207
(Belén Gill de Albornoz Noguer, Simona Rusanescu y Paula Cabedo Cortés)	

CASO PRÁCTICO

11/2017 Proceso selectivo mediante concurso-oposición para el ingreso en el Cuerpo de Inspectores de Entidades de Crédito (ejercicio de contabilidad)	247
(Javier González Sainza)	

 Solo disponible en versión digital

Las referencias aparecidas en los artículos de esta Revista (NFJXXXXX y NFCXXXXX) son los códigos que identifican los documentos en la base de datos Normacef Fiscal y Contable (<http://www.ceflegal.com/fiscal-contable.htm>)

ESTUDIOS FINANCIEROS, respetando la libertad intelectual, no altera los criterios emitidos por los autores de los trabajos firmados, sin que tampoco se solidarice necesariamente con ellos.

LA DIRECTIVA ANTIABUSO (II). LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

EXTRACTO

La presente colaboración está dedicada, principalmente, a describir las normas sobre transparencia fiscal internacional, contenidas en los artículos 7 y 8 de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio. La armonización de una materia tan delicada supone un éxito político para la Comisión. Pero este éxito es más aparente que real, debido a la forma laxa en cómo se han tipificado las rentas afectadas. También se efectúa un inventario de las modificaciones normativas que deberán acometerse para su transposición al impuesto sobre sociedades y al impuesto sobre la renta de las personas físicas. Finalmente, se hace una breve reflexión respecto de la tributación de los socios y partícipes de las instituciones de inversión colectiva que, se opina, debiera ser puesta en paralelo con los criterios concernientes a la transparencia fiscal internacional.

Palabras clave: Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio, contra las prácticas de elusión fiscal; impuesto sobre sociedades; fiscalidad internacional y antielusión.

THE ANTI-AVOIDANCE DIRECTIVE (II). CONTROLLED FOREIGN COMPANY RULES

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

The present paper is mainly aimed at describing controlled foreign company rules contained in articles 7 and 8 of the Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016. Harmonization in such a sensitive issue is a great political success for the Council. But this success is more apparent than real, as affected revenues have been loosely defined. In addition, there is an analysis of an array of requested amendments that should be done in order to transpose them into corporate and personal income tax laws. Lastly, a final consideration is done with respect of collective investment institutions shareholders which, according to the author, should be aligned with controlled foreign company rules.

Keywords: Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 anti-avoidance; corporate income tax and international taxation.

Sumario

1. Ámbito de aplicación subjetivo
 - 1.1. Criterios generales de sujeción
 - 1.2. Incidencia en el impuesto sobre sociedades y en el IRNR
2. La protección mínima
3. La transparencia fiscal internacional
 - 3.1. La naturaleza de la entidad no residente o sociedad extranjera
 - 3.2. Contribuyentes
 - 3.3. El control sobre la entidad no residente
 - 3.4. El régimen fiscal al que se sujeta la entidad no residente
 - 3.5. La tipología de las rentas afectadas
 - 3.5.1. Categoría o clase de rentas
 - 3.5.1.1. Las rentas del capital
 - 3.5.1.2. Las rentas empresariales
 - 3.5.1.3. Las rentas mixtas
 - 3.5.1.4. Las rentas por operaciones vinculadas
 - 3.5.2. Sustancia de la entidad no residente
 - 3.6. Las denominadas cláusulas de escape
 - 3.6.1. Cláusula de distribución de la renta
 - 3.6.2. Cláusula de actividad
 - 3.6.3. Cláusula de mínimos
 - 3.6.4. Otras cláusulas de escape
 - 3.6.5. Las listas de países
 - 3.7. Liquidación de la transparencia fiscal internacional
 - 3.7.1. Determinación de la renta a imputar
 - 3.7.2. Contribuyentes imputables
 - 3.7.3. Periodo impositivo de la imputación
 - 3.7.4. Distribución de dividendos por la entidad no residente
 - 3.7.5. Transmisión de la participación sobre la entidad no residente
 - 3.7.6. Créditos de impuestos pagados, respecto de la renta imputada, por la entidad o establecimiento permanente

- 3.8. Relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
- 3.9. Relación con el ordenamiento comunitario
- 3.10. Modificaciones de la transparencia fiscal internacional que deberá acometer el legislador español
 - 3.10.1. Rentas afectadas
 - 3.10.2. Las cláusulas de escape
 - 3.10.3. La inversión colectiva
- 4. Conclusiones

NOTA: El autor agradece las certeras observaciones de Silvia López Ribas. Los errores y deficiencias del texto son de la exclusiva responsabilidad del autor.

Uno de los principios más fundamentales en la tributación de la renta en América es que debería haber igualdad en el tratamiento de los contribuyentes que están en similar situación [...] lo que significa que la renta de cualquier establecimiento o filial de una sociedad americana operando en el exterior debería estar, en la medida de lo posible sujeta a los mismos tipos de gravamen que la renta de cualquier establecimiento o filial operando en el interior... neutralidad es un principio fundamental de tributación en los Estados Unidos

Douglas DILLON (Secretario del Tesoro de la Administración Kennedy)

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

1.1. CRITERIOS GENERALES DE SUJECCIÓN

Las tres directivas en materia de imposición directa que han precedido en el tiempo a la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016 (directiva antiabuso), han definido su ámbito de aplicación mediante la combinación de la sujeción a un determinado impuesto del respectivo Estado miembro, la forma jurídica y el lugar del domicilio fiscal¹.

La directiva antiabuso no ha seguido esta técnica. Así, lo previsto en la misma *se aplicará a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros* (art. 1), sin que en la propia directiva se halle una lista que contenga la identificación del impuesto sobre sociedades en todos y cada uno de los Estados miembros.

Por tanto, a diferencia de lo regulado en las directivas precedentes, las entidades exentas también entran en su ámbito de aplicación, y lo propio acontece con las entidades que, estando sujetas al impuesto sobre sociedades de un determinado Estado miembro, a los efectos de aplicar un determinado convenio bilateral para eliminar la doble imposición, se considera que tienen su residencia o domicilio fiscal fuera de la Unión Europea y, en fin, con las entidades que, a los efectos de la aplicación de un determinado convenio bilateral para evitar la doble im-

¹ Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, 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. 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.

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.

sición, se considera que no son residentes en el Estado miembro concernido, por estar sujetas en el mismo al impuesto sobre sociedades *exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado*.

Por el contrario, la directiva antiabuso no es aplicable a las entidades sujetas a un régimen de transparencia fiscal interno, no ya porque sea dudosa la sujeción de las mismas al impuesto sobre sociedades, sino porque en las consideraciones preliminares de aquella se advierte que *no es deseable ampliar el ámbito de aplicación de la presente directiva a tipos de entidades no sujetos al impuesto sobre sociedades en un Estado miembro; esto es, en particular a las sociedades transparentes*.

Sin embargo, el objeto y finalidad de la directiva antiabuso aconsejaba extender su ámbito de aplicación a la totalidad de las entidades jurídicas, incluso si tributasen en régimen de transparencia fiscal interno, sin perjuicio de que el efecto de sus mandatos se proyectase sobre los socios, de acuerdo con la técnica de la transparencia fiscal interna. Es más, aconsejaba incluso un ámbito más amplio, al menos en relación con ciertas medidas, como la transparencia fiscal internacional.

Las normas de la directiva antiabuso también se aplicarán a las entidades residentes en Estados terceros, por razón de los establecimientos permanentes que pudieran tener en algún Estado miembro.

La directiva antiabuso no contiene una definición de establecimiento permanente, por lo que habrá de estarse a lo previsto en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición que resulte aplicable y, en su defecto, a la legislación interna. En este punto debe recordarse la recomendación a los Estados miembros de que adapten su legislación sobre los establecimientos permanentes a los criterios de la OCDE, tal y como están explicitados en el informe final de la Acción 7 del proyecto BEPS².

1.2. INCIDENCIA EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y EN EL IRNR

En consecuencia, la directiva antiabuso será aplicable a todos los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, regulado por la Ley 27/2014, a excepción de:

- Las entidades que tributen en el régimen especial de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, en cuanto proceda la aplicación del régimen de transparencia fiscal (arts. 43 y 44 Ley 27/2014).

² Recomendación de la Comisión a los Estados miembros, sobre la implementación de medidas antiabuso en los convenios para eliminar la doble imposición (COM (2016) 27 final).

- Las uniones temporales de empresas, en cuanto proceda la aplicación del régimen de transparencia fiscal (art. 45 Ley 27/2014).
- Las entidades en régimen de atribución de rentas (art. 6 Ley 27/2014).

No obstante, el legislador español podrá decidir transponer la directiva antiabuso también respecto de estas entidades, por cuanto la misma establece, como seguidamente se comenta, un *nivel mínimo de protección* (art. 3), de manera tal que los Estados miembros podrán establecer normas más ambiciosas en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo.

La directiva antiabuso también será aplicable a los establecimientos permanentes, sujetos al impuesto sobre la renta de los no residentes (IRNR), lo que está en línea con la formación de la base imponible de los mismos de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades (art. 18 TRLIRNR).

2. LA PROTECCIÓN MÍNIMA

Los Estados miembros de la Unión Europea han contemplado, y todavía contemplan, la imposición sobre los beneficios de manera diferente.

En efecto, un ramillete de ellos ha visto en este tributo un instrumento para atraer el establecimiento de entidades jurídicas de grupos multinacionales. La investigación de la Comisión relativa a las ayudas de Estado que pivotan sobre acuerdos previos en materia de precios de transferencia es suficientemente reveladora³. Estos países han debido contemplar la directiva antiabuso con reticencias pues, en alguna medida, cercena su libertad de configuración del impuesto sobre sociedades con la finalidad instrumental aludida. Por esta razón, para alcanzar la preceptiva unanimidad, se puede intuir que haya sido necesario rebajar el perfil de las normas contenidas en la directiva antiabuso, lo que se percibe, particularmente, en la transparencia fiscal internacional.

Ahora bien, ello no obligará a los Estados miembros especialmente sensibilizados por la evasión fiscal a morigerar la intensidad de las normas que tengan establecidas o que pretendan establecer en relación con las materias abordadas por la directiva antiabuso, por cuanto la misma *no será óbice para la aplicación de disposiciones nacionales o consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades* (art. 3).

Subyace bajo este precepto la dualidad de posiciones de los Estados miembros frente a la imposición sobre los beneficios, y es expresión del compromiso alcanzado.

³ *Commission Notice on the notion of State Aid as referred to in Article 107. DG Competition –Internal Working Paper– Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016.*

Ese mismo sentido, aunque en tono menor, cabe atribuir a la regla de entrada en vigor de la norma concerniente a la limitación de intereses, la cual puede ser demorada hasta 1 de enero de 2024 por *aquellos Estados miembros que tengan normas nacionales específicas para impedir los riesgos en materia de BEPS en la fecha de 8 de agosto de 2016, que sean igualmente eficaces a efectos de la norma de limitación de intereses.*

La directiva antiabuso no es, pues, portadora de una armonización plena de las materias reguladas por la misma, sino de una de carácter mínimo⁴.

3. LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

La transparencia fiscal internacional puede ser descrita como una técnica tributaria que consiste en imputar a los socios de una entidad, residente en una jurisdicción distinta, las rentas no distribuidas obtenidas por la misma.

Las primeras normas sobre transparencia fiscal internacional aparecieron en Australia a fines de la década de los treinta del pasado siglo, pero su auge se debe a la administración Kennedy⁵. En España se establecieron mediante la Ley 42/1994, pasando posteriormente a la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, y a su texto refundido. La Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, ha recogido y ampliado la regulación inicial.

La esencia de la transparencia fiscal internacional es la imputación de un beneficio no distribuido.

La imputación puede referirse a la totalidad de la renta o a ciertas categorías de renta y, generalmente, solo se produce cuando la entidad no residente participada está controlada por

⁴ LÓPEZ RIBAS, S.: «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*, núms. 17-18, 2016.

⁵ En la presentación ante el Congreso de las normas sobre transparencia fiscal internacional propuestas por la Administración Kennedy, el secretario del Tesoro pronunció las siguientes palabras:

«[...] El propósito de la neutralidad es promover la equidad y la más eficiente colocación de los recursos existentes. Idealmente los tipos de tributación sobre las empresas deberían ser en todas partes los mismos, si asumimos servicios públicos equivalentes. Nosotros no podemos controlar los tipos de los impuestos extranjeros y el hecho de que los mismos puedan contribuir a injusticias. Pero nosotros podemos evitar que la estructura fiscal americana contribuya a la canalización de recursos hacia zonas de baja presión fiscal, gravando la renta de nuestras filiales en el extranjero a los mismos tipos que son aplicables a la renta ganada en casa [...] con el actual privilegio de diferimiento una empresa americana contemplando una nueva inversión y encontrado costes y condiciones de mercado comparables en casa y fuera es empujada hacia la inversión exterior [...] yo pienso que razones de equidad fiscal así como razones de política económica claramente dictan que en caso de inversiones en otros países industrializados debería darse prioridad a la neutralidad fiscal en la elección entre inversión interior y exterior [...]» (Informe del Tesoro).

los llamados a soportar la imputación o por ellos y personas vinculadas con ellos, y sujeta a una imposición débil.

La transparencia fiscal internacional es susceptible de diversas configuraciones, según cuál sea la finalidad que el legislador pretenda conseguir mediante ella.

Si pretende igualar la tributación de las inversiones internas y extranjeras realizadas a través de entidades filiales, recaerá sobre la totalidad de la renta. Si pretende evitar que los activos móviles se sitúen en jurisdicciones fiscales de conveniencia, recaerá exclusivamente sobre las rentas del capital o pasivas, esto es, no derivadas de la realización de actividades empresariales. En fin, si pretende frustrar las operaciones de desviación de rentas hacia entidades fiscalmente privilegiadas, recaerá sobre las rentas derivadas de operaciones que, considerando la estructura de medios humanos y materiales de la entidad no residente, han sido asignadas a la misma artificiosamente.

En el contexto del proyecto BEPS, la transparencia fiscal internacional juega el papel de sujetar a tributación las rentas de activos ubicados por los grupos multinacionales en sede de entidades controladas que disfrutan de un régimen fiscal privilegiado, o las rentas desviadas hacia este tipo de entidades que hayan logrado burlar las normas antiabuso cuyo papel es cegar los cauces por donde transitan dichas rentas desviadas.

Llevada hasta el límite, la transparencia fiscal internacional confluiría con la tributación de la entidad dominante sobre una base consolidada. Sin embargo, la transparencia fiscal internacional establecida en los distintos países se suele detener en el umbral de las rentas derivadas de actividades económicas.

En fin, el hecho de que la transparencia fiscal internacional haya recalado en el informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS, y en la directiva antiabuso, no debería suscitar la idea de que toda constitución de una entidad residente en el extranjero y sujeta a una fiscalidad benévola implica una acción abusiva⁶.

En todas las configuraciones cabe distinguir cinco vectores fundamentales:

- La naturaleza de la entidad no residente.
- Los contribuyentes.
- El control sobre la entidad no residente.
- El régimen fiscal al que se sujeta la entidad no residente.
- La tipología de las rentas afectadas.

⁶ NOCETE CORREA, F. J.: «¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE?», *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2016.

3.1. LA NATURALEZA DE LA ENTIDAD NO RESIDENTE O SOCIEDAD EXTRANJERA

El artículo 7.1 establece que *el Estado miembro de un contribuyente considerará una entidad o un establecimiento permanente cuyos beneficios no estén sometidos a imposición o estén exentos de imposición en dicho Estado, como sociedad extranjera*, cuando se cumpla un conjunto de condiciones relativas al control y a la naturaleza de las rentas obtenidas.

En ese texto cabe toda clase de entidades, tengan o no personalidad jurídica de acuerdo con las leyes del Estado en el que residan, sin perjuicio de que sobre algunas de ellas no será posible que concurra la nota de control, a causa de su naturaleza jurídica o del régimen legal al que están sometidas. Ese será el caso, entre otros, de las instituciones de inversión colectiva de carácter abierto, las cuales podrán ser subsumidas bajo el término «entidad», pero escaparán a la nota de control.

El denominado *trust* también puede ser considerado como entidad, cualquiera que sea el régimen jurídico al que se someta en el país o territorio bajo cuyas leyes se haya constituido. Y lo propio cabe decir de un conjunto de figuras jurídicas similares, tales como ciertas comunidades de bienes, las herencias yacentes y las unidades económicas susceptibles de imposición.

No obstante, todo este elenco de entidades, a tenor de la legislación de los diferentes Estados miembros, podría estar sujeto a un régimen fiscal distinto, aunque similar al de la transparencia fiscal internacional, consistente en llamar a tributar a los beneficiarios últimos sobre las rentas generadas en sede de las mismas. Este régimen fiscal, en cuanto fuere más exigente que la transparencia fiscal internacional, sería de aplicación preferente, habida cuenta de la norma del *nivel mínimo de protección*, antes comentada. Por el contrario, si el Estado miembro del beneficiario no prevé un régimen fiscal como el aludido, que en España sería el de atribución, operaría la transparencia fiscal internacional, si bien solo respecto de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades (art. 1).

El lugar de la residencia de la entidad no residente, o *sociedad extranjera* según la terminología de la directiva, es indiferente. Puede ser un Estado miembro o un Estado tercero, pero la misma no ha de estar sujeta a tributación, respecto de sus beneficios, en el Estado miembro donde reside el contribuyente, esto es, la entidad o el establecimiento permanentes llamados a soportar la imputación en calidad de contribuyentes. Nótese que la tributación aludida es la que recae sobre los *beneficios*. Por tanto, la entidad no residente no perderá tal condición por el hecho de obtener rentas sujetas a tributación en el Estado miembro del contribuyente, con tal de que esas rentas no tengan la naturaleza de beneficios.

Los establecimientos permanentes también pueden ser considerados como entidades no residentes a efectos de la transparencia fiscal internacional, habida cuenta del tenor literal del artículo 7.1, pero solamente si las rentas obtenidas a través de los mismos están exentas en el Estado miembro de la casa central. En consecuencia, cuando de acuerdo con la legislación del Estado miembro de la casa central las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente disfru-

ten de exención, el establecimiento permanente tendrá la consideración de entidad no residente a los efectos de la transparencia fiscal internacional pero, por lo común, no será de aplicación tal régimen fiscal, debido a que la naturaleza de las rentas que habitualmente obtienen los establecimientos permanentes no encaja en la tipología de las afectadas por aquella.

La transparencia fiscal internacional española no considera como entidad no residente a los establecimientos permanentes. Puesto que las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente están exentas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 27/2014, la transposición de la directiva afectará a la tributación de las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente, pero solo en la medida en que conjuguen la nota de tipicidad, lo que no será frecuente, habida cuenta de que el establecimiento permanente es un lugar fijo de negocios.

3.2. CONTRIBUYENTES

Son contribuyentes de la transparencia fiscal internacional y, por lo tanto, deberán soportar la imputación de las rentas obtenidas por la entidad no residente, todas las entidades y establecimientos permanentes incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la directiva antiabuso. En consecuencia, son contribuyentes de la transparencia fiscal internacional:

- Los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades de cada Estado miembro.
- Los establecimientos permanentes de entidades residentes en un Estado tercero, cuyos beneficios estén sujetos a imposición en el Estado miembro donde están constituidos.
- Los establecimientos permanentes de entidades residentes en un Estado miembro, cuyos beneficios estén sujetos a imposición en el Estado miembro donde están constituidos.

Los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades pero exentos, también están afectados por la transparencia fiscal internacional, si bien el efecto práctico de la imputación será nulo, debido a la exención.

Los contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) caen fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la directiva antiabuso. Por tanto, respecto de las personas físicas, los Estados miembros podrán legislar en materia de transparencia fiscal internacional con entera libertad, respetando, claro está, los principios y libertades del ordenamiento comunitario.

Los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades, pero que no tributan efectivamente por el mismo debido a un régimen de transparencia fiscal interna o asimilado, no están afectados por la transparencia fiscal internacional, por cuanto, como se ha indicado, la directiva antiabuso no los incluye en su ámbito subjetivo. Pero sí podrían estarlo sus socios, en cuanto reunieren la

condición de contribuyentes del impuesto sobre sociedades ya que, como se verá más adelante, la imputación se puede producir mediante una participación indirecta, en este caso a través de la entidad sujeta a transparencia fiscal interna.

En fin, no cabe descartar que, según la legislación del Estado miembro de que se trate, alguna entidad jurídica pudiera no estar sujeta al impuesto sobre sociedades, en cuyo caso tampoco estaría afectada por la transparencia fiscal internacional, pero sí podrían estarlo sus socios, en los términos comentados en el párrafo precedente.

La transparencia fiscal internacional española afecta a los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades (art. 100 Ley 27/2014), incluso si tributan en régimen de transparencia fiscal interna, a los establecimientos permanentes por cuanto determinan su base imponible de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades (art. 18 TRLIRNR) y a las personas físicas (art. 91 Ley 35/2006).

3.3. EL CONTROL SOBRE LA ENTIDAD NO RESIDENTE

Existe control sobre la entidad no residente *cuando el contribuyente, solo o conjuntamente con sus empresas asociadas, posea una participación directa o indirecta de más del 50 % en los derechos de voto, o posea directa o indirectamente más del 50 % del capital o tenga derecho a percibir más del 50 % de los beneficios...* (art. 7.1 a).

Quien o quienes tienen el control habitualmente tienen también la facultad de disponer sobre el patrimonio de la entidad, y esa capacidad de disposición justifica la imputación. La imputación de una renta respecto de la que se carece del poder de disposición contravendría el principio de capacidad económica.

La norma no indica el momento en el que ha de ostentarse el control. Los legisladores nacionales tienen, pues, libertad. El legislador español ha escogido la fecha de cierre del ejercicio social de la entidad no residente (art. 100.1 a) Ley 27/2014).

Para calcular los porcentajes determinantes del control deben acumularse los correspondientes al contribuyente y a sus empresas asociadas. Están en relación de asociación con el contribuyente:

- Las entidades en las que participe, al menos, en un 25 % en los derechos de voto o en los beneficios (art. 2.4 a).
- Las personas físicas que ostenten sobre el contribuyente tal tipo de participación (art. 2.4 b).
- Las entidades en las que las entidades o personas mencionadas ostenten tal tipo de participación (art. 2.4, último inciso).

La relación de asociación referida no contempla, a diferencia de la transparencia fiscal internacional española, los lazos familiares (art. 100.1 a) Ley 27/2014), pero es, desde luego, más amplia que la relación de asociación mercantil.

Para determinar la existencia de control, deberán sumarse los tantos del contribuyente con los de las personas o entidades respecto de las que está en relación de asociación.

Los tantos tienen naturaleza diferente, por cuanto van referidos a conceptos diferentes, esto es, voto, capital y beneficios, de aquí que se plantee la cuestión de la pertinencia, o no, de su agregación, a los efectos de determinar la existencia de control.

La lógica aconseja la respuesta negativa, pues no es comparable el poder de disposición que otorga un 51 % sobre el capital con el que otorga un 26 % sobre el capital y un 25 % sobre los derechos de voto, debiendo recordarse que es el poder de disposición lo que justifica la imputación de unas rentas no percibidas.

El contribuyente, junto con las personas o entidades asociadas, forma lo que podría denominarse el grupo de control. Las entidades asociadas pueden, a su vez, tener la condición de contribuyente, pero no toda entidad integrante del grupo de control será contribuyente. Las entidades no residentes en algún Estado miembro no lo serán.

El control en la transparencia fiscal internacional española se configura, igualmente, a través de la suma de tantos de las personas o entidades integrantes de un grupo de control, pero su perímetro es más amplio que el previsto en la directiva, pues contempla los lazos determinantes de la vinculación en el sentido de las operaciones vinculadas, los cuales rebasan los de asociación (art. 100.1 a) Ley 27/2014), y la imputación se proyecta sobre todas las personas o entidades integrantes del grupo de control que, siendo residentes en territorio español, participen directamente en la entidad no residente o indirectamente a través de entidades no residentes (art. 100.7 Ley 27/2014).

La forma en cómo el artículo 7.1 a) construye el control está pensada para abarcar a todo tipo de entidades. Así, la participación en el capital apunta hacia las entidades capitalistas, la participación en el voto hacia las personalistas y la apelación al derecho a percibir los beneficios podría predicarse respecto de las estructuras jurídicas fiduciarias, con tal de que se interprete, como parece más correcto, que el derecho a la percepción de los beneficios, aunque firme, no tiene, necesariamente, por qué ser actual. En fin, las tres relaciones de control, también podrían solaparse.

En relación con el establecimiento permanente, no cabe, propiamente, la idea de control, por cuanto forman parte del propio contribuyente.

3.4. EL RÉGIMEN FISCAL AL QUE SE SUJETA LA ENTIDAD NO RESIDENTE

El régimen fiscal al que está sujeta la entidad no residente o el establecimiento permanente es indiferente. Lo relevante es el importe del impuesto pagado por razón de los beneficios ob-

tenidos, pues si no rebasa la mitad del que correspondería según la legislación fiscal del Estado miembro del contribuyente, habrá imputación por transparencia fiscal internacional, y en el caso contrario no la habrá (art. 7.1 b). De esta manera, la directiva adopta el método de comparación de la deuda tributaria satisfecha, al modo en como lo hace la transparencia fiscal internacional española, si bien el umbral de esta última es el 75 %, el cual, en cuanto más exigente, podrá ser mantenido tras la transposición (art. 100.1 b) Ley 27/2014).

Otras técnicas, tales como la ubicación en sede de un paraíso fiscal o el tipo nominal de gravamen, no han sido recogidas por la directiva, ni tan siquiera con carácter alternativo o subsidiario. En tal sentido, la armonización lograda en este punto ha sido plena.

En consecuencia, un mismo importe de impuesto extranjero puede dar lugar, o no, a imputación en régimen de transparencia fiscal internacional, habida cuenta de la diversa presión fiscal por el impuesto sobre sociedades en los distintos Estados miembros.

La tributación a tomar en consideración es la que recae sobre los beneficios. La que recae sobre cualquier otra magnitud no es relevante. No obstante, es dudoso que no deba ser tomada en consideración la tributación que pretenda gravar indirectamente el beneficio a través de una magnitud asociada con el mismo, como puede ser el activo o cualquier otro indicador de actividad económica.

Literalmente, la norma se refiere al impuesto pagado sobre los beneficios, esto es, la totalidad de los beneficios. Sin embargo, la lógica apunta a que solamente deba ser tomada en consideración aquella parte del impuesto pagado sobre los beneficios que afecte a las rentas sujetas a imputación en régimen de transparencia fiscal internacional.

3.5. LA TIPOLOGÍA DE LAS RENTAS AFECTADAS

Un aspecto clave de la transparencia fiscal internacional es la tipología de las rentas afectadas pues, como se ha indicado, según cual sean los objetivos perseguidos así deben ser las rentas tipificadas. A este respecto, cabe distinguir tres modelos⁷:

- Categoría o clase de rentas.
- Sustancia de la entidad no residente.
- Intensidad del beneficio.

En el apartado 2 del artículo 7 conviven, con carácter alternativo, los dos primeros. Esta configuración de las rentas afectadas otorga un amplio margen de discrecionalidad a los Estados

⁷ Véase Informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS.

miembros, los cuales podrán transponer una de las dos categorías, o las dos, o tipificar un elenco de rentas afectadas que comprenda las de una de las dos categorías, o a las de las dos.

Por tanto, así como en los vectores de control y régimen tributario privilegiado la armonización conseguida es notable, sin perjuicio del efecto inherente a la diversidad de tipos de gravamen, en el vector de la tipología de las rentas, la armonización es débil. Esto, probablemente, contribuya a explicar que Estados miembros tradicionalmente opuestos a la transparencia fiscal internacional, como son Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, hayan prestado el consentimiento para alcanzar la unanimidad.

3.5.1. Categoría o clase de rentas

La letra a) del artículo 7.2 sigue el modelo de la categoría o clase de rentas, pudiendo distinguirse cuatro subcategorías:

- Las rentas del capital o rentas pasivas.
- Las rentas derivadas de actividades empresariales.
- Las rentas mixtas.
- Las rentas por operaciones vinculadas.

3.5.1.1. Las rentas del capital

Son rentas del capital *los intereses u otras rentas generadas por activos financieros (i) y los dividendos y rentas procedentes de la enajenación de acciones (iii).*

Corresponderá al legislador nacional acotar el ámbito de estos dos tipos de renta, ante la ausencia de una definición establecida en la directiva. Ahora bien, el legislador nacional no podrá excluir ningún interés o dividendo abarcado por el ámbito seleccionado, por razón del pagador. Por otra parte, ese ámbito deberá ser consistente con otras normas comunitarias, tales como la directiva de intereses y cánones, la directiva matriz-filial y la directiva contable. En el mismo sentido, y por lo que se refiere a los intereses, deberá ser consistente con la definición de costes de endeudamiento contenida en la propia directiva antiabuso (art. 2.1).

En consecuencia, no podrán ser excluidos los intereses asociados a la financiación de actividades económicas emprendidas por el grupo de empresas al que pertenece la entidad no residente, ni los dividendos de carácter empresarial, entre otros.

En este sentido, el espectro de los intereses y dividendos previsto en la directiva antiabuso es más amplio que el establecido en la transparencia fiscal internacional española, pues la misma excluye a los intereses derivados de la financiación interna de actividades empresaria-

les realizadas por entidades no residentes en territorio español (art. 100.3 b), último inciso, Ley 27/2014), a los dividendos e intereses asociados a la realización de actividades empresariales (art. 100.3 b) 1.º, 2.º, 3.º y 4.º Ley 27/2014) y a los dividendos inherentes a participaciones significativas (art. 100.4 Ley 27/2014).

3.5.1.2. *Las rentas empresariales*

Rentas procedentes de actividades de seguros, actividades bancarias u otras actividades financieras (v).

Para acotar este tipo de rentas ha de acudirse a la actividad efectivamente realizada, antes que a la sujeción de la entidad no residente a un estatuto legal o reglamentario específico, como el que se encuentra establecido en los distintos Estados miembros, ya que la transparencia fiscal internacional está llamada a aplicarse también respecto de entidades extracomunitarias.

La transparencia fiscal española recoge este tipo de rentas de manera absolutamente residual, pues las supedita a la generación de gastos en sede de entidades residentes en territorio español vinculadas con la entidad no residente (art. 100.3 g) Ley 27/2014).

3.5.1.3. *Las rentas mixtas*

Son rentas mixtas los cánones u otras rentas generadas por la propiedad intelectual o industrial (ii) y las rentas procedentes del arrendamiento financiero (iv).

Este tipo de rentas pueden generarse tanto en el seno de una actividad económica como derivar de la pura tenencia y cesión de activos. A efectos de su tipificación esa dicotomía es indiferente.

La transparencia fiscal internacional española tipifica la renta derivada de la propiedad intelectual e industrial mantenida con carácter no empresarial (art. 100.3 d) Ley 27/2014). Por el contrario, una explotación empresarial de esta clase de propiedad no generaría renta afectada. En cuanto al arrendamiento financiero, si se realiza con carácter no empresarial, puede ser asimilado a las rentas derivadas de la cesión a terceros de capitales propios (art. 100.3 b) Ley 27/2014) y si se realiza con carácter empresarial, estaría asimilada a la renta de actividades financieras (art. 100.3 g) Ley 27/2014).

3.5.1.4. *Las rentas por operaciones vinculadas*

Son rentas por operaciones vinculadas las derivadas de los ingresos derivados de bienes y servicios comprados y vendidos a empresas asociadas, añadiendo un valor escaso o nulo (vi).

Las rentas proceden de operaciones vinculadas en las que la entidad no residente opera a modo de eslabón entre otras entidades del grupo y terceros, sea adquiriendo bienes y servicios de

empresas asociadas que posteriormente transmite a terceros o transmitiendo a otras entidades del grupo bienes y servicios que anteriormente ha adquirido de terceros. Más raramente opera en un circuito puramente interno. Y en este trasiego, la entidad no residente añade escaso o nulo valor. Suele denominarse a esta entidad como *refacturadora*.

Son, pues, dos las circunstancias que deben confluir en la renta tipificada:

- Derivar de operaciones concertadas con entidades asociadas.
- Las funciones que desempeña la entidad no residente en relación con los bienes y servicios objeto de las mismas añaden un escaso o nulo valor.

El valor añadido es un concepto económico, pero el valor añadido *escaso o nulo* es un concepto jurídico indeterminado que deberá ponderarse en cada caso. Una primera aproximación vendrá dada por el importe de los sueldos y salarios pagados por la entidad no residente, pero se trata tan solo de una aproximación. Una segunda aproximación, seguramente más aquilatada, será la realizada mediante un examen de las funciones y riesgos asumidos por la entidad no residente en relación con las operaciones realizadas. El análisis del valor añadido guarda un evidente paralelismo con el análisis funcional propio de la aplicación del principio de libre concurrencia. En este sentido, las pautas y criterios contenidos en las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE podrán orientar la concreción de este concepto jurídico indeterminado.

Una vez constada la concurrencia de las dos circunstancias, la renta, en su totalidad, derivada de los ingresos por operaciones con empresas asociadas, deberá ser imputada, incluso si fuera acorde con el valor añadido, si bien la hipótesis subyacente a este tipo de rentas sea, probablemente, la desproporción entre valor añadido y renta registrada en sede de la entidad no residente que las ha realizado.

Es claro que, en caso de desproporción entre renta y valor añadido, este tipo de rentas podrían, igualmente, ser imputadas al contribuyente, mediante la aplicación del principio de libre concurrencia, generalmente tipificado en las legislaciones de los Estados miembros, cuando las ventas y servicios se hubieren concertado, precisamente, con el contribuyente.

En caso de ser concertados con otra entidad asociada distinta del contribuyente, la corrección practicada, en su caso, en aplicación del principio de libre competencia, debería recortar la renta, a efectos de la transparencia fiscal internacional, de la entidad no residente, para reconducirla al importe correspondiente al valor económico añadido.

Parece plantearse, entonces, un conflicto entre el principio de libre concurrencia y la transparencia fiscal internacional, que debe resolverse a favor del primero, por cuanto, en un orden lógico, tanto fiscal como contable, la correcta valoración de las operaciones vinculadas de acuerdo con el principio de libre concurrencia es un presupuesto de la determinación de las rentas, en tanto que la transparencia fiscal internacional se aplica una vez efectuada tal determinación.

En consecuencia, la imputación por transparencia fiscal internacional operará respecto de aquella porción de la renta procedente de operaciones vinculadas, ya valoradas por su valor normal de mercado, a cuya generación la entidad no residente ha contribuido añadiendo un valor escaso o nulo o, eventualmente, respecto de aquella renta derivada de operaciones vinculadas que no ha pasado por el tamiz del principio de libre concurrencia, en las que el valor añadido por la entidad residente ha sido escaso o nulo.

Por tanto, sobre la base de la hipótesis más plausible de la aplicación previa del principio de libre competencia, este tipo de rentas tendrá un carácter marcadamente residual⁸.

Esta clase de renta no está contemplada en la Ley 27/2014.

3.5.2. Sustancia de la entidad no residente

La letra b) tipifica las rentas derivadas *de mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal*.

El párrafo segundo de la letra b) describe, de una manera alambicada, lo que se considera mecanismo falseado. En síntesis, el mecanismo falseado se concreta en que los activos y riesgos puestos en juego para realizar la operación de la que deriva la renta han sido atribuidos falsamente a la entidad no residente. Esos activos y riesgos radican, realmente, en sede de otra entidad del mismo grupo. Se trata, bien se ve, de una situación próxima a la simulación, urdida, a tenor del texto normativo, por las personas influyentes que toman las decisiones en las entidades concernidas.

La transparencia fiscal internacional española tipifica como renta afecta aquella que se obtiene por una entidad que no dispone de unos medios humanos y materiales acordes con las operaciones de las que deriva dicha renta (art. 100.2 Ley 27/2014).

La renta tipificada en la letra b) es una renta atribuida, mediante mecanismos fraudulentos, a una entidad controlada. Por tanto, también podría ser sometida a la tributación pertinente mediante la aplicación de una norma antiabuso de carácter general o, simplemente, atrayendo la residencia fiscal a la jurisdicción fiscal de la entidad matriz, en la medida en que pudiera demostrarse que en ella radica la sede de dirección efectiva⁹. Estas técnicas de regularización deben aplicarse con carácter preferente. En tal caso, la transparencia fiscal internacional jugaría, respecto de este tipo de renta, un papel puramente residual.

⁸ BURKADZE, E.: «Interaction of Transfer Pricing Rules and CFC Provisions», *International Transfer Pricing Journal*, núm. 5, vol. 23, 2016.

⁹ Informe final de la Acción 6 del proyecto BEPS.

En este sentido, aquellos Estados miembros que opten por transponer únicamente las rentas de la letra b), en rigor no están haciendo otra cosa que incorporar un remedio subsidiario para el caso en que la norma antiabuso no procure una solución satisfactoria.

En fin, la renta de la letra b) está alejada de la filosofía y objetivos de la transparencia fiscal internacional.

Es posible intuir que la tipificación de la renta de la letra b) a modo de opción o alternativa respecto de la renta de la letra a) forma parte de los equilibrios políticos necesarios para alcanzar la necesaria unanimidad.

3.6. LAS DENOMINADAS CLÁUSULAS DE ESCAPE

El mandato de las cláusulas de escape es exceptuar la imputación de la renta tipificada.

Por los requisitos que las configuran, es posible distinguir tres tipos:

- Distribución de la renta tipificada.
- Actividad.
- Mínimos.

3.6.1. Cláusula de distribución de la renta

Esta cláusula versa sobre todo tipo de rentas, esto es, tanto las de la letra a) como las de la letra b) del artículo 7.2.

Se infiere de las propias normas que tipifican las rentas sujetas a imputación, ya que la no distribución es un ingrediente de aquellas. La renta distribuida no estará afecta a transparencia fiscal internacional, cualquiera que sea la entidad perceptora de la misma, sin perjuicio de que tal percepción deba, a su vez, conjugar la renta tipificada en concepto de dividendo, debiendo estarse a la entidad perceptora a los efectos de examinar las circunstancias de control y régimen fiscal privilegiado.

Cuando la entidad obtiene rentas de fuentes diversas, estando algunas de aquellas tipificadas y otras no, y se efectúan distribuciones de beneficios que no versan sobre la totalidad de la renta, surge la cuestión de cuál ha sido la renta distribuida, que solamente puede resolverse con base en un criterio puramente convencional que, sin embargo, la directiva no ha establecido.

Se trata del mismo problema que se presenta respecto de la no integración en la base imponible de los dividendos en la parte de los mismos que se ha nutrido de rentas imputadas, que la

transparencia fiscal internacional española ha resuelto mediante una regla de proporcionalidad (art. 100.10 Ley 27/2014).

No debe confundirse esta cláusula con aquella que exonera la imputación por razón de que la entidad no residente siga una política aceptable de distribución de beneficios.

3.6.2. Cláusula de actividad

Versa sobre las rentas de la letra a). En su virtud, ninguna de las rentas tipificadas en la letra a) será imputable cuando la entidad no residente *lleve a cabo una actividad económica de importancia basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones*.

La norma no precisa si la actividad económica de importancia se refiere al conjunto de las rentas obtenidas por la entidad o exclusivamente a las rentas tipificadas.

Si estuviera referida a la totalidad de las rentas, esta cláusula de escape supondría una importante merma para la efectividad de la transparencia fiscal internacional. En efecto, rentas pasivas tipificadas de cuantioso volumen podrían ser cobijadas en entidades no residentes con tal de que las mismas realizarasen actividades económicas importantes.

Generalmente, las rentas empresariales no están sujetas a transparencia fiscal internacional, pero una cosa es esa no sujeción y otra, bien diferente, que la realización de actividades económicas relevantes neutralice la imputación de rentas puramente pasivas. Verdad es que la denominada *cláusula de mínimos*, presente en varias legislaciones de los países de nuestro entorno, y también en la Ley 27/2014, tiene el efecto de excluir rentas pasivas tipificadas cuando concurren con otro tipo de rentas, señaladamente las derivadas de actividades empresariales, pero lo hace limitadamente (art. 100.5 Ley 27/2014). La directiva antiabuso también contiene una cláusula de mínimos, de tenor similar, que más adelante se comenta.

Las consideraciones precedentes sugieren que la actividad económica de importancia debe predicarse, antes que sobre la entidad o sobre el conjunto de las rentas que la misma obtiene, respecto de las rentas tipificadas.

¿Qué debe entenderse por una *actividad económica de importancia*? Antes de avanzar una respuesta, conviene tener en cuenta que la versión inglesa se refiere a *substantive economic activity*, la francesa a una *activité économique substantielle* y la italiana a *attività economica sostanziale*. Tal vez la versión española hubiera debido emplear la palabra *substancial*. El matiz es relevante, porque la palabra importante apunta a que la actividad económica sea de envergadura, en tanto que la palabra «substancial» a que la actividad no sea de pura fachada, sino real, efectiva o genuina, aun cuando no requiera un elevado concurso de medios humanos y materiales.

A pesar de la importancia que, para la correcta transposición y posterior aplicación de la transparencia fiscal internacional, tiene la cláusula de actividad, y de que la misma pivota sobre

la noción de actividad económica, la directiva antiabuso no ofrece una descripción de la misma, como tampoco lo hizo el Tribunal de Justicia en la crucial Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04 (NFJ023535), siendo así que, a tenor de la misma, la realización de *actividades económicas efectivas* rechaza la aplicación de la transparencia fiscal internacional.

La noción de actividad económica es utilizada profusamente por el ordenamiento comunitario. Así, en la regulación del impuesto sobre el valor añadido (IVA), en las normas sobre la competencia, en la regulación fiscal de las operaciones de reestructuración transfronterizas, en las normas relativas al derecho de establecimiento, entre otras, juega un papel señero.

El silencio de la directiva abre paso a las legislaciones nacionales y a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Así, la definición que de actividad económica ofrece el artículo 5 de la Ley 27/2014 será válida en relación con la transparencia fiscal internacional española.

La doctrina cita, entre otras, la descripción que de actividad económica ofreció el abogado general en *Banque Bruxelles Lambert*, en el sentido de actividad ejecutada por empresas para el mercado, en el marco de una organización, con la finalidad de obtener un beneficio¹⁰.

Por aplicación de la cláusula de actividad, las rentas de las entidades de crédito, de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y del resto de las sociedades financieras normalmente quedarán al margen de la transparencia fiscal internacional. En efecto, las rentas derivadas de esas fuentes no pueden obtenerse sino mediante el concurso de medios humanos y materiales suficientemente organizados en orden a la prestación de servicios para el mercado y así obtener un beneficio.

Por el contrario, las rentas por operaciones vinculadas no quedarán al margen, pues la adición de un valor añadido escaso o nulo vendrá acompañada, normalmente, de una carencia de medios organizativos, personales y materiales.

En medio queda el núcleo de las actividades de *holding*, de centralización de la tesorería y la función financiera, y de cesión de uso de activos representativos de la propiedad industrial e intelectual.

En ciertas sentencias relativas al IVA, el Tribunal de Justicia ha indicado que la tenencia y venta de acciones, aun con la consiguiente percepción de dividendos y plusvalías, no puede ser considerada como actividad económica¹¹, pero también, en el ámbito del derecho de la competen-

¹⁰ SMIT, D. S.: «Substance Requirements for Entities Located in a Harmful Tax Jurisdiction under CFC Rules and the Freedom of Establishment», *Derivatives & Financial Instruments*, núm. 6, vol. 16, 2014.

¹¹ Harnas & Helm CV, asunto C-80/95 (NFJ005199), apartado 15: «[...] el Tribunal de Justicia también ha precisado que la mera adquisición y la mera tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, que confiera a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo (sentencia

cia, que sí constituye actividad económica la tenencia de una cartera de control que permite ejercer una función de dirección y gestión en relación con las actividades de la entidad participada¹².

En este punto, la legislación fiscal española tiene un listón más bajo para reconocer la existencia de actividad económica, pues no considera como valores, a efectos de la definición de sociedad patrimonial la cual, justamente, se caracteriza por no realizar una actividad económica, a los que otorgan un 5 % sobre el capital y se mantengan durante al menos un año *con la finalidad de dirigir y gestionar la participación* (art. 5.2 Ley 27/2014), de manera tal que no se requiere la involucración gestora en las actividades de la entidad participada para que se aprecie la realización de actividad económica, en plena sintonía con el tratamiento que la transparencia fiscal internacional otorga a los dividendos derivados de esas participaciones (art. 100.4 Ley 27/2014).

La transposición de la directiva antiabuso seguramente motivará una reconsideración de los preceptos mencionados.

En algunos grupos multinacionales se observa que las funciones financieras y de tesorería están encomendadas a entidades *ad hoc*, cuyo resultado contable está constituido por la diferencia entre los ingresos y los gastos financieros así como por los impactos de los derivados y de las valoraciones por el valor razonable. Si estas actividades fueren consideradas como actividades económicas substanciales, operaría la cláusula de actividad.

de 20 de junio de 1991, Polysar Investments Netherlands, C-60/90, Rec. p. 1-3111, apartado 13). La mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien (véase, asimismo, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 1993, Sofitam, C-333/91, Rec. p. I-3513, apartado 12)».

EDM, asunto C-77/01 (NFJ016398), apartados 57 y 58: «[...] A este respecto, es preciso recordar de entrada que, conforme a reiterada jurisprudencia, la mera adquisición y la sola tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, que confiera a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo. En efecto, la mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien, y no la contrapartida de una actividad económica (véanse las sentencias, antes citadas, Harnas & Helm, apartado 15, y Floridienne y Berginvest, apartado 21). Por tanto, si estas actividades no constituyen por sí mismas una actividad económica en el sentido de la mencionada directiva, lo mismo sucede respecto a las que consisten en ceder tales participaciones [...] Igualmente, la mera adquisición y la mera venta de otros valores negociables no pueden constituir una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, puesto que la única retribución de esas operaciones es un eventual beneficio en el momento de la venta de dichos valores [...]».

- ¹² Cassa di Risparmio di Firenze, asunto C-222/04 (NFJ028807), apartados 111 y 112: «[...] A este respecto, es necesario subrayar que la mera tenencia de participaciones, aunque sean de control, no basta para caracterizar una actividad económica de la entidad que las posee cuando dicha circunstancia solo implique el ejercicio de los derechos vinculados a la condición de accionista o socio, así como, en su caso, la percepción de dividendos, que no son más que los frutos que produce la propiedad de un bien. En cambio, debe estimarse que una entidad que posee el control de una sociedad y ejerce efectivamente dicho control interviniendo directa o indirectamente en la gestión de esta última, participa en la actividad económica desarrollada por la empresa controlada».

En algunas sentencias, concernientes al IVA, el Tribunal de Justicia ha establecido criterios en orden a determinar la existencia, o no, de actividad económica, respecto de ese tipo de operaciones¹³. La actividad económica descansa sobre las notas de continuidad o habitualidad, organización y finalidad comercial.

En la transparencia fiscal española, la renta derivada de los intereses de préstamos a entidades del propio grupo mercantil no es susceptible de imputación si las prestatarías realizan actividades económicas significativas y son no residentes en territorio español (art. 100.3 b) y g) Ley 27/2014).

Por lo que se refiere a la renta derivada de la cesión de uso de los activos representativos de la propiedad intelectual e industrial, habrá de estarse a la forma en cómo se exploten los mismos. Si la cesión es a favor de las entidades del propio grupo de empresas, generalmente no se apreciará la concurrencia de actividad económica, pero no puede descartarse totalmente. Por el contrario si la cesión se realiza a favor de terceros, es más probable que concurra la actividad económica, pero no puede darse por sentado que así sea en todo caso. La existencia de organización y finalidad comercial será lo relevante.

En la transparencia fiscal internacional española, la renta derivada de la propiedad intelectual o industrial no es imputable si fuere obtenida en el curso de una actividad económica, por cuanto la norma que tipifica este tipo de renta se remite a la categoría de renta tipificada como del capital en el IRPF, excepto si generase un gasto fiscalmente deducible en una entidad residente en territorio español y vinculada (art. 100.3 d) y g) Ley 27/2014).

La cláusula de actividad debe transponerse obligatoriamente en relación con las entidades residentes en algún Estado del Espacio Económico Europeo (EEE)¹⁴. En relación con Estados terceros la transposición no es obligatoria, sino facultativa.

Ha de suponerse, por tanto, que la cláusula de actividad respeta la doctrina del Tribunal de Justicia, cuyo principal exponente es la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*,

¹³ EDM, asunto C-77/01 (NFIJ016398), conclusiones, apartado 62, abogado general: «[...] propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que la concesión anual de préstamos remunerados por una sociedad *holding* a las empresas en las que posee participaciones, cuando aquella tiene por actividad principal gestionar estas últimas y, en cierta medida, también prestar garantías para los préstamos contraídos por ellas, constituye una actividad económica si dichos préstamos no se conceden con carácter ocasional, sino con arreglo a unos objetivos empresariales o a una finalidad comercial, caracterizada en especial por el afán de rentabilizar los capitales invertidos. [...]». Sentencia EDM, asunto C-77/01 (NFIJ016398), apartado 70, tribunal: «[...] Por consiguiente, es preciso señalar que la concesión anual por un *holding* de préstamos remunerados a las sociedades en las que posee participaciones y sus inversiones en depósitos bancarios o en valores, como bonos del Tesoro o certificados de depósito, constituyen actividades económicas efectuadas por un sujeto pasivo que actúa como tal, en el sentido de los artículos 2, punto 1 y 4, apartado 2, de la Sexta Directiva».

¹⁴ Estados miembros de la Unión Europea más Islandia, Noruega y Liechtenstein.

asunto C-196/04 (NFIJ023535), a cuyo tenor la implantación real y la realización de actividades económicas efectivas excluye la transparencia fiscal internacional.

El legislador español ha utilizado la cláusula de actividad para dar respuesta y cumplimiento a la referida sentencia, de manera tal que la realización de actividades económicas inhibe, en el ámbito de la Unión Europea, la aplicación de la transparencia fiscal internacional cuando, además, el contribuyente acredite que la constitución y operativa de la entidad concernida responda a motivos económicos válidos (art. 100.16 Ley 27/2014).

El legislador español no ha extendido la cláusula de actividad a los Estados terceros, ni a los del Acuerdo EEE que no son miembros de la Unión Europea. La transposición de la directiva obligará, de una parte, a eliminar el requisito de motivos económicos válidos y, de otra, a extender la cláusula de actividad a los Estados miembros del Acuerdo EEE.

La forma en cómo los Estados miembros transpongan la cláusula de actividad, y más todavía la manera en cómo la apliquen, será una de las piedras de toque para valorar cuánto de sincero hay en las proclamas políticas de hacer tributar los beneficios de los grupos multinacionales.

3.6.3. Cláusula de mínimos

Se prevén cuatro cláusulas de mínimos. Dos, respecto de las rentas de la letra a) y otras dos respecto de las rentas de la letra b), del artículo 7.2. Todas las cláusulas tienen carácter optativo para los Estados miembros.

En relación con la renta de la letra a) se establecen dos cláusulas de mínimos, una de carácter general y otra específicamente dirigida a las sociedades financieras.

La cláusula de carácter general opera cuando la suma de las rentas tipificadas en la letra a) no rebase la tercera parte de la renta de la entidad no residente. Es similar a la de la transparencia fiscal internacional española, si bien el umbral de esta última es menos permisivo, pues está fijado en el 15 % de la renta (art. 100.5 Ley 27/2014).

La cláusula relativa a las sociedades financieras opera respecto de las rentas de las entidades crediticias, aseguradoras y reaseguradoras y del resto de las sociedades financieras, cuando las rentas obtenidas en operaciones con empresas asociadas no rebasan la tercera parte de la renta de la entidad no residente. Esta cláusula se solapará, habitualmente, con la cláusula de actividad, pues las operaciones crediticias, aseguradoras y financieras supondrán, habitualmente, una actividad económica ejecutada con el debido concurso de una organización de medios humanos y materiales.

La transparencia fiscal internacional española establece una cláusula similar para la renta de actividades financieras, crediticias y aseguradoras que determine gastos en una entidad residente en territorio español vinculada (art. 100.3 g) Ley 27/2014).

Las dos cláusulas son optativas, de manera tal que los Estados miembros podrán transponerlas, o no, al ordenamiento interno. Es claro que su transposición, en particular por lo que se refiere a la cláusula de carácter general, reducirá significativamente el alcance de la transparencia fiscal internacional.

En relación con la letra b), también se establecen dos cláusulas de mínimos.

La primera descansa en lo exiguo del resultado contable, esto es, no superior a 750.000 euros, a condición de que los ingresos no comerciales no rebasen los 75.000 euros.

La segunda pivota sobre la relación entre el resultado contable y los gastos de explotación, que se establece en el 10%.

La renta derivada de mecanismos falseados quedará, de esta manera, amparada y al margen de la transparencia fiscal internacional. Esto no parece lógico. Ese tipo de renta en modo alguno debería encontrar el amparo de una cláusula de escape, pues la irregularidad no es aceptable, aun cuando sea de baja intensidad. Pero es que, además, la segunda cláusula de escape puede coonestar rentas relativamente elevadas.

3.6.4. Otras cláusulas de escape

En las diferentes legislaciones están reconocidas otras cláusulas de escape. Así, entre otras, la cotización en mercado oficial, la demostración de la concurrencia de motivos económicos válidos, una política aceptable de distribución de los beneficios, la existencia de pérdidas en la entidad no residente o la residencia de la misma en un país fiscalmente correcto (lista blanca).

Ninguna de ellas está reconocida en la directiva antiabuso. Por tanto, los Estados miembros no podrán incorporarlas en sus respectivas legislaciones, en la medida en que pudieran implicar una vulneración del nivel mínimo de protección.

No obstante, si la renta susceptible de imputación es distribuida previamente al momento de la imputación, no habrá lugar a la misma, por cuanto dicha imputación se proyecta sobre las rentas no distribuidas. Por otra parte, habida cuenta de que tal distribución es imposible si la renta tipificada positiva es neutralizada por rentas no tipificadas negativas, podría entenderse que la existencia de pérdidas en la entidad no residente ocluye la imputación de las rentas positivas.

Más allá de las precisiones técnicas desarrolladas en los párrafos precedentes y, sin duda, mucho más importante para el cabal entendimiento de la directiva antiabuso, conviene reflexionar respecto del recorte que las cláusulas de escape pueden provocar en el campo de la transparencia fiscal internacional. Pues bien, parece claro que los Estados miembros que decidan transponer únicamente las rentas de la letra b) así como las dos cláusulas de mínimos inherentes a las mismas, realmente dejarán sus legislaciones, *de facto*, al margen de la transparencia fiscal interna-

cional. Incluso los que transpusieren las rentas de la letra a), también quedarán en una posición similar si aplican de manera generosa la cláusula de actividad.

3.6.5. Las listas de países

El párrafo segundo de la consideración 12) declara aceptables las *listas blancas, grises o negras de terceros países* siempre que sean elaboradas *conforme a determinados criterios establecidos en la presente directiva, y puedan incluir el nivel del tipo impositivo del impuesto sobre sociedades, o recurrir a listas blancas de Estados miembros elaboradas con arreglo a estos criterios*.

El criterio precedente no está recogido en el cuerpo normativo de la directiva antiabuso, pero parece claro que los Estados miembros podrán aplicarlo a los efectos de su transposición. Por tanto, podrán:

- Establecer listas blancas respecto de Estados terceros, considerando el tipo de gravamen efectivo del impuesto sobre sociedades, no el nominal, pues la directiva antiabuso convoca al nivel del tipo impositivo pero no a su valor nominal. Una lista blanca exclusivamente formada con el criterio de la existencia de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición no sería correcta.
- Establecer listas blancas de Estados miembros, sin cortapisa alguna, en las que, incluso, podrían estar comprendidos todos ellos. También serían válidas, por tanto, las que no contuvieran a todos los Estados miembros, pero la discriminación debería estar justificada sobre la base del nivel del tipo impositivo. Naturalmente, la no inclusión en la lista blanca no impediría la aplicación de la cláusula de actividad económica, pues la misma es obligatoria en relación con los Estados miembros.
- Establecer listas negras y grises, esto es, que contengan excepciones respecto de determinadas entidades residentes en Estados incursos en la lista blanca, pero solamente respecto de Estados terceros.

Las listas blancas permiten recortar, adicionalmente, el campo de aplicación de la transparencia fiscal internacional.

3.7. LIQUIDACIÓN DE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Comprende las siguientes operaciones:

- Determinación del importe de la renta a imputar.
- Determinación de los contribuyentes que deben soportar la imputación.

- Determinación del periodo impositivo de la imputación.
- Tratamiento de los impuestos que han recaído sobre la renta imputada.
- Tributación de los dividendos distribuidos por la entidad no residente.
- Tributación de las rentas derivadas de la transmisión de la participación sobre la entidad no residente.

3.7.1. Determinación de la renta a imputar

Los apartados 1 y 2 del artículo 8 regulan esta materia, distinguiendo entre las rentas de la letra a) y aquellas de la letra b).

Una lectura superficial de los dos apartados podría llevar a la conclusión de que en el caso de las rentas de la letra a) se imputa la totalidad del resultado contable de la entidad no residente, por cuanto en el caso de las rentas de la letra b) se especifica que la imputación se limita a las rentas expresamente afectadas. Esta lectura, seguramente auspiciada por una redacción deficiente del apartado 2, que confunde el acotamiento de la renta imputable con la determinación de su importe, no sería correcta. En efecto, la renta que se imputa es la tipificada en cada una de las clases o categorías de la letra a), pero no el resultado contable de la entidad que percibe tales rentas.

En el caso de las rentas de la letra a), su importe se determina de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades del contribuyente llamado a soportar la imputación. Por tanto, aun cuando las rentas imputables sean las mismas para todos los Estados miembros, el importe puede ser diferente. En particular, las diferencias más acusadas se presentarán en los dividendos y plusvalías de cartera, pues si bien la exención de esas rentas está muy extendida, los requisitos que la habilitan distan de ser homogéneos.

El efecto práctico, respecto de aquellos Estados miembros que, como España, han establecido amplias exenciones para los dividendos y plusvalías de acciones es que, aun cuando las rentas de este tipo obtenidas por las entidades *holding* sean susceptibles de imputación, la transparencia fiscal internacional no supondrá una carga tributaria adicional, por cuanto el importe de la renta imputada será nulo, bajo el cumplimiento de los requisitos que habilitan la exención (art. 21 Ley 27/2014).

Esta regla de determinación del importe de la renta es la que sigue la transparencia fiscal internacional española (art. 100.9 Ley 27/2014).

En el caso de las rentas de la letra b), no hay una remisión a las normas del impuesto sobre sociedades del contribuyente, sino dos normas específicas. Por la primera, mediante una fórmula alambicada, el importe de la renta se constriñe a la derivada de mecanismos falseados, más precisamente, a la imputable a los activos y los riesgos vinculados a las funciones de las personas influyentes ejercidas por la sociedad que realiza el control, y, por la segunda, se apela a un

cálculo de conformidad con el principio de plena competencia. Las dos reglas cumplen funciones diferentes. La primera acota la renta imputable, la segunda delimita su importe por referencia a un principio básico de la fiscalidad internacional.

Poniendo en relación la letra b) del artículo 7.2 con el apartado 2 del artículo 8, se llega a la conclusión de que la entidad no residente, o bien no ha asumido efectivamente los riesgos y activos de los que se deriva la renta sino que tal asunción es imputada, o bien tal asunción solo se explica, en términos económicos, por la relación de dependencia o control respecto de la entidad dominante del grupo de empresas al que pertenece. En tal caso, la vía de la transparencia fiscal internacional no puede hurtarse al principio que rige las operaciones entre partes vinculadas, esto es, el principio de plena competencia.

Ahora bien, si la interpretación precedente es correcta, la letra b) está tipificando como renta imputable una renta que hubiera podido ser imputada por aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas, en el caso de España, las contenidas en el artículo 18 de la Ley 27/2014.

La renta tipificada ha de tener carácter positivo. La renta tipificada negativa no se imputará, pero podrá compensar rentas tipificadas positivas de periodos impositivos futuros.

Cuestión distinta es que converjan en la entidad no residente rentas positivas tipificadas con rentas negativas no tipificadas, de manera tal que el saldo sea una renta negativa o pérdida. En tal caso, es dudoso que proceda la imputación, como se comentó anteriormente.

En la transparencia fiscal internacional española, las rentas tipificadas negativas no se imputan pero, por aplicación de la regla de compensación de bases imponibles negativas, podrán aminorar las rentas tipificadas positivas de ejercicios futuros.

Por otra parte, la cuantía de la renta imputable no podrá exceder de la renta total de la entidad no residente (art. 100.9 Ley 27/2014).

3.7.2. Contribuyentes imputables

De acuerdo con el artículo 8.3, las rentas, determinadas conforme a lo previsto en los apartados anteriores, se imputarán en función de la proporción de la participación del contribuyente en la entidad, tal como se define en el artículo 7, apartado 1, letra a).

Por tanto, serán contribuyentes imputables las entidades jurídicas o establecimientos permanentes que ostenten alguna de las relaciones de participación enumeradas en dicho precepto.

No todas las entidades o establecimientos permanentes que forman parte del grupo de control, en el sentido del artículo 7.1 a), soportarán la imputación, pues las que no sean residentes o no se hallen ubicados, respectivamente, en el territorio de un determinado Estado miembro no lo harán, excepto si son residentes o están ubicados en el territorio de otro Estado miembro. En efec-

to, la imputación versa sobre las entidades o establecimientos permanentes que, formando parte del grupo de control, tienen la condición de contribuyentes del impuesto sobre sociedades en cualquier Estado miembro. De esta manera, la imputación prevista en la directiva puede afectar a contribuyentes de un solo Estado miembro o a contribuyentes de varios Estados miembros. Y es posible que, ante los mismos hechos, en un Estado miembro haya contribuyentes imputables y en otro u otros no, dependiendo, básicamente, del tipo de rentas tipificadas y de las cláusulas de escape incorporadas por cada Estado miembro.

La imputación mediante participación indirecta determina que la misma renta pueda ser imputada en sede de dos o más contribuyentes, sea por el mismo Estado miembro, por dos o más Estados miembros o por Estados terceros, pero de ello no se derivará exceso de imposición, por aplicación de la regla de reconocimiento de créditos fiscales prevista en el artículo 8.7.

En la transparencia fiscal internacional española esa duplicidad no se presenta, por cuanto la participación indirecta que se toma en consideración es la tenida a través de otra u otras entidades no residentes (art. 100.7 Ley 27/2014).

El apartado 3 no precisa el momento temporal en el que debe concurrir la relación de participación, pero interpretado conjuntamente con el apartado 4, del mismo artículo, parece que debe referirse al día en que termine el periodo impositivo de la entidad no residente. Esta es la solución de la transparencia fiscal internacional española (art. 100.1 a) Ley 27/2014).

3.7.3. Periodo impositivo de la imputación

La imputación surte efectos en relación con el periodo impositivo del contribuyente en el que está comprendido el día en el que finaliza el periodo impositivo de la entidad no residente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.4.

La transparencia fiscal internacional española adopta el ejercicio social en vez del periodo impositivo o ejercicio fiscal, pero se cuida de precisar que aquel no podrá tener una duración superior a 12 meses (art. 100.8 Ley 27/2014).

3.7.4. Distribución de dividendos por la entidad no residente

Los dividendos o participaciones en beneficios que, de acuerdo con la legislación interna del Estado miembro correspondiente, deban integrarse en la base imponible del contribuyente, lo harán minorados en el importe de la renta imputada. De esta manera, el artículo 8.5 pretende *garantizar que no se produzca doble imposición*.

Una solución semejante ofrece la transparencia fiscal internacional española (art. 100.10 Ley 27/2014).

La norma de minoración del dividendo en el importe de la renta imputada debe aplicarse aun cuando los dividendos disfruten de exención de acuerdo con las reglas generales, por cuanto la regla especial prevalece sobre la general, sin perjuicio de que, una vez practicada la minoración, el importe del dividendo excedente pueda acogerse a la exención.

Será en la distribución de beneficios con cargo a reservas donde surjan algunas dificultades para aquilatar la correspondencia entre el beneficio distribuido y la renta imputada. La transparencia fiscal internacional establece, a tal efecto, una regla convencional (art. 100.10 Ley 27/2014).

La minoración deberá producirse en sede del contribuyente que, siendo perceptor del dividendo, sufrió la imputación, pero no del contribuyente perceptor del dividendo que no sufrió la imputación. Este dividendo no será, para este último, un fruto, sino una recuperación del valor de la inversión.

Es interesante observar que la norma del artículo 8.5 procura la eliminación de la doble imposición económica internacional respecto de los dividendos distribuidos por entidades afectas al régimen de transparencia fiscal internacional, incluso en relación con Estados miembros cuyo régimen general de imposición no contemple dicha eliminación.

De esta manera, la transparencia fiscal internacional contenida en la directiva antiabuso no solo no determina doble imposición sino que la elimina, incluso en supuestos que, por el grado de participación, no ameritarían la aplicación de la directiva matriz-filial, o que estarían fuera de su ámbito de aplicación por provenir el dividendo de entidades residentes en Estados terceros.

3.7.5. Transmisión de la participación sobre la entidad no residente

El importe de la renta obtenida en la transmisión de la participación sobre la entidad no residente o de los elementos patrimoniales del establecimiento permanente deberá minorarse en el de la renta previamente imputada, a fin de evitar la doble imposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.6.

No procederá, por tanto, la minoración, en la medida en que la renta imputada hubiera determinado la minoración de los dividendos previamente distribuidos, en los términos previstos en el artículo 8.5.

De esta manera, el artículo 8.6 incorpora el denominado valor de titularidad, esto es, el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, se correspondan con rentas que hubieren sido previamente imputadas.

Esta regla está recogida en la transparencia fiscal internacional española (art. 100.12 Ley 27/2014).

Se notará que, al igual que acontecía respecto de los dividendos, la norma del artículo 8.6 procura la eliminación de la doble imposición económica aun cuando el régimen general no lo hiciera y, desde luego, superando las previsiones de la directiva matriz-filial, por cuanto la misma no se proyecta sobre la doble imposición económica inherente a las plusvalías obtenidas en la transmisión de la participación.

Se da así pleno cumplimiento al propósito contenido en la consideración 5), a cuyo tenor, *las normas no solo deben tener por objeto contrarrestar las prácticas de elusión fiscal, sino también evitar la creación de otros obstáculos al mercado, como, por ejemplo, la doble imposición.*

3.7.6. Créditos de impuestos pagados, respecto de la renta imputada, por la entidad o establecimiento permanente

El artículo 8.7 establece la deducción del *impuesto pagado*, respecto de la renta imputada, por la entidad no residente o establecimiento permanente. Este impuesto es el que recae sobre los beneficios de la entidad no residente o del establecimiento permanente, en la medida en que se corresponda con la renta imputada.

El importe de la deducción se calculará de acuerdo con la *legislación nacional*, de manera que la misma podrá limitar la deducción del referido impuesto en los términos de la denominada «imputación ordinaria».

Las retenciones que pudieran haberse practicado respecto a dividendos nutridos con beneficios o rentas que fueron objeto de imputación no están contempladas en el artículo 8.7. Estas retenciones normalmente son deducibles de la cuota, de acuerdo con la legislación interna o los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, con el límite de la deuda tributaria derivada de tales beneficios. Mas, como quiera que dicha deuda tributaria no se presenta, o no se presenta totalmente, debido a la no inclusión en la base imponible prevista en el artículo 8.5, es dudoso que proceda la deducción.

El silencio de la directiva habilita a los Estados miembros para adoptar la solución que estimen pertinente, pero la adecuada, de acuerdo con la finalidad de evitar la doble imposición o el exceso de imposición, es permitir la deducción no solo del impuesto subyacente que ha recaído sobre los beneficios, sino también de la retención.

La transparencia fiscal internacional española ha previsto y regulado esta situación, admitiendo la deducción, tanto del impuesto subyacente como de la retención, bajo la limitación propia de la imputación ordinaria (art. 100.11 Ley 27/2014).

3.8. RELACIÓN CON LOS CONVENIOS BILATERALES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Un tema clásico de la transparencia fiscal internacional es la posibilidad de aplicarla cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, esto es, cuando la entidad no residente o el establecimiento permanente tienen su residencia o su ubicación, respectivamente, en un país que está vinculado por un convenio con el país en el que reside o se halle ubicado el contribuyente.

La directiva antiabuso no se ha hecho eco de esta cuestión.

Más allá del debate doctrinal, debe señalarse que la OCDE la ha abordado en los comentarios al Modelo de Convenio. Los primeros comentarios se incorporaron en 1992. Bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, estos comentarios fueron favorables a la compatibilidad de la transparencia fiscal internacional con los convenios. En 2003 se produjeron nuevos comentarios que acentuaron la posición favorable a la compatibilidad. El Plan de Acción BEPS y el informe final de la Acción 6 han continuado por dicha senda.

Los comentarios de 2003 pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Las normas sobre transparencia fiscal internacional son un instrumento legítimo para proteger la correcta formación de la base imponible¹⁵.
- El literal del artículo 7 del Modelo de Convenio, que en unión de los artículos 1, 4 y 5 establece la arquitectura de lo que se podría denominar el sistema de tributación internacional sobre los beneficios, no fundamenta un rechazo de la transparencia fiscal internacional¹⁶.
- La tributación de unos beneficios que todavía no han sido distribuidos no violenta el régimen de tributación de los dividendos¹⁷.

¹⁵ Un significativo número de Estados miembros y no miembros de la OCDE han adoptado normas sobre transparencia fiscal internacional. Aunque su contenido es variado, una característica común de estas reglas «[...] las cuales son en la actualidad reconocidas como un instrumento legítimo para proteger la base imponible domestica [...]» es que las mismas permiten a un Estado contratante gravar a sus residentes sobre la renta atribuible a su participación en ciertas entidades extranjeras (comentario 23, párrafo primero). Los Estados que adoptan normas sobre transparencia fiscal internacional buscan mantener la equidad y neutralidad de sus sistemas fiscales en un escenario internacional caracterizado por muy diferentes presiones fiscales, si bien, tales normas solamente deberían ser utilizadas con tal finalidad (comentario 26, párrafo primero, art. 1).

¹⁶ En ocasiones se ha argumentado, con base en ciertos preceptos del convenio tales como los artículos 7.1 y 10.5, que la legislación sobre transparencia fiscal internacional está en conflicto con dichos preceptos. Estos argumentos no son consistentes (comentario 23, párrafo segundo). El comentario 10.1 al artículo 7 no encuentra incompatibilidad entre lo previsto en dicho precepto y la transparencia fiscal internacional porque «[...] el propósito del párrafo 1 (del artículo 7) es establecer límites al derecho de un Estado contratante a gravar los beneficios de las empresas que residen en el otro Estado contratante. El párrafo no limita el derecho del Estado contratante a gravar a sus propios residentes bajo la legislación sobre transparencia fiscal internacional incluso aunque tal tributación impuesta sobre esos residentes pueda ser calculada por referencia a la parte de los beneficios de una empresa que es residente en el otro Estado contratante la cual es atribuible a la participación de estos residentes en esa empresa. La tributación así exigida por un Estado sobre sus propios residentes no reduce los beneficios de la empresa del otro Estado y no puede, en consecuencia, considerarse que ha gravado tales beneficios [...]». (Tras la versión del Modelo de Convenio de 2010 el comentario precedente no ha sido modificado, si bien lleva el número 14).

¹⁷ El comentario 37 al artículo 10 establece que «[...] podría argumentarse que en el caso en que el país de residencia del contribuyente, aplicando la legislación sobre transparencia fiscal internacional u otras normas con similar efecto

- Si el convenio bilateral para eliminar la doble imposición establece el método de exención respecto de los dividendos, a los efectos de eliminar la doble imposición económica, podría tener fundamento la alegación de que la transparencia fiscal internacional frustra la aplicación de ese método¹⁸.
- Debieran reconocerse, como créditos de impuesto, los que han gravado la renta imputada¹⁹.
- No es necesario especificar en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición que las normas sobre transparencia fiscal internacional son aplicables²⁰. Algunos convenios suscritos por España contienen esa especificación, pero ello no fundamentaría un argumento de rechazo de la transparencia fiscal internacional en relación con los convenios que no la contuvieran.

busca gravar los beneficios que no han sido distribuidos, está actuado contra lo previsto en el apartado 5 (del artículo 10). Sin embargo, debería notarse que tal apartado regula exclusivamente la tributación en la fuente y, en consecuencia, no tiene efecto en relación con la tributación en residencia bajo tal legislación. Además, el apartado en cuestión se refiere solo a la tributación de la compañía y no a la del socio [...].»

- ¹⁸ El comentario 38 al artículo 10 se refiere a la compatibilidad entre la exención de dividendos de fuente extranjera y la transparencia fiscal internacional, y establece que «[...] la aplicación de tal legislación (transparencia fiscal internacional) puede, sin embargo, complicar la aplicación del artículo 23 (métodos para la eliminación de la doble imposición). Si la renta fuera atribuida al contribuyente cada parte de la misma tendría que ser tratada bajo la correspondiente disposición del convenio (renta de empresa, intereses, cánones). Si el importe es tratado como un presunto dividendo, entonces, dicho dividendo claramente deriva de la base imponible de la compañía, constituyendo de esta manera renta del país de la compañía. Incluso en ese caso no es en modo alguno claro si el importe gravable tiene que ser considerado como dividendo en el sentido del artículo 10 o como a otra renta en el sentido del artículo 21. Bajo la transparencia fiscal internacional el importe gravable es tratado como un dividendo con el resultado de que una exención establecida por el convenio, como por ejemplo, la exención-participación, es también aplicable a ella. Es dudoso si el convenio obliga a tal exención. Si el país de residencia considera que no es así, podría enfrentarse con la alegación de que gravando el dividendo anticipadamente está obstruyendo la aplicación de la exención-participación [...].»
- ¹⁹ El comentario 39 al artículo 10 aborda la cuestión del tratamiento que corresponde al dividendo distribuido por la entidad no residente. Parece claro que el país de la fuente puede sujetar el dividendo a retención porque «[...] existe un dividendo en el sentido del convenio [...]». Por su parte, el país de la residencia «[...] aplicará los métodos normales para eliminar la doble imposición (exención o imputación). Esto implica que la retención en la fuente debería ser admitida como crédito de impuesto por el país de la residencia, incluso si el beneficio distribuido ha sido gravado años antes bajo las normas sobre transparencia fiscal internacional [...]». Sobre esta conclusión general, el comentario apunta que cuando el ejercicio del dividendo y el de la tributación en transparencia fiscal internacional no es el mismo, podría ser dudoso que el país de residencia tuviera que admitir la retención en la fuente como crédito de impuesto, porque podría alegarse que, puesto que el dividendo no se grava como tal (ya se ha gravado antes en virtud de la transparencia fiscal internacional), «[...] no existe base para el crédito [...]». Ahora bien, el comentario, a su vez, rebate tal posición porque «[...] el propósito del convenio quedaría frustrado si el crédito de impuesto fuera eludido a causa de la anticipación del impuesto derivada de la transparencia fiscal internacional. Por tanto, como principio general, el crédito debería ser otorgado [...] si bien, los contribuyentes que recurren a negocios artificiales están tomando riesgos contra los que no puedan ser salvaguardados absolutamente por las autoridades fiscales [...]».
- ²⁰ Aunque algunos países han entendido útil clarificar expresamente en sus convenios que la transparencia fiscal internacional no entra en conflicto con los mismos, tal clarificación no es necesaria. Es reconocido que la legislación sobre la transparencia fiscal internacional no es contraria a los convenios (comentario 23, párrafo tercero, art. 1).

- La transparencia fiscal internacional no debería ser aplicada cuando la renta afectada soporta una tributación similar a la que soportaría en sede del contribuyente²¹.
- No existe una lista de rentas idóneas para estar sujetas a transparencia fiscal internacional, ni tampoco de rentas que debieran quedar excluidas de la misma, aun cuando en los comentarios de 1992 se indicaba que las de carácter empresarial no eran aptas. En el informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS, aun cuando no se rechaza la imputación de la totalidad de la renta, es lo cierto que se efectúa un análisis de la renta susceptible de imputación dividido en tres categorías, en las cuales las rentas derivadas de actividades empresariales ordinarias no aparecen descritas.

En el informe final de la Acción 6 del proyecto BEPS, se aborda la cuestión de la relación entre los convenios bilaterales para evitar la doble imposición y la transparencia fiscal internacional, proponiendo a tal efecto la inclusión de un nuevo texto en los comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio, del que cabe destacar una idea que ya estaba presente en los comentarios sobre la materia incorporados en 1992, a saber, que la transparencia fiscal internacional versa sobre hechos imponibles que afectan a los residentes.

Este es un argumento importante, por cuanto respecto de esos hechos imponibles el otro Estado contratante carece de competencias, pero no es un argumento dirimente, porque ese Estado sí puede tener interés en proteger las inversiones que en el mismo realizan los residentes del otro Estado contratante a través del establecimiento de entidades filiales, y un aspecto de esa protección es que las rentas obtenidas por las mismas no estén afectadas por la transparencia fiscal internacional.

La posición de la OCDE favorable a la compatibilidad entre los dos conjuntos normativos ha quedado ratificada en el texto que, en el informe final de la Acción 6, se propone incluir en el cuerpo de los comentarios al Modelo de Convenio, el cual viene a ser una síntesis de los criterios precedentes²².

²¹ Como regla general, las normas sobre transparencia fiscal internacional no deberían ser aplicadas en el caso en que la correspondiente renta ha estado sujeta a un gravamen comparable a aquel en el que reside el contribuyente (comentario 26, párrafo segundo, art. 1).

²² «Un número significativo de países ha adoptado una normativa en materia de transparencia fiscal internacional –CFC– para combatir el uso de sociedades extranjeras controladas. Aunque el contenido de cada normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC–, hoy en día considerada en el ámbito internacional como un instrumento legítimo para proteger la base imponible nacional, varía considerablemente en función del país, todas ellas comparten un rasgo común, y es que permiten que un Estado contratante grave a sus residentes por la renta atribuible a su participación en determinadas entidades extranjeras. A veces se ha argumentado, basándose en cierta interpretación de determinadas disposiciones del Convenio como el apartado 1 del artículo 7 y el apartado 5 del artículo 10, que el citado rasgo común de las normativas sobre transparencia fiscal internacional –CFC– es contrario a dichas disposiciones. Sin embargo, puesto que este tipo de normativa da lugar a que un Estado grave a sus propios residentes, el apartado 3 del artículo 1 confirma que no contraviene los convenios. Se puede llegar a esta misma conclusión respecto de los convenios que no integren una cláusula similar a la del apartado 3 del artículo 1; por las razones explicadas en los párrafos 14 del Comentario al artículo 7 y 37 del Comentario al artículo 10, la interpretación según la cual estos artículos impedirían

Bien se comprende que la compatibilidad de la transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición es crucial para la implantación pacífica de los artículos 7 y 8 de la directiva antiabuso. La primacía del ordenamiento comunitario resolvería, ciertamente, cualquier fricción que pudiera presentarse en las relaciones entre Estados miembros, pero no en las relaciones entre Estados miembros y Estados terceros, de manera tal que, ante una eventual incompatibilidad, no habría otra salida que la renegociación.

De aquí la importancia de los comentarios al Modelo de Convenio favorables a la compatibilidad.

Ciertamente, la regulación contenida en la directiva antiabuso, centrada en rentas asociadas a una irregularidad (letra b), o en rentas de carácter pasivo, u obtenidas con infracción de las normas sobre precios de transferencia (letra a), ayuda a sostener la compatibilidad. El mismo papel juega la cláusula de actividad, cuya extensión a los países con convenio sería una medida prudente que, aunque no exigida por la directiva, cabe perfectamente en el tenor literal de las dos reglas que regulan dicha cláusula.

Resta un aspecto incierto, a saber, la aplicación de la transparencia fiscal internacional en relación con un convenio bilateral que exima los dividendos. El último párrafo del informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS, relativo a la transparencia fiscal internacional, no es nada alentador²³.

Este párrafo final puede ser entendido bien como la confirmación de que el método de exención rechaza la aplicación de la transparencia fiscal internacional o, simplemente, como una indicación de la conveniencia de que la renta imputable no se califique a modo de beneficio sino, más bien, en atención a su naturaleza o, cuando menos, a modo de categoría específica de renta, por cuanto así quedaría salvada la confrontación, al menos formalmente.

Los artículos 7 y 8 de la directiva antiabuso no abordan esta delicada cuestión. Los Estados miembros podrán, por consiguiente, adoptar el criterio que estimen pertinente. Ciertamente, a costa de padecer, más aún si cabe, la finalidad propia de la armonización.

Un caso, ampliamente difundido, de la relación entre los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional y la transparencia fiscal internacional lo proporcionó la sentencia Schneider (2002) del Consejo de Estado francés, la cual apreció, en relación con el artículo 209

la aplicación de la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no es conforme al texto del apartado 1 del artículo 7 y el apartado 5 del artículo 10. Tampoco puede mantenerse esta interpretación cuando se leen estas disposiciones en su contexto. Por ello, aunque algunos países hayan considerado que es útil precisar expresamente en sus convenios que la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no es contraria al Convenio, dicha precisión es innecesaria. Se reconoce que la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– que presenta esta configuración no contraviene las disposiciones del Convenio (nuevo comentario al art. 1)».

²³ «Los Estados deberían, por ello, revisar cuidadosamente las correspondientes normas de los convenios fiscales al diseñar las normas CFC a los efectos de garantizar que no están inopinadamente obligados a aplicar el método de exención a las rentas que ellos desean gravar bajo las normas CFC».

B del Code, relativo a la transparencia fiscal internacional francesa, la existencia de incompatibilidad. La nueva redacción de la normativa sobre transparencia fiscal internacional (2005), sobre la base de modificar la calificación de la renta imputable y la incorporación de la cláusula de escape de actividad económica, así como de la prueba de estructura artificiosa, distribuida entre la administración fiscal y el contribuyente según la naturaleza, cooperativa o no, de la jurisdicción fiscal concernida, parece haber superado la incompatibilidad, a tenor de ulteriores sentencias²⁴.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo italiano de 16 de diciembre de 2015 ha confirmado la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional italianas con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, y con el ordenamiento comunitario, sobre la base de tomar en consideración la cláusula de actividad y la no desviación de rentas hacia entidades localizadas en jurisdicciones fiscales incursas en la lista negra²⁵.

3.9. RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

La relación entre el ordenamiento comunitario y la transparencia fiscal internacional está recogida en la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, del Tribunal de Justicia²⁶. La sentencia despliega un conjunto de argumentos que pueden resumirse de la siguiente manera:

- La constitución de una entidad filial en otro Estado miembro para disfrutar de un régimen fiscal ventajoso no implica, necesariamente, un abuso de la libertad de establecimiento²⁷.
- La transparencia fiscal internacional trata peor a las entidades filiales no residentes por comparación con las residentes²⁸.

²⁴ GAOUA, N. y RIBEIRO, A.: «French CFC Legislation: An Illustration of Recovery from a "Tax Treaty Override" Situation», *European Taxation*, núm. 9, vol. 53, 2013.

²⁵ AVELLA, F. y MOLLIKA, V.: «Italian Supreme Court Holds CFC Rules Are Compatible with EU Law and Tax Treaties», *European Taxation*, núm. 7, vol. 56, 2016.

²⁶ Asunto C-196/04 (NFJ023535): «Los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. Por consiguiente, la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada sociedad controlada está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas».

²⁷ «37. Por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que la circunstancia de que la sociedad se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí sola, suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de dicha libertad [...]».

²⁸ «44. En efecto, cuando la sociedad residente haya constituido una SEC en un Estado miembro en el que esta esté sujeta a un nivel de tributación inferior en el sentido de la legislación sobre las SEC, los beneficios obtenidos por dicha

- Esa diferencia de trato determina una restricción a la libertad de establecimiento²⁹.
- La restricción está justificada, en la medida en que la transparencia fiscal internacional esté diseñada para superar los efectos derivados de los montajes puramente artificiales con finalidad de fraude o evasión fiscal³⁰.
- La constatación de la existencia de un montaje artificial debe realizarse mediante el examen de las circunstancias concurrentes. Debe descartarse la existencia de un montaje artificial cuando la entidad controlada se halle implantada en el Estado miembro de su residencia, de manera tal que realice actividades económicas efectivas³¹.
- A tal efecto, deben tomarse en consideración los medios humanos y materiales de los que disponga la entidad³².

sociedad controlada se atribuyen, en virtud de dicha legislación, a la sociedad residente, que tributa por esos beneficios. En cambio, cuando la sociedad controlada se haya constituido y tribute en el Reino Unido o en un Estado en el que no esté sujeta a un nivel de tributación inferior en el sentido de la citada legislación, esta última no es aplicable y, conforme a la legislación del Reino Unido relativa al impuesto de sociedades, la sociedad residente no tributa, en tales circunstancias, por los beneficios de la sociedad controlada».

²⁹ «46. Como alegan las demandantes en el asunto principal, Irlanda y la Comisión de las Comunidades Europeas, el distinto trato fiscal derivado de la legislación sobre las SEC y la desventaja de ello resultante para las sociedades residentes que disponen de una filial sujeta, en otro Estado miembro, a un nivel de tributación inferior pueden obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento por dichas sociedades, disuadiéndolas de crear, adquirir o mantener una filial en un Estado miembro en el que esta se encuentra sujeta a tal nivel de tributación. Constituyen así una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido de los artículos 43 CE y 48 CE».

³⁰ «54. Habida cuenta de este objetivo de integración en el Estado miembro de acogida, el concepto de establecimiento, en el sentido de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en dicho Estado por una duración indeterminada [...] Por consiguiente, supone una implantación real de la sociedad de que se trate en el Estado miembro de acogida y el ejercicio de una actividad económica efectiva en este.

55. De ello se deduce que para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser 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».

³¹ «64. La constatación de la existencia de tal montaje exige en efecto, además de un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener una ventaja fiscal, que resulte de elementos objetivos que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por el Derecho comunitario, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento, tal y como aparece recogido en los apartados 54 y 55 de la presente sentencia [...].

65. En estas circunstancias, para que la legislación sobre las SEC sea conforme al Derecho comunitario, la aplicación del régimen de tributación previsto por la citada legislación debe quedar descartada cuando, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la constitución de una SEC responda a una realidad económica.

66. Dicha constitución ha de corresponderse con una implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida, como se desprende de la jurisprudencia recordada en los apartados 52 a 54 de la presente sentencia».

³² «67. Como sugirieron el Gobierno del Reino Unido y la Comisión en la vista, dicha constatación debe basarse en elementos objetivos y verificables por terceros relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere.

- En todo caso, debe ofrecerse al contribuyente de la transparencia fiscal internacional la posibilidad de probar que la entidad controlada realiza actividades económicas³³.

El núcleo del razonamiento del Tribunal de Justicia concerniente a la justificación de la transparencia fiscal internacional reside en la realización de actividades económicas, las cuales se manifiestan a través de locales, personal y equipos.

En el segundo párrafo del considerando 12) de la directiva antiabuso, se indica que *para respetar las libertades fundamentales, conviene combinar las categorías de rentas previstas con una exclusión sustancial destinada a limitar, dentro de la Unión, el impacto de las normas a los casos en que la SEC de que se trate no realice una actividad económica de importancia*.

La directiva antiabuso confía a la cláusula de actividad, esto es, a la inaplicación de la imputación respecto de la renta obtenida en el curso de la realización de actividades económicas substanciales, la adecuación de la transparencia fiscal internacional al ordenamiento comunitario.

La cláusula de actividad, de aplicación obligatoria en el ámbito de la Unión Europea en relación con las rentas de la letra a), responde perfectamente al tenor de la sentencia *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04 (NFJ023535), sin que su no aplicación a las rentas de la letra b) deba causar incomodidad alguna, habida cuenta que las mismas derivan de mecanismos falseados.

La transparencia fiscal internacional española no se aplica, en relación con el ámbito de la Unión Europea, cuando el contribuyente acredite que la constitución de la entidad no residente obedece a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas (art. 100.16 Ley 27/2014).

Como quiera que la libertad afectada sea la de establecimiento, la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia debe ser tomada en consideración cuando la entidad controlada resida o el establecimiento permanente se halle ubicado, respectivamente, en un Estado miembro, pero no en un Estado tercero. Con todo, lo aconsejable es extender la cláusula de actividad, respecto de rentas de la letra a), cuando medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, para evitar roces con el principio de no discriminación.

68. Si de la verificación de tales elementos se dedujese que la SEC constituye una implantación ficticia que no ejerce ninguna actividad económica efectiva en el territorio del Estado miembro de acogida, debería considerarse que la creación de dicha SEC tiene el carácter de un montaje puramente artificial. Así podría suceder, en particular, en el caso de una filial "fantasma" o "pantalla" [...].

69. En cambio, como ha señalado el Abogado General en el punto 103 de sus conclusiones, la circunstancia de que las actividades correspondientes a los beneficios de la SEC podrían además haber sido realizadas por una sociedad establecida en el territorio del Estado miembro en el que se encuentra implantada la sociedad residente no puede permitir llegar a la conclusión de que existe un montaje puramente artificial».

³³ «70. Debe ofrecerse a la sociedad residente, que es la mejor situada al efecto, la posibilidad de aportar elementos relativos a la realidad de la implantación de la SEC y al carácter efectivo de las actividades de esta».

3.10. MODIFICACIONES DE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL QUE DEBERÁ ACOMETER EL LEGISLADOR ESPAÑOL

Seguidamente se efectúa un esbozo, bajo la hipótesis de que el legislador español desee mantener el nivel de protección actual. No se abordan, por tanto, las materias en las que no será preciso efectuar modificación alguna como son, básicamente, las concernientes al control, al régimen fiscal privilegiado y a la liquidación de la transparencia fiscal internacional.

3.10.1. Rentas afectadas

Aun cuando se puede trazar una correspondencia bastante ajustada entre las rentas tipificadas en el artículo 7.2 a) de la directiva antiabuso y las tipificadas en el artículo 100.3 de la Ley 27/2014, hay algunas divergencias entre los dos elencos que el legislador español habrá de superar. En este sentido, deberá:

- Incorporar las rentas del arrendamiento financiero.
- Incorporar las rentas procedentes de actividades de seguros, actividades bancarias u otras actividades financieras.
- Incorporar las rentas derivadas de operaciones vinculadas en las que la entidad no residente añada escaso valor.
- Suprimir las normas que permiten la exclusión de ciertos dividendos e intereses.

Por el contrario, la renta del artículo 7.2 b) de la directiva antiabuso no estará obligado a incorporarla, por cuanto la misma tiene carácter alternativo respecto de la renta tipificada en la letra a), siendo esta última la que mejor se aviene a los criterios tradicionales de la transparencia fiscal internacional española.

Así pues, el elenco de las rentas tipificadas está llamado a aumentar significativamente.

Sin embargo, no es de esperar que el legislador español sujete a la transparencia fiscal internacional las rentas de las entidades de crédito, aseguradoras y financieras, pues uno de los designios del legislador de la Ley 42/1994, respetado por el de la Ley 27/2014, fue no afectar a las rentas derivadas de actividades empresariales. Lo propio cabe decir en relación con las rentas del arrendamiento financiero pues, por lo común, se obtienen en el curso de la realización de actividades económicas. La solución técnica consistirá, probablemente, en incorporar, en toda su amplitud, la cláusula de actividad económica.

El espectro de los dividendos afectados se ensanchará tras la transposición, puesto que la directiva antiabuso no contiene ninguna excepción respecto de los mismos, en tanto que la Ley

27/2014 excluye de la imputación a aquellos en los que concurre una nota empresarial (art. 100.3 b) 1.º, 3.º y 4.º) o que derivan de una participación significativa (art. 100.4). Los de matiz empresarial podrán ser recortados por la cláusula de actividad económica, y también los que derivan de una participación significativa mantenida con la finalidad de dirigir y gestionar las actividades de la entidad participada, según quedó expuesto en el apartado correspondiente al análisis de la cláusula de actividad, lo que supone una implicación en las actividades de la entidad participada que rebasa la mera finalidad de *dirigir y gestionar la participación* del artículo 100.4 de la Ley 27/2014, de manera tal que, en este punto, la directiva antiabuso es más exigente que la transparencia fiscal internacional española.

No obstante, el efecto práctico de esa mayor exigencia, a la que deberá atender el legislador español en su tarea de transposición carecerá, por lo general, de efectos prácticos, habida cuenta del juego conjunto de la regla de determinación del importe de la renta de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades que recae sobre el contribuyente y de la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014.

Con los intereses acontece algo similar, pues la directiva antiabuso no contiene excepción alguna, en tanto que la Ley 27/2014 excluye de la imputación a los derivados de operaciones de financiación intragrupo de actividades empresariales realizadas por entidades no residentes en territorio español. Una vez más la cláusula de actividad económica podría ser el remedio.

En cuanto a las rentas derivadas de operaciones vinculadas, la mayor parte de los supuestos estarán comprendidos en el artículo 100.2, mas como quiera que su párrafo tercero, relativo a la idoneidad sanadora de los medios humanos y materiales de otra entidad no residente en territorio español perteneciente al mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, lo debilita inopinadamente, en relación con este tipo de renta habrá de producirse una nueva tipificación. No obstante, se trata de un supuesto absolutamente residual, por cuanto la aplicación del principio de libre concurrencia del artículo 18 de la Ley 27/2014 es la vía preferente para sujetar a tributación estas rentas.

3.10.2. Las cláusulas de escape

Todas las cláusulas de escape tienen carácter optativo. Los Estados miembros pueden transponerlas, o no. Sin embargo aquellos que tipifiquen las rentas de la letra a), necesariamente deberán incorporar la denominada cláusula de actividad económica, anteriormente comentada, respecto de las entidades controladas residentes en algún EEE.

El artículo 100.16 de la Ley 27/2014 contiene una norma semejante a la cláusula de actividad económica, pero la proyecta solamente respecto de los Estados miembros de la Unión Europea. Por otra parte, en orden a impedir la imputación, dicha norma exige, además de la demostración de la realización de actividades económicas, la acreditación de motivos económicos válidos. Esta exigencia podría ser contraria a la doctrina que se desprende de *Cadbury Schweppes*.

3.10.3. La inversión colectiva

Debido a las normas que regulan la actividad de las instituciones de inversión colectiva, es improbable que puedan ser contribuyentes de la transparencia fiscal internacional. Igualmente debido a esas normas, es improbable que puedan ser consideradas como entidades no residentes controladas. En efecto, ni la institución de inversión colectiva es apta para controlar ni para ser controlada. Sin embargo, no pueden descartarse absolutamente tales casos.

Respecto de los mismos cabe indicar, en el ámbito de la legislación española, que se aplicarán preferentemente las normas concernientes a la tributación de las instituciones de inversión colectiva y de sus socios o partícipes (capítulo V del título VII Ley 27/2014), de manera tal que solamente cabrá, en su caso, la imputación en régimen de transparencia fiscal internacional en relación con la participación en instituciones de inversión colectiva extranjeras no comunitarias (art. 100.16 Ley 27/2014).

Dicho esto, debe repararse, de una parte, en que los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva en cualquier momento pueden disponer de las rentas acumuladas en sede de las mismas, exigiendo el reembolso de su participación y, de otra, que las instituciones de inversión colectiva, de ordinario, o no están sujetas a tributación o lo están de manera simbólica.

Si uno de los objetivos de la transparencia fiscal internacional, tal vez el original, es evitar el diferimiento inmoderado en la tributación de las rentas del capital, es claro que los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva debieran tributar por el sistema de imputación.

En España, desde 1952, las instituciones de inversión colectiva han disfrutado de exención o de una tributación simbólica, actualmente al 1 % (art. 29.4 Ley 27/2014), en tanto que sus socios o partícipes tributan cuando decidan reembolsar la participación (título VII del capítulo V Ley 27/2014; título X, sección 6.ª, Ley 35/2006). Este régimen fiscal procura un diferimiento indefinido de la tributación de las rentas del capital obtenidas por las instituciones de inversión colectiva que, en la práctica, aprovechan con mayor intensidad los titulares de los grandes patrimonios.

La directiva antiabuso no entra en esta materia. Por tanto, con ocasión de su transposición, ninguna modificación deberá acometer el legislador fiscal. Sin embargo, es claro que la filosofía que subyace a la transparencia fiscal internacional choca, de frente, con el régimen actualmente vigente en España, no de las instituciones de inversión colectiva, ya que en cuanto estructuras fiduciarias es correcta su tributación simbólica por el impuesto sobre sociedades, sino de sus socios o partícipes.

4. CONCLUSIONES

- **Primera.** La armonización de la transparencia fiscal internacional constituye un éxito político de la Comisión, ya que se trata de una materia delicada respecto

de la que los Estados miembros han venido manteniendo puntos de vista diferentes³⁴.

- **Segunda.** La unanimidad de los Estados miembros para la implantación de la transparencia fiscal internacional solo puede explicarse, dejando de lado la presión de la opinión pública, porque tal y como ha quedado configurada, en particular considerando la tipificación de las rentas afectadas y las cláusulas de escape, permitirá a los más renuentes, como pueden ser Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, establecer una normativa muy poco exigente, de manera tal que las entidades que se implanten en los mismos no quedarán efectivamente afectadas, en cuanto contribuyentes. En este sentido, la materialidad de la función armonizadora ha quedado desmerecida³⁵.
- **Tercera.** La piedra de toque de la fortaleza de la transparencia fiscal internacional que establezcan los distintos Estados miembros radica en la elección de la renta afectada y en la cláusula de actividad. La renta de la letra b) se sitúa, realmente, extramuros de la transparencia fiscal internacional. La renta de la letra a) sí es propia de la transparencia fiscal internacional, pero si bajo el concepto de actividad económica de importancia caben las de tipo *holding*, tenencia de intangibles, gestión de activos financieros, prestación de servicios de apoyo a la gestión para las entidades del grupo y asimiladas, a poco que medie una incipiente organización, la transparencia fiscal internacional quedará muy diluida. Tanto o más importante que los diferentes textos legislativos será la forma en cómo las distintas administraciones fiscales los apliquen.
- **Cuarta.** La eficacia de la transparencia fiscal internacional quedará menguada si no puede aplicarse frente a los Estados terceros con los que medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición que contenga el método de exención de dividendos.
- **Quinta.** En términos generales, la transparencia fiscal internacional española responde a las rentas tipificadas en la letra a), de manera tal que la transposición al ordenamiento interno no obligará a modificaciones de calado.

³⁴ RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, núm. 11, vol. 56, 2016.

³⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M.: La aprobación por el Ecofin de la directiva UE frente a la elusión fiscal del Impuesto sobre Sociedades. «[...] la directiva ATAD no termina de cumplir uno de sus principales objetivos [...] ya que cada Estado miembro puede graduar de forma sustantiva el alcance del principal instrumento anti-elusión fiscal que establece la Directiva [...]».

LA MONETIZACIÓN DE LOS ACTIVOS POR IMPUESTOS DIFERIDOS (DTA): UN CAMBIO DE PARADIGMA O LA NORMA FISCAL AL SERVICIO DE LA NORMA CONTABLE

Raúl Salas Lúcia

Abogado. Socio Departamento Fiscal de Baker & McKenzie

Elena Ferrer Sama

Abogada. Directora Departamento Fiscal de Baker & McKenzie

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Álvaro ANTÓN BASANTA, don Diego MARÍN BARNUEVO, don Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, don Alberto MONREAL LASHERAS, don Javier SEIJO PÉREZ y don Fernando DE VICENTE BENITO.

EXTRACTO

Una de las modificaciones operada en el impuesto sobre sociedades más atípica y singular ha sido la introducción, en los últimos tiempos, del régimen de conversión de activos por impuesto diferido y la especial norma de imputación temporal prevista para los ajustes que los generaron. Un régimen que, en principio, se consideró algo específico y con incidencia básicamente en el sector financiero, ha llegado a alcanzar una trascendencia mucho más amplia, afectando de manera relevante a muchas entidades ajenas a ese sector. Este trabajo pretende acercar la comprensión de este régimen, su génesis, desarrollo y su actual regulación.

Palabras clave: activos por impuestos diferidos, DTA, Basilea, conversión y monetización.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 22-11-2016

THE MONETIZATION OF DEFERRED TAX ASSETS (DTAS): A PARADIGM SHIFT OR THE FISCAL RULE AT THE SERVICE OF THE ACCOUNTING STANDARD

Raúl Salas Lúcia

Elena Ferrer Sama

ABSTRACT

One of the most recent modification in the Spanish corporate income tax it has been the special rule for the allocation of certain deferred tax assets. According to that rule, certain deferred tax assets could be converted into amounts recoverable from the Spanish Treasury. This modification was initially viewed as only applicable to financial institutions, however, the fact that it is actually applicable to all kind of entities, has given it a broad impact. This study aims to shed light on the origin, implementation and recent development of this new rule.

Keywords: deferred tax assets, DTAs, Basilea, conversion and monetization.

Sumario

1. Antecedentes
 - 1.1. Basilea y su impacto en el sistema bancario español
 - 1.2. El precedente italiano
2. La norma española
 - 2.1. El Real Decreto-ley 14/2013
 - 2.2. La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades. Principales cambios introducidos
 - 2.3. La Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016
3. Tratamiento de los DTA desde 1 de enero de 2016
 - 3.1. DTA generados a partir de 2016
 - 3.2. DTA generados con anterioridad a 2008
 - 3.3. DTA generados entre 2008 y 2015
4. Implicaciones contables. La existencia del activo y la necesidad de su registro contable
5. Otras cuestiones
 - 5.1. El canje por deuda pública
 - 5.2. Especial tratamiento de las bases imponibles negativas generadas de la reversión de ajustes generadores de DTA
 - 5.3. Obligaciones formales e informativas
 - 5.4. Prelación para la reversión de los DTA

Bibliografía

1. ANTECEDENTES

1.1. BASILEA Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA BANCARIO ESPAÑOL

Los llamados Acuerdos de Basilea III¹ constituyen el origen de uno de los más innovadores incentivos fiscales previstos en la reciente normativa del impuesto sobre sociedades (IS). En su virtud, la Administración tributaria garantiza, e incluso satisface, el importe de determinados activos por impuesto diferido generados como consecuencia de la consideración como fiscalmente no deducibles de determinadas dotaciones de deterioros por insolvencia y dotaciones o aportaciones a sistemas de previsión social (los DTA²).

A resultados de los Acuerdos de Basilea III se aprobaron tanto el Reglamento (UE) número 575/2013³ como la Directiva 2013/36/UE⁴.

Ambos conjuntos normativos también conocidos como Capital Requirements Regulation (CRR)/Capital Requirements Directive (CRD) IV⁵ establecen importantes exigencias de capitalización para las entidades de crédito. Uno de los principales objetivos de la reforma lo constituye el aumento en la calidad del capital de las entidades financieras, con el objetivo de que el sistema bancario esté en mejores condiciones de absorber las posibles pérdidas, tanto si las entidades siguen en funcionamiento como si dejan de ser viables.

¹ Aprobados por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria en diciembre de 2010.

² En adelante utilizaremos la denominación DTA para referirnos a activos por impuesto diferido (*Deferred Tax Assets*) motivados por la consideración como no deducibles de: a) las dotaciones por deterioro de los créditos u otros activos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores no vinculados con el contribuyente, no adeudados por entidades de derecho público y cuya deducibilidad no se produce por efecto del transcurso del tiempo aplicación o b) las dotaciones o aportaciones a sistemas de previsión social y, en su caso, prejubilación a las que resulten de aplicación las previsiones previstas en el artículo 14.1 y 14.2 de la vigente Ley del impuesto sobre sociedades (LIS).

³ Reglamento (UE) número 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) número 648/2012.

⁴ Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE.

⁵ De su denominación en inglés «Capital Requirements Regulation and Directive - CRR/CRD IV».

1.1.1. Exigencias de capital para las entidades de crédito

No se puede entender la finalidad del incentivo establecido por la LIS en relación con los DTA sin entender el origen de dicho incentivo, que no es otro que las exigencias respecto de la cifra de capital que el Reglamento 575/2013 y la Directiva 2013/36/UE establecen para las entidades financieras. Sin perjuicio de que no constituye el objeto de este trabajo, a continuación se describen las exigencias de capital previstas en el referido conjunto normativo.

Tras Basilea III las entidades de crédito están obligadas a distinguir y respetar determinadas ratios de capital total (entendido como aquel capaz de absorber pérdidas) sobre el importe total de sus activos ponderados, estos últimos, por su riesgo asociado.

Dentro de la cifra de capital regulatorio o capital total, se distingue:

- Capital de nivel 1 o Capital Tier 1 que está formado por el capital de nivel 1 ordinario o Common Equity Tier 1 (CET1), más los elementos adicionales del Tier 1 que se corresponderán con el conjunto de instrumentos susceptibles de cubrir pérdidas, sin que la entidad de crédito tenga que comprometer el ejercicio de su actividad, es decir, mientras la empresa siga en funcionamiento.
- Capital Tier 2, que hace referencia al resto de elementos capaces de absorber pérdidas cuando la entidad deje de ser viable.

Conforme al artículo 92 del Reglamento 575/2013, las entidades de crédito, una vez finalizado el periodo transitorio establecido, deben cumplir con los siguientes porcentajes o ratios:

1. El capital de nivel 1 ordinario o CET1 debe representar, al menos, el 4,5% de sus activos totales (ponderados en función del riesgo de los mismos, *risk weighted assets*).
2. El capital de nivel 1 o Tier 1 (formado por el CET1 más los elementos adicionales del Tier 1) debe representar, como mínimo, el 6% de dichos activos ponderados.
3. El capital total (es decir, capital de nivel 1 más el Tier 2) debe cubrir, al menos, el 8% del importe de los activos totales, ponderados en función de su riesgo.

A estos requerimientos mínimos se suma la exigencia de constituir un colchón de conservación de capital, por el que las entidades deberán tener una cantidad de capital nivel 1 ordinario o CET1 igual o superior al 2,5%⁶ del valor de sus activos ponderados por riesgo. Este colchón es adicional al requerimiento mínimo de CET1.

⁶ De acuerdo con los artículos 129 y 160 de la Directiva 2013/36/UE, el colchón de conservación del capital debe representar al menos el 0,62% del CET 1 en 2016, el 1,25% en 2017, el 1,87% en 2018 y el 2,5% en 2019.

A continuación, se resumen los requerimientos de capital previstos por CRR/CRD:

	<i>Common equity</i> (después de ajustes)	Tier 1	Capital total
Requerimiento mínimo	4,5 %	6 %	8 %
Colchón de conservación	2,5 %		
Total	7 %	8,5 %	10,5 %

En la determinación del coeficiente de solvencia representado por el capital de nivel 1 ordinario (CET1), tienen una gran trascendencia tanto el importe como la tipología de los activos por impuestos diferidos.

A efectos del cómputo del capital de nivel 1 ordinario existen tres tipos de activos por impuesto diferido:

1. **Activos por impuesto diferido que no dependen de rendimientos futuros.** El ejemplo más claro serían las retenciones o pagos a cuenta, en la medida en que, independientemente de que el contribuyente obtenga beneficios futuros, el activo determinaría, bien un menor pago o un derecho de crédito frente a la Administración por el referido importe. Estos activos no minoran la cifra de capital de nivel 1 ordinario y se mantienen en el activo, pero ponderados en función de su riesgo. A estos activos se les pondera con un porcentaje de riesgo equivalente al 100 %.
2. **Activos por impuesto diferidos que dependen de beneficios futuros.** Es decir, aquellos que solo podrían convertirse en un ahorro de impuestos a pagar en la medida en que la sociedad obtuviese beneficios imponibles futuros que permitiesen reducir la «factura fiscal» en el importe correspondiente.

Dentro de este tipo de activos, el Reglamento (UE) 575/2013 permite distinguir, a su vez, dos subgrupos:

- 2.1. Activos por impuesto diferidos –derivados de diferencias temporarias– que dependen de beneficios futuros, pero que, por no superar determinados umbrales (art. 48 del Reglamento (UE) número 575/2013), no reducen el importe del capital. Estos activos constituyen una suerte de «franquicia» de forma tal que no minoran el importe de la cifra de capital de nivel 1 ordinario y se mantienen en el activo ponderados en función de su riesgo, que se establece en un 250 %.
- 2.2. Resto de activos por impuesto diferido que dependen de rendimientos futuros. A los efectos de determinar la exigencia de capital, estas partidas se eliminan del activo y deducen la cifra de capital de nivel 1 ordinario (CET1); son, por lo tanto, los que tienen un mayor impacto en la cifra de capital de nivel 1 ordinario, como veremos a continuación.

De este modo, los activos por impuesto diferido que dependen de rendimiento futuros (párrafo 2.2 anterior) al minorar la cifra de capital de nivel 1 ordinario o CET1 determinan una necesidad de CET1 de *1 euro de CET1 por 1 euro de activo por impuesto diferido que depende de beneficios futuros y supera los umbrales del artículo 48 del Reglamento (UE) 575/2013*.

Lo recogido en el punto 1 (activos por impuesto diferido que no dependen de rendimientos futuros) no minoran la cifra de capital de nivel 1 ordinario (CET1) y ponderan a un 100 % lo que determina una exigencia de capital de 0,045 euros de CET1 por 1 euro de activo por impuesto diferido que no depende de beneficios futuros.

Por último, los referidos en el punto 2.1 anterior, activos por impuesto diferido por diferencias temporarias, que dependen de rendimientos futuros pero que, por no superar los umbrales recogidos en el artículo 48 del Reglamento (UE) 575/2013, no se reducen del capital de nivel 1 ordinario y ponderan en el activo al 250%, determinan una exigencia de capital de nivel 1 de 0,1125 euros de capital ($4,5\% \times 250\%$) por 1 euro de activos por impuesto diferido que dependiendo de beneficios futuros, sin embargo no se deducen del capital de nivel 1 por no superar los umbrales previstos en el artículo 48 del Reglamento (UE) 575/2013.

EJEMPLO 1

Una entidad de crédito presenta un importe total de activos por impuesto diferido de 190, conforme al siguiente detalle:

- a) Los DTA que dependen de beneficios futuros (párrafo 2.2 anterior) 100
- b) Los DTA que no dependen de beneficios futuros (párrafo 1 anterior) 75
- c) Los DTA que dependen de beneficios futuros, pero no superan los umbrales del artículo 48 (párrafo 2.1 anterior) del reglamento 15

El importe del capital de nivel 1 ordinario que requeriría esta entidad conforme a la normativa europea de solvencia (CRR) sería la que resulta del siguiente cálculo:

Importe del Act. por Imp. Diferido	Ponderación riesgo	% CET1 requerido	Total CET1	% Tier1 requerido	Total Tier1	% Capital total	Total capital (Tier1 y Tier2)
100	Se elimina del activo (reduce CET1)	100 %	100	100 %	100	100 %	100
							.../...

.../...

.../...

Importe del Act. por Imp. Diferido	Ponderación riesgo	% CET1 requerido	Total CET1	% Tier1 requerido	Total Tier1	% Capital total	Total capital (Tier1 y Tier2)
...							
75	100 %	4,5 %	3,38	6 %	4,5	8 %	6
15	250 %	4,5 %	1,69	6 %	2,25	8 %	3
Total			105,06		106,75		109

Como puede observarse la exigencia de capital en sus distintos niveles es mayor para los activos por impuestos diferidos que dependen de beneficios futuros, ya que, a partir de un determinado nivel, su importe directamente reduce el importe del capital (CET1).

EJEMPLO 2

Una entidad de crédito presenta un importe total de activos por impuesto diferido de 190, conforme al siguiente detalle:

- a) Los DTA que dependen de beneficios futuros (párrafo 2.2. anterior) 175
- b) Los DTA que no dependen de beneficios futuros (párrafo 1 anterior) 0
- c) Los DTA que dependen de beneficios futuros pero que no superan los umbrales del artículo 48 (párrafo 2.1 anterior) del reglamento 15

El importe del capital de nivel 1 ordinario que requeriría esta entidad sería la que resulta del siguiente cálculo:

Importe del Act. por Imp. Diferido	Ponderación riesgo	% CET1 requerido	Total CET1	% Tier1 requerido	Total Tier1	% Capital total	Total capital (Tier1 y Tier2)
175	Se elimina del activo (reduce CET1)	100 %	175	100 %	175	100 %	175
.../...							

.../...

.../...

Importe del Act. por Imp. Diferido	Ponderación riesgo	% CET1 requerido	Total CET1	% Tier1 requerido	Total Tier1	% Capital total	Total capital (Tier1 y Tier2)
...							
0	100 %	4,5 %	0,00	6 %	0	8 %	0
15	250 %	4,5 %	1,69	6 %	2,25	8 %	3
Total			176,69		177,25		178

Como puede observarse, la simple reclasificación de un activo por impuesto diferido como dependiente de rendimientos futuros determina un deterioro de la solvencia de la entidad conforme a los criterios del Reglamento (UE) 575/2013, haciendo necesaria la captación de un importe equivalente de capital de nivel 1 ordinario.

Conforme a los datos publicados por el Banco de España, a 31 de diciembre de 2014 las entidades españolas bajo supervisión directa del mecanismo único de supervisión (MUS) presentaban un importe de activos por impuesto diferidos de 68.464 millones (netos de pasivos fiscales).

En definitiva, la combinación de unas exigencias de provisión más elevadas con una menor aceptación de las mismas como gasto fiscal explica en gran parte la existencia de importantes volúmenes de activos por impuesto diferido en los balances de las entidades de crédito españolas, lo que multiplicaba las exigencias de capital de las mismas so pena de deterioro de la solvencia del conjunto de nuestro sistema financiero.

En este contexto, el ejecutivo, siguiendo fielmente la senda marcada por la normativa italiana, aprobó el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre⁷, e introdujo una norma sin precedentes en nuestro ordenamiento, según la cual la Administración tributaria garantizaba la recuperación de determinados DTA, que dejaban de depender de rendimientos futuros lo que, en gran medida, aliviaba las exigencias de capital que el nuevo marco regulador determinaba para las entidades de crédito.

Como a la postre se confirmó, el carácter aparentemente tan específico de la norma arrojaba dudas sobre su compatibilidad con el ordenamiento comunitario, razón por la cual el legislador español –al igual que su precedente italiano– optó porque dicha posibilidad de recuperación de

⁷ Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.

los DTA no resultase de aplicación exclusiva a las entidades de crédito sino al conjunto de los contribuyentes del IS, limitando, eso sí, su aplicación a muy determinados activos por impuesto diferido que fundamentalmente se generaban por las entidades de crédito y con menor intensidad por el resto de contribuyentes por el IS.

1.2. EL PRECEDENTE ITALIANO

El problema de la solvencia de las entidades de crédito y las exigencias de capital que Basilea III determinaba no era un problema exclusivo de las entidades de crédito españolas. Similar situación a la española se planteaba en Italia.

Sin embargo, Italia había introducido una norma que aparentemente solventaba el problema con cierto ingenio, ya que atenuaba el efecto contable de los activos por impuesto diferido sin merma de la recaudación tributaria. Como bondad adicional, la norma italiana aparentemente había recibido el beneplácito de las autoridades europeas.

La receta, por lo tanto, estaba clara, «había que copiar la norma italiana» en el entendimiento de que, si las autoridades europeas lo habían aceptado para Italia, no tendrían otra alternativa que aceptarlo para España, aunque para conseguir ese objetivo el legislador español tuviese que prescindir de cualquier adaptación de la norma italiana y esmerarse en realizar una copia lo más literal posible.

De este modo, el propio Real Decreto-ley 14/2013 en su exposición de motivos señalaba:

«Se introducen por último determinadas medidas destinadas a permitir que ciertos activos por impuestos diferidos puedan seguir computando como capital, en línea con la regulación vigente en otros Estados de la Unión Europea, de forma que las entidades de crédito españolas puedan operar en un entorno competitivo homogéneo».

En Italia, fue el Decreto ley número 225, de 29 de diciembre de 2010⁸, en su artículo 2, apartados 55 a 58 el que introdujo la transformación en crédito fiscal frente a la administración de los activos por impuestos anticipados registrados en el balance.

Al igual que en la normativa española, el precedente italiano resultaba de aplicación para todos los contribuyentes, sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en España, en relación con la normativa italiana se ha construido una prolija doctrina administrativa destinada a garantizar la correcta aplicación por parte de los contribuyentes –sobre todo las entidades no financieras– de una norma fiscal que resulta de difícil entendimiento fuera del marco regulatorio de las entidades de crédito.

⁸ Decreto conocido como Decreto milleproroghe (Decreto de las mil prórrogas).

En la medida en que la norma española es una copia cuasilateral de la norma italiana, en todo lo no previsto o resuelto por la doctrina española, resulta interesante examinar los criterios de aplicación que sigue la Administración italiana, por cuanto los mismos podrían resultar igualmente aplicables en España.

1.2.1. La norma

Tal y como hemos señalado el beneficio fiscal relativo a la transformación en crédito fiscal de los activos por impuesto diferido, fue originalmente introducida por el Decreto milleproroghe.

El ámbito de aplicación del beneficio fiscal fue sucesivamente ampliado por dos posteriores normas: el artículo 9 del Decreto ley número 201, de 6 de diciembre de 2011, conocido como «Decreto Monti» (convalidado, con modificaciones, por la Ley de 22 de diciembre de 2011, núm. 214) y el artículo 1, apartados 167 a 171, de la Ley de 27 de diciembre de 2013, número 147 (conocida esta última como «Ley de estabilidad de 2014»).

1.2.2. Activos fiscales diferidos a los que resulta de aplicación

Los activos fiscales diferidos que podrán convertirse en créditos por impuesto diferido (*Deferred Tax Credits*) a los que en adelante no referiremos como DTC) son aquellos registrados en el balance de 2010 por los sujetos pasivos italianos que se refieran a:

- Deterioros de derechos de créditos no deducidos por exceder los límites fiscales (*ex art. 106, apartado 3, del Testo Unico delle Imposte sui Redditi*).
- Activos fiscales diferidos derivados del fondo de comercio o de otros activos intangibles que resulten deducibles en varios periodos fiscales. A este respecto, se considera que se incluyen dentro de los mismos tanto las marcas como, para aquellos contribuyentes que hubiesen adoptado *International Accounting Standards*, los activos de vida útil indefinida (que resultan fiscalmente deducibles en las mismas condiciones que las marcas y los fondos de comercio, según el art. 10 del Decreto de Coordinación D.M. de 8 de junio de 2011).

1.2.3. Supuestos en los que opera la transformación

La conversión en DTC se produce en los siguientes supuestos:

1. En caso de pérdida contable (*i. e.* pérdida civil en la denominación de la norma italiana).
2. En caso de pérdida fiscal (*i. e.* base imponible negativa).

3. En caso de liquidación voluntaria o de sujeción a procedimientos concursales o similares (*i. e.* «de gestión de la crisis»).

En cada uno de los casos, el importe de los activos fiscales diferidos que se convierte en crédito exigible frente a la Administración italiana se determina de forma distinta.

1.2.3.1. Transformación de los créditos en caso de sujetos pasivos con pérdida contable

La primera cuestión que suscita la norma italiana es la posibilidad de que los activos fiscales diferidos que resultan transformables sean exclusivamente los «registrados» en el balance individual de la sociedad, de forma que aquellos que no estén registrados en el balance no podrían ser objeto de tal conversión.

No obstante, dicho registro no tendría que haberse producido *ab initio* siendo posible que los activos fiscales diferidos se registren en un momento posterior, en lo que se conoce como fase de *reassessment* o valoración posterior. Estos activos fiscales diferidos que no hubiesen sido registrados en ejercicios anteriores, por falta de condiciones (por ejemplo, debido a la escasa probabilidad de obtener beneficios en ejercicios futuros) y que se registren posteriormente porque surgen nuevas circunstancias que hacen probable su aprovechamiento (por ejemplo, porque se aprueba una normativa que permite su conversión en créditos exigibles frente a la Administración), también podrían beneficiarse de la conversión, con el único requisito de que figuren registrados en el balance de la entidad en 2010 (primer periodo impositivo posterior a la entrada en vigor de la norma).

En el supuesto de pérdida contable (*pérdida civil*) el importe de los activos fiscales diferidos que se convierte en un crédito frente a la Administración es el resultante de multiplicar el resultado contable negativo por la relación existente entre los «activos fiscales diferidos susceptibles de conversión» y la suma de capital y reservas.

$$\text{Resultado Contable Negativo} \times \frac{\text{Activos Fiscales Diferidos Convertibles}}{\text{Capital} + \text{Reservas}}$$

En relación con las magnitudes a considerar para determinar el DTC la doctrina italiana ha señalado lo siguiente:

1. La pérdida del ejercicio se refiere a la pérdida existente en el balance individual (contrasta con la norma española⁹ que no aclara las cuentas a las que hay que referir las pérdidas).

⁹ El artículo 130 de la LIS señala en su apartado 2: «a) Que el contribuyente registre pérdidas contables en sus cuentas anuales, auditadas y aprobadas por el órgano correspondiente».

2. El importe de los activos fiscales diferidos que opera como límite máximo es el que figura registrado en el balance, incluyendo tanto los registrados inicialmente como los registrados a raíz de la valoración posterior o *reassessment* motivada por la entrada en vigor de la norma que permite su monetización.
3. Especialmente relevante resulta el criterio administrativo italiano en relación con las partidas a incluir en la «suma de capital y reservas» pues, tomando con referente el concepto de capital regulatorio previsto en los Acuerdos de Basilea III, se considera que, en la cuantificación del patrimonio neto relevante para los fines en cuestión, se debe incluir algebraicamente tanto el capital social, las reservas patrimoniales, como el resto de partidas del patrimonio neto correctamente identificadas (entre los que se incluirían, por ejemplo, reservas derivadas de revalorización de los activos disponibles para la venta, ya sean estas positivas como negativas) así como eventuales pérdidas anteriores acumuladas, con exclusión únicamente de la pérdida del ejercicio considerado.

La normativa italiana, o la española, según se mire, invierte los términos del cálculo ya que, mientras en la española esta última multiplica el importe de los activos fiscales diferidos por la proporción de las pérdidas contable frente al capital y las reservas, la norma italiana parte de las pérdidas para aplicar a la misma la proporción de los activos fiscales diferidos sobre el importe del capital y las reservas.

La interpretación de la administración italiana¹⁰ sostiene que la versión italiana es la correcta ya que si se invierten los factores del producto –como hace la ley española– multiplicando los activos fiscales diferidos por la relación entre la pérdida contable del ejercicio y el patrimonio neto contable, cuando la pérdida sea igual o mayor al patrimonio neto contable (que se considera sin incluir la propia pérdida), el porcentaje que se debe aplicar a los activos fiscales diferidos es superior al 100 % lo que determinaría una conversión superior al del importe de los activos fiscales diferidos.

Prescindiendo de la discusión de índole algebraica y sobre si en Italia está vigente la propiedad conmutativa, en nuestra opinión, como analizaremos al tratar la fórmula de conversión establecida por la norma española, lo que cabe plantearse es si, en aquellos casos en los que la pérdida del ejercicio supere el importe del capital y las reservas, el importe de los activos fiscales

¹⁰ De esta forma concluye la Circolare N. 37/E de la Direzione Centrale Normativa de la Agenzia Entrate: «Si evidenzia che, qualora la perdita di bilancio risulti uguale o superiore alla consistenza del patrimonio netto, quindi in presenza di un patrimonio netto di bilancio pari a zero o negativo, le DTA si trasformano integralmente. Se, infatti, si invertono i fattori del prodotto indicato dalla disposizione, moltiplicando le DTA per il rapporto tra la perdita d'esercizio e il patrimonio netto contabile (invece che moltiplicando la perdita d'esercizio per il rapporto tra le DTA e il patrimonio netto contabile), si evince che, qualora la perdita risulti uguale o maggiore del patrimonio netto contabile (che, si ricorda, va considerato al lordo della perdita stessa), la percentuale da applicare al valore delle DTA è pari al 100% o maggiore».

diferidos que se convierten es superior al registrado por el contribuyente. Por lo que se refiere a la reversión de los activos fiscales diferidos, con el objetivo de excluir la posibilidad de que se pueda producir un doble aprovechamiento de los mismos, se establece que no resultarán deducibles las posibles reversiones de los ajustes correspondientes a los DTC que se hubiesen convertido en un crédito frente a la Administración. Asimismo, en caso de conversión parcial de un importe global de activos fiscales diferidos, se entiende que revierten en primer lugar aquellos que se han convertido en crédito exigible frente a la Administración.

Reconociendo las incertidumbres iniciales producidas por la normativa relativa a la conversión de activos fiscales diferidos en créditos exigibles, se ha admitido la conversión tardía de saldos (en el balance de 2011) de activos fiscales diferidos que pudiesen haberse convertido en 2010 teniendo presente, eso sí, las posibles variaciones que se hubiesen producido en 2011.

1.2.3.2. Pérdidas fiscales

Otro supuesto en el que pueden convertirse los activos fiscales diferidos en crédito exigible es el supuesto en el que el contribuyente presente bases imponibles negativas. Una cuestión fundamental es que este supuesto de conversión es totalmente independiente del relativo a la existencia de pérdidas fiscales, de forma tal que pueden concurrir en un mismo ejercicio ambos conjuntamente, en cuyo caso se sumarían los activos fiscales diferidos susceptibles de conversión.

En efecto, a diferencia de lo que –como veremos en la práctica– ocurre en la norma española, la italiana contempla la posibilidad de que los activos fiscales diferidos generen bases imponibles negativas, en ese caso además de la conversión, en su caso, de activos fiscales diferidos que correspondiese conforme al epígrafe anterior (por pérdidas fiscales), adicionalmente, serían susceptibles de conversión aquellos relativos a la parte de base imponible negativa derivada de la reversión de activos fiscales diferidos y que se incluyesen en la propia liquidación del periodo impositivo.

Con independencia de que el importe de la base imponible se puede ver afectado por otros factores, se considera que el importe de la base imponible negativa se corresponde directamente con el importe del activo fiscal diferido que revierte en el año, de forma tal que, si la base imponible negativa es superior al ajuste realizado, el importe total del activo fiscal diferido que revierte se puede convertir en crédito exigible mientras que, si la base imponible negativa o pérdida fiscal es inferior, la totalidad de la base imponible se puede convertir en crédito exigible frente a la Administración tributaria.

Esta posibilidad, referida a la conversión de bases imponibles negativas en crédito exigible frente a la Administración, no figuraba en el Decreto milleproroghe, pero fue introducido por el llamado Decreto Monti, por lo que solo resulta de aplicación a los activos fiscales diferidos que reviertan a partir del periodo impositivo 2011.

En el caso de que el contribuyente tributase en consolidación fiscal, es requisito para la conversión de los activos fiscales diferidos que se cumplan los requisitos a nivel individual, es decir:

1. Los activos fiscales diferidos que sean objeto de conversión deben haber sido registrados por la sociedad que obtiene la base imponible negativa.
2. Los activos fiscales diferidos que determinen una pérdida fiscal deben haber sido revertidos por la sociedad que genera la base imponible negativa.
3. La base imponible negativa que el contribuyente aporta al grupo deberá reducirse en el importe de los activos fiscales diferidos que son objeto de monetización.

1.2.3.3. Liquidación voluntaria o sujeción a procedimientos concursales o de gestión de la crisis

Con la finalidad de garantizar la realización plena de los mismos en cualquier momento, una novedad introducida por el Decreto Monti ha sido la posibilidad de convertir en crédito exigible frente a la Administración tributaria los activos fiscales diferidos registrados en el último balance aprobado antes de entrar en fase de liquidación voluntaria o de procedimiento concursal. Dicho balance será, por lo tanto, el balance correspondiente al último ejercicio de actividad, respecto del cual podrá monetizarse sin límite el importe total de los activos fiscales diferidos que figuren registrados en el balance del contribuyente.

1.2.4. Posibilidades de utilización de los activos fiscales diferidos convertidos en créditos frente a la Administración tributaria

La normativa italiana identifica tres usos alternativos de los créditos resultantes de la conversión de los activos fiscales diferidos:

1. Los créditos pueden utilizarse para la compensación del pago debido por otros conceptos tributarios.
2. Cesión del mismo dentro de un grupo de sociedades, exclusivamente si su cesión se produce por su valor nominal y sujeto a determinados requisitos. El cesionario, a su vez, para utilizar el crédito en compensación, deberá indicar en su declaración los datos relativos a la cesión.
3. Solicitud de abono por parte de la Administración.
4. A recomendación de la Banca d'Italia se establece también la posibilidad de cesión a terceros, exclusivamente por parte de aquellos contribuyentes no integrados en un grupo y que se encuentren sometidos a liquidación forzosa administrativo o quiebra, y ello siempre que la cesión se produzca por su valor nominal.

1.2.5. Régimen sancionador

La conversión de los activos fiscales diferidos en crédito exigible frente a la Administración tributaria resulta norma obligatoria no potestativa.

En el caso de que, cumpliéndose los requisitos legales para ello, por error, no se conviertan en su totalidad los activos fiscales diferidos, el error no se considera sancionable, siempre que de ello no se derive un perjuicio para la Hacienda Pública.

En todo caso, el contribuyente pierde la posibilidad de revertir los activos fiscales diferidos conforme a las reglas generales del impuesto dado que los mismos, se entiende, deberían haber sido objeto de conversión en créditos exigibles frente a la Administración tributaria.

Cuestión totalmente distinta sería el supuesto de que la conversión de activos fiscales diferidos en créditos exigibles frente a la Administración tributaria se realizase en un importe superior al procedente conforme a la norma. Este supuesto, obviamente, sí determinará la aplicación del régimen general sancionador.

2. LA NORMA ESPAÑOLA

2.1. EL REAL DECRETO-LEY 14/2013

2.1.1. El espíritu y origen de la norma

En España, fue el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, el que introdujo la primera regulación en materia de monetización de los DTA.

Esta regulación que, como se ha dicho, tuvo su inspiración y origen en el precedente italiano, contemplaba en su exposición de motivos lo siguiente:

«Se introducen por último determinadas medidas destinadas a permitir que ciertos activos por impuestos diferidos puedan seguir computando como capital, en línea con la regulación vigente en otros Estados de la Unión Europea, de forma que las entidades de crédito españolas puedan operar en un entorno competitivo homogéneo».

Expresamente, la norma contemplaba una regulación fiscal cuyo objetivo era ajeno al ámbito impositivo o recaudatorio; la finalidad primordial de este nuevo régimen era y es, como admite su exposición de motivos, salvar la delicada situación en que las entidades de crédito españolas quedaban tras los Acuerdos de Basilea III.

Consecuencia de lo anterior nace una norma fiscal con origen en un ámbito absolutamente ajeno al ánimo de recaudar o al incentivar determinadas actuaciones o inversiones sino con un único objetivo contable, convertir los DTA que dependen de beneficios futuros en los DTA que no dependen de beneficios futuros y que, en última instancia, pueden convertirse en DTC –i. e. los activos en créditos–, favoreciendo su ratio de solvencia.

2.1.2. Principales características de la norma originaria

La norma originaria resulta, en su momento, para el contribuyente ajeno al sector financiero, misteriosa y algo críptica en su lectura fría sin conocimiento de los antecedentes que concuerrieron en su gestación.

El nuevo régimen de monetización se implementa, fundamentalmente, mediante la introducción por la disposición final segunda del Real Decreto-ley 14/2013, de dos preceptos en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS):

1. El artículo 19.13, que establecía una nueva norma de imputación temporal para determinados gastos.
2. La disposición adicional vigésima segunda del TRLIS, que incluía la primera regulación relativa a la conversión de activos por impuesto diferido en crédito exigible frente a la Administración tributaria.

Ambas normas, conjuntamente, implementan un nuevo sistema por medio del cual las entidades (financieras principalmente, pero no exclusivamente) convertirán, *ope legis*, sus DTA en DTC, lo cual supondrá, a su vez, la imposición de una serie de limitaciones a la hora de revertir los ajustes que generaron los DTA originarios.

Las principales características de esta norma son las que se detallan en los epígrafes siguientes.

2.1.2.1. Tipos de DTA afectados

La norma afecta exclusivamente a la integración (y deducción) en la base imponible de los siguientes ajustes:

1. Los realizados como consecuencia de dotaciones por **deterioro de créditos** u otros activos derivadas de insolvencias de los deudores no vinculados con el sujeto pasivo, con la excepción de aquellos a los que les resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 12.2 a) del TRLIS.

La excepción –DTA a los que no resulta de aplicación esta norma especial de imputación temporal y, por tanto, serán deducibles al revertir sin ningún tipo de limitación– se refiere a las dotaciones por insolvencias que no fueron deducibles y generaron, por tanto, DTA, por no alcanzar la deuda la antigüedad mínima requerida de seis meses. La redacción de esta excepción –«que no les resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 12.2 a)»– fue aclarada por la Dirección General de Tributos (DGT) en contestación a Consulta V2211/2014, de 8 de agosto (NFC052244):

«Cuando el artículo 19.13 del TRLIS establece que no resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 12.2 a) del TRLIS debe entenderse que quedan excluidos de la aplicación del primer precepto señalado todos aquellos activos por impuesto diferido reconocidos en balance cuya deducibilidad se produzca por aplicación de lo dispuesto en el artículo 12.2 a) del TRLIS.

Por tanto, lo dispuesto en el artículo 19.13 del TRLIS no es aplicable en relación con aquellos activos por impuesto diferido cuya reversión se produzca por el mero transcurso del plazo de 6 meses. Sin embargo, sí que resultará aplicable al resto de activos por impuesto diferido cuya reversión se produzca por otras circunstancias, siempre que no queden expresamente excluidos por el citado artículo 19.13 del TRLIS».

Esta aclaración fue incorporada a la posterior redacción del artículo 19.13 que, a partir de 1 de enero de 2014, se referiría a las dotaciones por deterioro de los créditos «cuya deducibilidad no se produzca por aplicación de lo dispuesto en el artículo 12.2 a) de esta ley».

Queda aclarado pues que la deducibilidad de este tipo de deterioros «exceptuados» no está limitada en el caso de deterioros de créditos que fueron objeto de ajuste positivo al no ser deducibles por no alcanzar la antigüedad de seis meses y que devienen deducibles al alcanzarla (*i. e.* «por el mero transcurso del tiempo»). Por el contrario, sí está limitada la deducción del deterioro de créditos cuando su «no deducibilidad» deriva de otras razones, tales como –y principalmente– las dotaciones a provisiones de créditos genéricas, típicas en el sector financiero que, como se ha dicho es origen y causa de esta norma fiscal.

Este apartado es la principal solución al problema origen de la norma que, como se ha mencionado, radicaba en el hecho de que las entidades financieras debían reducir sus fondos propios a efectos de cálculo de su ratio de solvencia, en el importe de los DTA registrados en balance. Teniendo en cuenta que la mayor parte de esos DTA se correspondían con ajustes positivos realizados con motivo de la no deducibilidad de las provisiones genéricas de morosidad (las específicas normalmente siguen el anejo IX de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, y, consecuentemente, resultan deducibles conforme al Reglamento del IS –arts. 6 y 7 del anterior Reglamento y 8 y 9 del vigente–), así como de las provisiones extraordinarias para el sector inmobiliario que se constituyeron con el fin de sanear

los balances de las entidades de crédito¹¹, son estos DTA precisamente los que se incluyen en el régimen de conversión y especial imputación temporal.

2. Dotaciones o aportaciones que no hubieran sido deducibles por aplicación de los artículos 13.1 b) o 14.1 f) del TRLIS, por gastos y aportaciones a **sistemas de previsión social** y, en su caso, prejubilación.

También en este caso nos encontramos ante un DTA típico –aunque no exclusivo– del sector financiero, donde existen relevantes diferencias temporales por este tipo de gastos no deducibles que generan una suma importante de activos por impuestos.

Aunque el artículo 13.1 b) se refiere a gastos relativos a retribuciones a largo plazo al personal, la norma de imputación temporal parece que afectaría únicamente a este tipo de retribuciones cuando se refieran a sistemas de previsión social y, en su caso, prejubilación. Consecuentemente, determinados DTA por retribuciones a largo plazo al personal, como por ejemplo provisiones para pago de bonus plurianuales, quedarían fuera de este régimen de imputación temporal (y de la monetización, en definitiva).

3. Asimismo, los activos por impuesto diferido por el derecho a compensar en ejercicios posteriores **las bases imponibles negativas** se convertirán en un crédito exigible frente a la Administración tributaria cuando aquellos sean **consecuencia de integrar en la base imponible**, a partir del primer periodo impositivo que se inicie en 2014, las dotaciones por deterioro de los créditos u otros activos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores, así como las dotaciones o aportaciones a sistemas de previsión social y, en su caso, prejubilación, que generaron los activos por impuesto diferido a que se refieren los puntos anteriores.

De esta manera, aparentemente al igual que en la norma italiana, se extiende el régimen a otros activos (las bases imponibles negativas) cuando su origen sean los ajustes afectados por este régimen de imputación temporal, salvando así la posibilidad de monetización también para estos activos de la banca –o de cualquier otro contribuyente– cuando, por haber resultado deducibles en un periodo posterior, hayan derivado en pérdidas fiscales (que igualmente castigarían los fondos propios conforme a la Directiva de solvencia). Dada la peculiaridad de este supuesto nos ocupamos en un epígrafe específico.

No obstante, debemos anticipar que el régimen transitorio de la norma española impide que este supuesto se produzca, lo que en nuestra opinión deja vacío de contenido este tercer supuesto.

¹¹ Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero y Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (conocidos ambos como «Decretos Guindos»).

Una cuestión que se plantea con frecuencia es si los DTA afectados serían aquellos que surgen con posterioridad a 2011, o si por el contrario los DTA afectados son todos los existentes, con independencia del ejercicio en el que los mismos se generaron. Sobre este aspecto, recientemente se ha pronunciado la DGT mediante su informe de 16 de junio de 2016 en el que concluye que los DTA afectados son todos aquellos existentes en los periodos impositivos 2011 y siguientes, con independencia de si en el momento de su nacimiento estaba vigente la norma de imputación temporal específica de estos DTA, señala la DGT lo siguiente:

«La disposición adicional vigésima segunda del TRLIS hace referencia a determinados activos por impuesto diferido, esto es, aquellos que se corresponden con determinadas partidas de gasto que, por aplicación de la Ley del impuesto sobre sociedades, no han sido fiscalmente deducibles en el momento de su registro contable, en concreto, los correspondientes a dotaciones por deterioro de los créditos u otros activos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores no vinculados con el sujeto pasivo, siempre que no les resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 12.2 a) de esta ley, así como los derivados de la aplicación de los artículos 13.1 b) y 14.1 f) de esta ley correspondientes a dotaciones o aportaciones a sistemas de previsión social y, en su caso, prejubilación.

De la referida disposición adicional no se desprende, en absoluto, que el mecanismo de conversión en crédito exigible frente a la Administración tributaria (monetización) requiera que, previamente, haya resultado de aplicación efectiva lo dispuesto en el artículo 19.13 del TRLIS. Así, el precepto señalado no establece, como requisito de monetización, que se hayan desencadenado las circunstancias que determinen la deducibilidad de los gastos registrados contablemente. Por tanto, de la literalidad del precepto debe entenderse que cualquier activo por impuesto diferido, de los referidos en la disposición adicional vigésima segunda del TRLIS, puede ser objeto de monetización, con independencia de que haya sido de aplicación lo dispuesto en el artículo 19.13 del TRLIS.

Tampoco puede desprenderse una interpretación como la señalada por el informe de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica respecto de la finalidad del precepto, por cuanto ello conllevaría limitar la aplicación de la garantía establecida en la disposición vigésima segunda del TRLIS a una parte de los activos por impuesto diferido señalados en dicha disposición, cuando dicha normativa tiene como finalidad primordial facilitar la solvencia de las entidades financieras. Si bien la normativa de aplicación no resulta aplicable solo al sector financiero sino a todos los sectores de actividad, es el sector mencionado el principalmente afectado».

2.1.2.2. Conversión de DTA en DTC

La disposición adicional vigésima segunda del TRLIS introduce, en relación con los DTA derivados de los conceptos anteriores –básicamente, a) ajustes por deterioro de insolvencias y

b) ajustes por dotaciones y aportaciones a sistemas de previsión social— un nuevo régimen para su conversión en créditos exigibles frente a la Administración (DTC).

La conversión —y su cuantificación— se vincula a cualquiera de las siguientes situaciones:

A) La existencia de pérdidas contables

La norma exige a estos efectos que las pérdidas contables tengan su reflejo en cuentas anuales (individuales o consolidadas, no lo aclara la norma, a diferencia del caso italiano, ni en los supuestos de tributación individual ni en la de grupos) auditadas y aprobadas por el órgano correspondiente.

En este caso, los DTA monetizables se calcularán aplicando sobre los mismos la ratio resultante de dividir las pérdidas contables del ejercicio sobre la suma de capital y reservas.

Tal y como ha quedado señalado, podría plantearse si, en el supuesto de que esta ratio excediera del 100 % (pérdidas superiores al importe de fondos propios y reservas), cabría monetizar un importe superior al de los propios activos, siguiendo literalmente el método aritmético descrito por la norma, según el cual el importe de los activos objeto de conversión se determina por el resultado de aplicar sobre los activos la mencionada ratio. Literalmente:

«En este supuesto, *el importe de los activos por impuesto diferido objeto de conversión estará determinado por el resultado de aplicar sobre el total de los mismos, el porcentaje que representen las pérdidas contables del ejercicio respecto de la suma de capital y reservas*».

De esta forma si suponemos una entidad A que tiene un importe de activos fiscales diferidos convertibles en crédito exigible frente a la Administración tributaria de 100 (generados en 2007). En 2016 obtiene unas pérdidas contables que duplican el importe agregado del capital y las reservas (pérdidas contables, -50; capital y reservas, 25).

Aplicando la fórmula prevista en el artículo 130 de la LIS¹² el importe determinaría «el resultado de aplicar sobre el total de los mismos, el porcentaje que representen las pérdidas contables del ejercicio respecto de la suma de capital y reservas».

$$\text{Ratio de conversión (España)} = \frac{50}{25} = 200\%$$

Aplicando la fórmula tal y como se establece por el artículo 2 del Decreto milleproroghe, el resultado sería el siguiente:

¹² Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades.

$$\text{Ratio de conversión (Italia)} = \frac{100}{25} = 400\%; \text{Volumen de DTC máximo} = 100$$

Como se aprecia, aplicando tanto la fórmula española como la italiana el resultado es el mismo y, como también se aprecia, el resultado es un importe superior al total de los activos fiscales generados por la entidad A. Llama la atención, sin embargo, que la doctrina italiana sí ha aclarado que, para cuantificar el DTC resultante de la conversión, el importe de los DTA registrados en balance opera como límite máximo.

En España, parece que una interpretación lógica de la norma conduciría a limitar también la monetización al importe de los DTA existentes (100%), sin embargo, al haberse desviado de la fórmula italiana, cabría entender una voluntad distinta del legislador.

B) La existencia de una situación de liquidación o de insolvencia judicial

En este supuesto, los DTA monetizables serán, en todo caso, del 100%.

Respecto de lo que se entiende por insolvencia judicialmente declarada, en ausencia de una definición legal de tal término, cabe tener en cuenta lo que la DGT ha entendido por tal en ocasiones anteriores, entre otras, en la contestación a Consulta vinculante V1945/2013, de 11 de junio (NFC048269), donde concluye que dicho momento se refiere a la apertura de la fase de liquidación:

«Así, el auto del juez por el que acuerde la apertura de la fase de liquidación al que hacen referencia los artículos 142 y 143 arriba reproducidos de la Ley 22/2003 Concursal, sería la declaración judicial más clara de insolvencia que exige el artículo 12.2 del TRLIS para las personas o entidades vinculadas, ya sea en la fase inicial del concurso, ya sea como consecuencia del incumplimiento de un convenio concursal. Ya que la apertura de dicha fase, entre otras circunstancias, implica una estimación de que el deudor ni va a continuar la actividad económica ni va a poder atender la totalidad del pasivo del concursado. Sin perjuicio, de la posibilidad de que el deudor en su caso, pudiera afrontar determinadas deudas, puesto que de otra forma el concurso finalizaría anómalamente por falta de activo realizable.

En conclusión, hay que señalar que, en el presente caso, la entidad deudora entra en fase de liquidación mediante auto de fecha enero de 2013, siendo en ese momento, conforme a lo establecido en el artículo 12.2 del TRLIS, fiscalmente deducible la pérdida por deterioro del préstamo participativo otorgado por la entidad consultante a la entidad del grupo mencionada».

Conforme a la anterior interpretación, que no resulta pacífica, cuando la norma prevé la conversión en caso de que «la entidad sea objeto de liquidación o insolvencia judicialmente declara-

da» estaría, en la práctica, contemplando la monetización en el supuesto de que a) la entidad sea objeto de liquidación o b) se haya dictado auto de apertura de la fase de liquidación, es decir, se encuentre en liquidación o se encuentre en liquidación, algo, cuando menos, redundante y que se aparta de la norma italiana.

Finalmente, cabe destacar que la norma que originariamente regula la monetización de los DTA dispone literalmente que «**se convertirán** en un crédito exigible frente a la Administración tributaria, cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias»; esta dicción imperativa puede conducir a interpretar que este régimen no se configura como un derecho ni como una opción, sino como un mecanismo de aplicación automático en aquellos casos en los que concurran las circunstancias establecidas (pérdidas contables o situación de liquidación y reversión de los activos monetizables juntamente con la existencia de los activos sujetos a monetización).

No solo la redacción del precepto podría apoyar esta interpretación, sino también los cambios posteriores introducidos en la norma –que se comentarán más adelante– y que claramente pretenden conformar la conversión como un derecho u opción del contribuyente.

Si el régimen de conversión no es potestativo, resulta interesante reflexionar sobre las consecuencias que se derivarían de su no aplicación. Así, podría llegar a plantearse que los activos que hubieran podido ser monetizados y, por cualquier razón, no lo fueron, deberían desaparecer del balance sin posibilidad de reversión futura. Consecuentemente, los ajustes temporales que los originaron, devendrían permanentes, con el consiguiente quebranto patrimonial.

2.1.2.3. Nueva regla de imputación temporal (reversión de ajustes positivos de ejercicios anteriores)

En paralelo al referido régimen de conversión de activos, se introduce un nuevo apartado 13 en el artículo 19, relativo a la imputación temporal. Esta nueva norma determina la reversión de ciertos ajustes temporales (los generadores de DTA monetizables) no podrán generar bases imponibles negativas. En este sentido, se limita la reversión de estos ajustes al importe de la base imponible positiva previa a los mismos, de manera tal que la reversión de estos ajustes (la deducción fiscal del gasto correspondiente) nunca podrá resultar en una pérdida fiscal, sino, como máximo, en una base imponible igual a cero.

Esta medida asegura que la reversión de dichos ajustes no derive, simplemente, en la conversión de unos activos sin fecha de caducidad –los DTA cuyo plazo de reversión era indefinido por no existir límite temporal para su reversión–, en otros, las pérdidas fiscales, que tenían fecha de caducidad en ese momento (al estar su compensación a 18 años en ese momento). Se evitaba así que estos activos, de utilización indefinida, se envilecieran por su conversión en otros activos, los correspondientes a pérdidas fiscales, con una limitación temporal para su materialización.

2.1.2.4. *Ámbito temporal de aplicación de la norma*

A) Regla de imputación temporal

Esta norma, aprobada en noviembre de 2013 tiene eficacia temporal retroactiva desde los ejercicios iniciados en el año 2011. Así, la disposición final segunda del Real Decreto-ley 14/2013, en su punto primero, establece que la nueva norma de imputación temporal prevista en el artículo 19.13 del TRLIS resulta de aplicación a los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2011. Lo anterior no debe entender, como analizamos en el siguiente epígrafe, que los DTA susceptibles de conversión sean los generados con posterioridad a 2011 o los que resulten deducibles con posterioridad a 2011.

La norma trata de cubrir los años de la crisis del sector financiero, años en los que se produjeron los importes más relevantes de pérdidas en entidades financieras y en los que la situación a efectos de solvencia se vio más castigada. Se abre, pues, una ventana para que, aunque a la entrada en vigor de esta norma las entidades financieras se encontraran ya en una senda de recuperación y puede que ya en situación de beneficio contable, revirtieran lo ocurrido desde 2010 y convirtieran unos activos con una duración de 18 años, en aquel momento en otros activos con un periodo de recuperación indefinido –DTA por diferencias temporarias–.

Conforme ha aclarado la DGT (V2211/2014 [NFC052244] y V2212/2014 [NFC051792], ambas de 8 de agosto), lo anterior significa que la nueva regla de imputación temporal –limitada al importe de la base imponible previa a la reversión en cuestión y a la compensación de bases imponibles negativas– aplicará a los gastos no deducibles que generaron los correspondientes DTA que ganen deducibilidad (generen una reversión o ajuste negativo) en un ejercicio iniciado a partir de 1 de enero de 2011, y ello –conforme manifiesta la DGT– con independencia de que su reconocimiento contable, como activos por impuesto diferido, se haya producido en un periodo impositivo anterior a dicha fecha, es decir, con independencia de que el ajuste positivo inicial sea anterior a 2011.

Sin embargo, clarifica también la DGT, no resulta necesario, para corregir el criterio de imputación aplicado en ejercicios anteriores y adaptarlo a la nueva norma prevista en el artículo 19.13, presentar declaraciones complementarias. Tal corrección –disminución de créditos fiscales por bases imponibles negativas y correlativo incremento de créditos fiscales derivados de las dotaciones y aportaciones no deducibles precisadas– se realizaría en el ejercicio 2013 (o primer ejercicio iniciado a partir de 1 de enero de 2013, si no es coincidente con el año natural), es decir, en la declaración que se presentara hasta el 25 de julio de 2014 (en caso de periodo impositivo coincidente con el año natural).

B) Monetización de los DTA

Por su parte, la nueva norma prevista en la disposición adicional vigésima segunda, relativa a la conversión de DTA en DTC, resulta aplicable con efectos desde el primer ejercicio iniciado

a partir de 1 de enero de 2014 (conforme establece la disp. final segunda, en su punto segundo, del RDL 14/2013).

Así, supongamos que una entidad generó DTA («monetizables») en 2008, revirtió los ajustes en 2012 generando bases imponibles negativas y, posteriormente, registró pérdidas en 2013. En este caso, en julio 2014, presentará su declaración del ejercicio 2013, corrigiendo la reversión efectuada en el ejercicio 2012 y retrotrayendo las bases imponibles negativas generadas en 2012, que serán, de nuevo, ajustes pendientes de reversión. En el propio 2013, aunque se hayan registrado pérdidas, no resultará posible la monetización, puesto que la norma no aplica a dicho ejercicio, si bien, quedará un activo monetizable en balance (no penalizador de los fondos propios de entidades financieras) para ejercicios posteriores.

2.2. LA LEY 27/2014, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. PRINCIPALES CAMBIOS INTRODUCIDOS

Con fecha 27 de noviembre de 2014 se aprueba la Ley 27/2014, que introduce modificaciones al régimen de imputación temporal y al de conversión de activos aprobado por el Real Decreto-ley 14/2013.

Esta reforma se articula sobre la base de los siguientes preceptos:

- Artículo 11.12, respecto de la imputación temporal de los ajustes generadores de DTA monetizables (antiguo 19.13 del TRLIS).
- Artículo 130, que regula el régimen de conversión de activos (antigua disp. adic. vigésima segunda).

Las principales novedades introducidas son las siguientes:

1. La nueva norma aclara el ámbito de aplicación de la nueva norma de imputación temporal recogiendo la clarificación ya efectuada por la DGT, refiriéndose a las dotaciones a deterioro de créditos «cuya deducibilidad no se produzca por aplicación de lo previsto en el artículo 12.2 a)» (en lugar de «siempre que no les resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 12.2 a)», en su redacción previa).
2. Establece la no aplicabilidad de este régimen a créditos adeudados por entidades de derecho público. Estos créditos no se encuentran penalizados a efectos de solvencia. Consecuentemente, no parece tener sentido que estos DTA se incluyan en el sistema de monetización, puesto que no se encuentra entre los activos que las- tran la ratio de solvencia de las entidades de crédito.
3. Introduce nuevos límites para la reversión. Se mantiene el límite general de reversión, el de la base imponible previa a dicha reversión y a la compensación de bases

imponibles, pero, en función del volumen de negocios del contribuyente, se establecen nuevos límites:

- a) Si el volumen de operaciones del contribuyente, conforme a las previsiones del artículo 121 de la Ley 37/1992, del impuesto sobre el valor añadido, fuera superior a 20 millones de euros, pero inferior a 60 millones de euros durante los 12 meses anteriores, la reversión está limitada al 50% de la base imponible previa a la reversión y a la aplicación de bases imponibles negativas.
- b) Si el volumen de operaciones del contribuyente, conforme a las previsiones del artículo 121 de la Ley 37/1992, del impuesto sobre el valor añadido, fuera superior a 60 millones de euros durante los 12 meses anteriores, la reversión está limitada al 25% de la base imponible previa a la reversión y a la aplicación de bases imponibles negativas.

Las cantidades no integradas por aplicación de los referidos límites pueden ser objeto de integración en los ejercicios siguientes con los mismos límites, integrando en primer lugar las dotaciones correspondientes a los periodos impositivos más antiguos.

2.3. LA LEY 48/2015, DE 29 DE OCTUBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2016

2.3.1. Posible consideración del régimen de conversión español como ayuda de Estado

A principios de 2015, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea abrió una investigación en relación con el sistema de conversión de DTA en DTC, al objeto de comprobar si este mecanismo podría llegar a ser calificado como una ayuda de Estado y, por tanto, incompatible con la legislación comunitaria.

La Comisión perseguía evitar que se produjeran ventajas comparativas entre los diferentes Estados, cuando todos ellos habían implementado Basilea III, pero solo algunos contaban con una regulación de monetización de activos.

En el marco del debate nacido en el ámbito de la crisis financiera, que enfrentaba la solución del rescate con fondos públicos (*bail out*), frente a la del rescate con fondos privados (*bail in*) y la necesidad de hacer primar esta última, la Comisión viene a plantear el encaje de este tipo de regímenes.

Debe tenerse en cuenta, en particular, que la norma española permitía la conversión de activos incluso cuando, al momento de su nacimiento, no habían generado pago de impuestos, por ejemplo, en aquellos casos en los que existían bases imponibles negativas pendientes que fueron

objeto de compensación contra los ajustes positivos que generaron los DTA. Esta circunstancia agravaba el riesgo de la calificación de este régimen como ayuda de Estado y lo aproxima a un sistema de subvenciones que implicaría un verdadero coste para la Administración.

En este contexto, Bruselas procedió a remitir una solicitud de información sobre la legislación de conversión de activos fiscales a Italia, España, Grecia y Portugal, a fin de determinar si este régimen pudiera ser constitutivo de una ventaja selectiva sectorial, lo que lo convertiría en una ayuda de Estado ilegal.

2.3.2. La reacción al planteamiento de la Unión Europea

Ante el riesgo de que tal calificación llegue a cristalizar, el Estado español plantea una modificación en la norma, introduciendo el pago de una prestación patrimonial que garantizase la posibilidad de convertir los DTA que en su momento no supusieron un pago de impuestos. Se establece, en consecuencia, una prestación patrimonial para poder optar a que se garantice la conversión de los DTA generados entre los ejercicios 2008 y 2015 (ejercicios en los que se registraron las pérdidas más importantes del sector financiero, consecuencia de la crisis bancaria que se inició en 2008).

Resulta esta una solución imaginativa y novedosa que, sin embargo, no había sido implantada en ninguna otra jurisdicción, ni siquiera en Italia, que, como se ha explicado, implementó el precedente legislativo de la norma española.

En este contexto se gesta la reforma de la norma que se introduce mediante la Ley General de Presupuestos para el año 2016, con efectos para los periodos que se inicien a partir de 1 de enero de 2016.

3. TRATAMIENTO DE LOS DTA DESDE 1 DE ENERO DE 2016

Como consecuencia del acuerdo alcanzado entre el Estado español y la Comisión Europea, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (en adelante, Ley 48/2015), introdujo importantes modificaciones en el tratamiento de los DTA a efectos del IS.

Sin perjuicio de que las dudas relativas a la consideración de las mismas como ayuda de Estado únicamente se proyectaban sobre el sector bancario español, como no podía ser de otro modo, y quizá para ayudar a disipar dichas dudas, el nuevo tratamiento también se ha hecho extensivo a todos los contribuyentes del IS sin distinción.

La exposición de motivos de la Ley 48/2015 prescinde de cualquier referencia a la polémica y posterior acuerdo con la Comisión, limitándose a señalar que la nueva regulación resulta de apli-

cación a los DTA generados con posterioridad a la norma, mientras que los DTA anteriores estarán sujetos al pago de una prestación patrimonial cuando no cumplan determinadas condiciones.

Es el artículo 65 de la Ley 48/2015, con efectos 1 de enero de 2016, el que establece la regulación aplicable a los DTA posteriores a dicha fecha, esto es, a los periodos impositivos iniciados con posterioridad a 1 de enero de 2016.

Los preceptos de la LIS afectados son los siguientes:

- Artículo 11.12, respecto de la imputación temporal de los ajustes generadores de DTA monetizables.
- Artículo 130, que regula el régimen de conversión de activos.
- Introduce la disposición adicional decimotercera de la LIS.
- Introduce la disposición transitoria trigésima tercera de la LIS.

La nueva regulación distingue tres momentos temporales en función del ejercicio de generación del DTA; de esta forma, el tratamiento va a resultar diferente según el DTA se haya generado:

1. Con posterioridad a 2016.
2. Con anterioridad a 2008 (hasta 2007).
3. Con posterioridad a 2007 pero con anterioridad a 2016 (entre 2008 y 2015).

El tratamiento de cada uno de los DTA va a pivotar sobre los siguientes elementos:

- a) Reversión del DTA mediante su integración en la base imponible y posibilidad de que los DTA determinen bases imponibles negativas.
- b) Supuestos y condiciones en los que el uso de los DTA está garantizado al posibilitarse su conversión en un crédito exigible frente a la Administración tributaria.
- c) Cómputo del plazo de 18 años para la conversión de los DTA en deuda pública.

3.1. DTA GENERADOS A PARTIR DE 2016

3.1.1. Carácter potestativo de la regulación de los DTA

En relación con los DTA generados con posterioridad a 1 de enero de 2016 una de las principales novedades frente a la anterior regulación viene constituida por el carácter potestativo del régimen de conversión de DTA en crédito exigible frente a la Administración tributaria. De esta forma, el contribuyente podrá optar por aplicar el régimen general del IS, que contempla su inte-

gración o reversión –sin limitación– en el momento en el que los gastos contables (normalmente diferencias temporarias) resulten fiscalmente deducibles. En este caso, los contribuyentes no podrán solicitar el abono de los DTA pero, por otro lado, la reversión del ajuste inicialmente practicado no estaría limitado «al 70 por ciento de la base imponible positiva previa a su integración, a la aplicación de la reserva de capitalización establecida en el artículo 25 de esta ley y a la compensación de bases imponibles negativas».

Por el contrario, si el contribuyente optase por la posibilidad de convertir los DTA en crédito exigible frente a la Administración tributaria, la integración en la base imponible estaría limitada al referido 70 %.

Por tanto, a partir de 2016 deberemos distinguir dos tipos de DTA, según la opción tomada por el contribuyente.

3.1.1.1. *DTA generados con posterioridad a 2016, respecto de los que el contribuyente opta por no permitir la conversión*

Tal y como hemos señalado, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a 2016, desde esa fecha el contribuyente puede decidir no «posibilitar»¹³ la conversión de los DTA en crédito exigible frente a la Administración tributaria. En este caso tal y como señala el propio artículo 12.11 de la LIS al indicar que dicho precepto se refiere a los DTA «a los que resulte de aplicación el derecho establecido en el artículo 130», la integración –por reversión– de los ajustes a la base imponible se podría realizar sin la limitación del 70 % prevista en dicha norma¹⁴, lo que en una primera aproximación llevaría a pensar que imposibilita la opción por la monetización en el futuro.

Entendemos que se desechará la posibilidad de convertir los DTA en créditos frente a la Administración tributaria normalmente en alguna de las siguientes situaciones:

- Contribuyentes que prevean la obtención de beneficios suficientes como para recuperar los DTA mediante la realización de los correspondientes ajustes negativos a la base imponible.
- Contribuyentes que no cumplan alguno de los requisitos exigidos por el artículo 130 para posibilitar la conversión o monetización de los créditos (por ejemplo, porque la cuota líquida no haya resultado positiva y, por lo tanto, se entienda que el DTA no ha satisfecho IS).

¹³ Debemos tener presente que en aquellos periodos impositivos en los que no se cumplan los requisitos para la monetización, la opción no es por la conversión, sino simplemente por «posibilitar» dicha conversión futura.

¹⁴ Con el «límite del 70 % de la base imponible positiva previa a su integración, a la aplicación de la reserva de capitalización establecida en el artículo 25 de esta ley y a la compensación de bases imponibles negativas».

- Contribuyentes que, aun no estando en alguna de las circunstancias anteriores, no prevean encontrarse en alguno de los supuestos que permiten la conversión de los DTA (*i. e.* situación de pérdidas contables o insolvencia judicialmente declarada).

Una cuestión que no resuelve la norma es si cabe la opción parcial por la aplicación del artículo 130 o incluso un cambio de opción, situación que entendemos puede no resultar tan anómala; supongamos que, ante unas buenas perspectivas de beneficios, un contribuyente revirtiese sin el límite del 70 % los DTA que resultaban deducibles en ese periodo impositivo, ¿supone ello que en los periodos impositivos siguientes no puede optarse por la conversión de DTA en créditos exigibles frente a la Administración tributaria? La respuesta a esta cuestión no resulta fácil, pues si bien consideramos que no puede exigirse al contribuyente una opción que vincule de forma indefinida, cuando las circunstancias pueden variar, por otro lado, la no aplicación de un límite en un ejercicio podría determinar una menor tributación en la liquidación en la que no se aplicó el límite del 70 % previsto en el artículo 11.12. Nos inclinamos por admitir un cambio de criterio siempre que de ello no se derive una menor tributación, en cuyo caso debería corregirse mediante la presentación de las correspondientes declaraciones complementarias.

EJEMPLO 3

La entidad A tiene DTA pendiente de revertir al inicio del periodo impositivo 2018, por importe de 125 (generados en 2017) conforme al siguiente detalle:

	Base	DTA
DTA 2017 susceptibles de monetización	500	125

Conforme a las reglas generales del impuesto en 2018 revertirían DTA por importe de 50; ante las buenas expectativas de beneficios opta por no aplicar el límite del artículo 11.12, ya que considera que no incurrirá en pérdidas contables, y en el futuro no podrá convertir dichos DTA en un crédito exigible frente a la Administración tributaria.

	2018
Resultado contable	50
Límite <i>ex</i> artículo 11.12 ($70 \% \times 50$) = 35	
	.../...

.../...

.../...

	2018
.../...	
Ajuste negativo por DTA (sin límite)	-50
Base imponible	0
Tipo de gravamen	25 %
Cuota líquida	0

Tras la anterior liquidación restan DTA pendientes de revertir conforme al siguiente detalle:

	Base	DTA
DTA 2017 susceptibles de monetización pendiente al final de 2018	450	112,5

Durante el periodo impositivo 2019 y debido a circunstancias sobrevenidas, la entidad obtiene importantes pérdidas (superiores a la cifra del capital y reservas) que le avocan a situación de insolvencia judicialmente declarada y liquidación.

	2019
Resultado contable	-200
Límite <i>ex</i> artículo 11.12 ($70 \% \times -200$) = 0	0
Base imponible	-200
Tipo de gravamen	25 %
Cuota líquida	0
Devolución beneficio fiscal obtenido en 2018 (1)	3,75
Monetización de DTA	-116,25
Crédito exigible frente a la Administración tributaria	-112,5
(1) A efectos de una mayor claridad hemos obviado el importe de los intereses de demora.	

.../...

.../...

Entendemos que la entidad A debería poder monetizar los DTA pendientes en 2019, rectificar, en su caso, la menor tributación de 2018 mediante la inclusión de la cuota e intereses de demora en la liquidación correspondiente a 2019 (art. 125.3, segundo párrafo, de la LIS).

La declaración que –de conocerse las pérdidas de 2019– razonablemente habría presentado en 2018 sería la siguiente:

	2018
Resultado contable	50
Límite <i>ex</i> artículo 11.12 ($70\% \times 50$) = 35	-35
Ajuste negativo por DTA sin límite	
Base imponible	15
Tipo de gravamen	25 %
Cuota líquida a ingresar	3,75

	Base	DTA
DTA generado en 2017, pendiente al final de 2018	465	116,25

3.1.1.2. DTA generados con posterioridad a 2016 respecto de los que el contribuyente opta por que puedan monetizarse

En relación con estos DTA la novedad más relevante es que solo van a ser susceptibles de conversión o monetización aquellos DTA que hayan –efectivamente– determinado un pago de impuestos. Señala el artículo 130 de la LIS que el importe de los DTA que es susceptible de monetización tiene como límite el importe de la cuota líquida positiva del ejercicio en el que se generó, de esta forma, una vez que se confirma que la cuota líquida del periodo impositivo es positiva, si en el futuro concurriesen los supuestos previstos en el propio artículo 130 (pérdidas contables o insolvencia judicialmente declarada), el DTA resultante del ajuste positivo practicado en la base imponible del periodo impositivo, podría convertirse en crédito exigible frente a la Administración tributaria.

La norma podría haber optado por un cálculo proporcional del importe del DTA efectivamente integrado y permitir la conversión exclusivamente de aquella parte de DTA que hubiese determinado un pago de impuesto; frente a esta alternativa, el legislador, probablemente en aras de la simplicidad, ha optado por considerar que el importe total de la cuota líquida responde en primer término al DTA. De esta forma cuando la cuota líquida resulte inferior al DTA generado en el periodo impositivo, únicamente el importe de la cuota líquida será susceptible de conversión; cuando, por el contrario, el importe del DTA generado sea inferior a la cuota líquida del periodo, el importe total del DTA podría convertirse en crédito exigible frente a la Administración tributaria, de cumplirse los requisitos marcados por el artículo 130 de la LIS.

Permite, no obstante, el legislador que los excesos de cuota líquida sobre el importe del DTA generado en el periodo impositivo se utilicen para permitir la conversión de DTA generados en periodos anteriores –sin límite– o en los dos posteriores.

EJEMPLO 4

La entidad A en el periodo impositivo 2016 presenta la siguiente liquidación por el IS:

Resultado contable	100
Ajuste positivo por DTA del artículo 11.12	40
Otros (negativos) ajustes al resultado	-16
Base imponible	124
Tipo de gravamen	25 %
Cuota líquida	31

DTA generado en el ejercicio ($40 \times 25\%$)	10
Exceso de cuota líquida sobre DTA	21

Cumpléndose el resto de requisitos, el exceso de cuota líquida sobre el importe de los DTA generado en 2016 permitiría la conversión de DTA generados en los dos periodos impositivos posteriores o en cualquiera de los anteriores.

La referencia a los dos periodos impositivos siguientes lleva a pensar que resulta indiferente la duración de los mismos, por ejemplo, porque sean periodos impositivos inferiores a 12 meses, lo que no siempre puede resultar equitativo. No obstante, atendiendo a la consolidada doctrina administrativa en relación con el plazo para la compensación de bases imponible vigente hasta 1996¹⁵, entendemos que no podría admitirse una extensión del límite temporal en el caso de que uno de los dos periodos impositivos tuviese una duración inferior a 12 meses.

En un supuesto de exceso de cuota líquida, y en el que concurren DTA generados en ejercicios anteriores por los que resultase necesario satisfacer la prestación patrimonial del 1,5 %, entendemos que no resultaría necesario el abono de la misma por el importe del exceso de cuota líquida.

EJEMPLO 5

La entidad A en el periodo impositivo 2018 presenta la siguiente liquidación por el IS:

	2018
Resultado contable	50
Ajuste positivo por DTA del artículo 11.12	10
Otros (negativos) ajustes al resultado	4
Base imponible	64
Tipo de gravamen	25 %
Cuota líquida	16
DTA generado en el ejercicio ($10 \times 25\%$)	2,5
Exceso de cuota líquida sobre DTA	13,5

.../...

¹⁵ El artículo 18 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades establece:

«Artículo 18. Compensación de pérdidas.

Si en virtud de las normas aplicables para la determinación de la base imponible esta resultase negativa, su importe podrá ser compensado en los cinco ejercicios inmediatos y sucesivos».

.../...

DTA sujetos al pago de prestación patrimonial	25
Exceso de cuota líquida de 2018	-13,5
DTA para cálculo de la prestación patrimonial	11,5
Prestación patrimonial	0,17

Al igual que ocurría durante la vigencia de la normativa anterior, la reversión de estos DTA va a encontrar como límite el 70 % de la base imponible positiva previa a su integración, a la aplicación de la reserva de capitalización establecida en el artículo 25 de esta ley y a la compensación de bases imponibles negativas, lo que, a diferencia de lo que ocurre en la legislación italiana, impide que la reversión de los DTA genere bases imponibles negativas.

Por último, entendemos que la opción por calificar determinados DTA como susceptibles de monetización no debiera, siempre que no se produzca una menor tributación, impedir un cambio en dicha calificación si, a la postre, el contribuyente constata que (por ejemplo, por existir beneficios suficientes) puede recuperar los mismos conforme a las reglas generales de impuesto.

EJEMPLO 6

La entidad A tiene DTA pendiente de revertir al inicio del periodo impositivo 2018, por importe de 125 (generados en 2017) conforme al siguiente detalle:

	Base	DTA
DTA 2017 susceptibles de monetización	500	125

Conforme a las reglas generales del impuesto en 2018 revertirían DTA por importe de 50, si bien, ante las malas expectativas de beneficios opta por aplicar el límite del artículo 11.12 y únicamente revierte 35 (el 70 % del resultado previo) contemplando la futura conversión de los DTA pendientes en un crédito exigible frente a la Administración tributaria. La liquidación del periodo impositivo 2018 resultaría como sigue:

.../...

.../...

	2018
Resultado contable	50
Límite <i>ex</i> artículo 11.12 ($70\% \times 50$) = 35	-35
Base imponible	15
Tipo de gravamen	25 %
Cuota líquida	3,75

	Base	DTA
DTA generado en 2017, pendiente al final de 2018	465	116,25

Durante el periodo impositivo 2019 y debido a circunstancias sobrevenidas, la entidad obtiene importantes beneficios.

Adicionalmente se producen las circunstancias determinantes de la reversión de los DTA conforme a las reglas generales del IS.

Por los dos anteriores motivos la entidad A rectifica la opción tomada en el periodo anterior y minora los que revierten en 2019 y los que no revirtieron en 2018 por aplicación del límite establecido en el artículo 11.12.

	2019
Resultado contable	465
Límite <i>ex</i> artículo 11.12 ($70\% \times 465$) = 325,5	
Ajuste negativo por DTA sin límite	-465
Base imponible	-
Tipo de gravamen	25 %
Cuota líquida	0

Entendemos que la entidad A podría perfectamente cambiar la opción realizada en el periodo impositivo anterior en la medida en que la norma no limita dicha posibilidad y del cambio no se deriva una menor tributación.

3.2. DTA GENERADOS CON ANTERIORIDAD A 2008

Como hemos analizado, tras la modificación operada por la Ley 48/2015, los DTA generados a partir de 2016 únicamente podrán convertirse en un crédito exigible frente a la Administración tributaria en la medida en que se hubiesen generado en un periodo impositivo en el que la cuota líquida hubiese resultado positiva y se entendiese, por lo tanto, que dichos DTA han determinado un pago de impuesto.

Dicho requisito resulta del acuerdo alcanzado con la Comisión Europea con el objetivo de que el régimen de monetización de los DTA no pudiera entenderse que constituye una ayuda de Estado. Fruto también del acuerdo alcanzado con la Comisión para los DTA generados entre los años 2008 a 2015 se va a exigir que se haya producido, en términos globales, un pago de impuesto o en su defecto de una prestación patrimonial.

Por el contrario, los DTA generados con anterioridad a 2008 se van a ver exonerados de dicho requisito, permitiéndose su conversión en los mismos términos que el resto de DTA, pero sin que respecto de los mismos resulte necesario constatar que determinaron un efectivo pago de impuesto o prestación patrimonial.

Se mantiene, por lo tanto, respecto de los DTA generados con anterioridad a 2008 la posibilidad existente con la normativa anterior (vigente hasta 2015) de que se produzca una monetización de un DTA que resultó «gratis» para el contribuyente.

EJEMPLO 7

La entidad A tiene los siguientes DTA pendientes de reversión desde el periodo impositivo 2007, habiendo sido su liquidación en dicho ejercicio la siguiente:

	Base	DTA
DTA generado en 2007	500	125

	2007
Resultado contable	-500
	.../...

.../...

.../...

	2007
.../...	
Ajuste por DTA (del art. 11.12)	500
Base imponible	0
Tipo de gravamen	32,5 %
Cuota líquida	0

La entidad ha permanecido prácticamente inactiva desde ese ejercicio, si bien en 2016 presenta unas pérdidas contables equivalentes al capital y las reservas acumuladas (ratio de conversión del 100 %) derivadas de los gastos de mantenimiento de la sociedad y decide solicitar la monetización por el importe total de los DTA, conforme al siguiente detalle.

	2016
Resultado contable	-3
Base imponible	-3
Tipo de gravamen	25 %
Cuota líquida	0
Monetización de DTA	-125

Como puede observarse, el efecto para la entidad de la monetización es el abono de un crédito de impuesto que la entidad difícilmente recuperaría y que, además, no le determinó el anticipo de cantidad alguna ya que al momento de su generación se compensó con las pérdidas del ejercicio 2007.

Una cuestión que se plantea en relación con estos DTA, y a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos, es si los mismos podrían ser objeto de monetización en los periodos impositivos 2016 y siguientes si se considerase que los mismos deberían haber sido objeto de monetización en los periodos impositivos anteriores conforme a la regulación vigente en dicho momento que, como sabemos, no tenía carácter potestativo. En nuestra opinión, al igual que ocurre en la norma italiana, la falta de ejercicio del derecho concedido al contribuyente determina el decaimiento.

miento del mismo y en el futuro el contribuyente no podría solicitar la reversión del DTA que –por error– no monetizó.

3.3. DTA GENERADOS ENTRE 2008 Y 2015

La disposición transitoria trigésima tercera de la LIS, en su apartado dos, regula los requisitos para la monetización de los DTA generados entre los periodos impositivos transcurridos entre los años 2008 y 2015.

Mantiene, en relación con los mismos, la regulación vigente hasta 2015 introduciendo, no obstante, dos modificaciones de relevancia en cuanto a la necesidad de que los DTA hubiesen determinado un pago de impuesto o, en su defecto, se sujeten al pago de una «Prestación patrimonial por conversión de activos por impuesto diferido en crédito exigible frente a la Administración tributaria» (PPDTA).

3.3.1. Prestación patrimonial por conversión de los DTA en crédito exigible frente a la Administración tributaria

Conforme al consenso alcanzado con la Comisión Europea en relación con los mismos, resulta necesario calcular el importe agregado de las cuotas líquidas de cada uno de los periodos impositivos transcurridos entre 2008 y 2015.

En el supuesto de que dicho importe resulte superior al importe de los DTA generados en idéntico periodo, la totalidad de los mismos podría convertirse en créditos exigible frente a la Administración siempre que, según hemos analizado en apartados anteriores, se dieran todas las siguientes circunstancias:

1. El contribuyente optase por dicha conversión a partir de 2016.
2. Dichos DTA no se hubiesen tenido que convertir en créditos exigibles frente a la Administración tributaria en periodos anteriores.
3. Y, finalmente, se den los requisitos para que los DTA se conviertan en crédito exigible frente a la Administración tributaria (*i. e.* pérdidas contables o insolvencia judicialmente declarada).

En el caso de que el importe agregado de las cuotas líquidas de dicho espacio temporal resultase inferior al importe de los DTA generados, la conversión de los mismos requerirá que «en todos los periodos» se abone una prestación patrimonial equivalente al 1,5% de los DTA susceptibles de monetización.

3.3.2. La naturaleza de la prestación

Tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional¹⁶, las prestaciones patrimoniales pueden tener naturaleza tributaria o no tributaria. Las prestaciones patrimoniales de naturaleza tributaria «son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos»¹⁷, mientras que las prestaciones patrimoniales de naturaleza no tributaria no persiguen el sostenimiento del gasto público, sino que responden a un fin de interés público.

La distinción no es baladí por cuanto conforme al artículo 134 de la Constitución española (CE) la «Ley de Presupuestos no puede crear tributos», por lo que, de tener la presente prestación patrimonial naturaleza tributaria, la misma estaría viciada de nulidad al haberse creado mediante un instrumento inapropiado.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resulta que las prestaciones patrimoniales de naturaleza no tributaria que se establezcan, además de sujetarse al principio de reserva de ley y de obedecer a una finalidad de interés público, «deben también respetar los límites, exigencias y principios que la Constitución recoge en su articulado»¹⁸.

La escasa regulación de la PPDAT se recoge en la disposición adicional decimotercera, tal y como ha sido redactada por la Ley 48/2015.

3.3.3. La prestación patrimonial por monetización de activos como garantía para el registro del activo

Conforme al apartado dos de la disposición adicional decimotercera de la LIS, la PPDAT resulta de aplicar el 1,5 % al saldo de DTA existente «el último día del periodo impositivo correspondiente al IS de la entidad». De esta forma, en aquellos casos en los que el saldo de los DTA generados entre 2008 y 2015 supere el importe de la cuota líquida agregada de dicho periodo, el contribuyente vendrá obligado a abonar el 1,5 % de dicho exceso.

En nuestra opinión, económicamente, la PPDAT se asimila a una prima de seguro, que permite trasladar a la Administración tributaria el riesgo de que la empresa no obtenga los beneficios

¹⁶ Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre (NFJ003833), en la que en su fundamento jurídico tercero el Tribunal Constitucional señala que no podían identificarse los conceptos de prestación patrimonial de carácter público y el de tributo.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional número 182/1997, de 28 de octubre (NFJ005623), fundamento jurídico decimoquinto.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional número 233/1999, de 16 de diciembre (NFJ008394), fundamento jurídico trigésimo quinto: «además de tener un fin constitucionalmente lícito, las prestaciones de carácter público deben también respetar los límites, exigencias y principios que la Constitución recoge en su articulado, el primero de los cuales deriva del propio art. 31.3 CE».

suficientes para utilizar en un plazo de 10 años el importe de los DTA. Debemos tener presente que el pago de la prima no determinará necesariamente la conversión de los DTA en crédito exigible, sino simplemente la posibilidad de que, si se producen pérdidas, el contribuyente podrá recuperar el importe del DTA.

El pago de la «prima» o prestación patrimonial es anual y cierta, mientras que el importe de los DTA que podrán recuperarse mediante su conversión es, normalmente, contingente y depende del importe de las pérdidas contables, del capital y de las reservas; por lo que, salvo en el supuesto de pérdidas inminentes, el contribuyente estará abonando la prestación sin certeza acerca del importe de DTA que finalmente podrá recuperar.

Con la aprobación de la PPDTA el legislador ha hecho evidente su voluntad en relación con el mecanismo de conversión de los DTA en crédito exigible frente a la Administración tributaria, que no era otra que la de «arreglar» un problema contable sin que ello determine un coste para el erario público. A nuestro juicio, el legislador no quiere que se produzca la monetización, tan solo quiere que los contribuyentes –y en especial las entidades de crédito– puedan mantener en su activo los DTA sin necesidad de que se incrementen las exigencias de capital fijados en los Acuerdos Basilea III.

En este contexto, dos son los supuestos en los que normalmente los contribuyentes optarán por el abono de la PPDTA:

- Contribuyentes que tengan una alta probabilidad de obtener pérdidas contables y prevean la conversión de los DTA en créditos exigibles frente a la Administración tributaria.
- Contribuyentes que no buscan la conversión pero que anteponen la necesidad de que el importe de los DTA no determine exigencias adicionales de capital, es decir, entidades de crédito sometidas a las normas de solvencias CRR/CRD IV.

En nuestra opinión, una tan restrictiva aplicación práctica podría igualmente determinar que se considerase que la norma constituye una ayuda de Estado de carácter selectivo.

3.3.4. Aplicación práctica de la prestación patrimonial por monetización de activos

Los elementos configuradores de la PPDTA son los siguientes:

- Base imponible. Vendrá constituida por el importe total de los DTA existentes el último día del periodo impositivo.
- Devengo. Se fija el día de inicio del plazo voluntario de la declaración (el 1 de julio en aquellos casos en los que el periodo impositivo coincide con el año natural).

- Plazo de ingreso. El plazo de presentación coincide con el del propio IS, su ingreso se realizará en los términos que apruebe el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas (en la actualidad ministro de Hacienda y Función Pública) mediante la correspondiente orden ministerial.
- La exacción corresponderá a la Agencia Estatal de Administración Tributaria mientras que la competencia para la resolución de las consultas que pudieran presentarse se atribuye a la DGT.
- Los recursos y reclamaciones que pudieran plantearse en relación a la PPDTA se tramitarán por la vía económico-administrativa, previo recurso potestativo de reposición y con carácter previo a la vía contencioso-administrativa.

La escasa regulación determina, sin embargo, que se planteen numerosas cuestiones relativas a su aplicación práctica que tendrán que ser resueltas por la doctrina administrativa. De entre las mismas consideramos de mayor relevancia práctica las siguientes:

3.3.4.1. *Pago de la PPDTA en los periodos impositivos inferiores a doce meses*

Tal y como hemos señalado la PPDTA debe satisfacerse por cada periodo impositivo, con independencia de la duración del mismo, es decir, con independencia de que exista un periodo impositivo inferior a 12 meses.

Como decíamos en un apartado anterior, el carácter no tributario de la PPDTA no otorgó una libertad absoluta al legislador en el establecimiento de las prestaciones patrimoniales que, además de responder a un fin de interés público, está sujeta a las limitaciones que resultan de la propia CE y del derecho comunitario.

Resulta cuestionable si la existencia de un periodo impositivo inferior a 12 meses justifica el devengo de la PPDTA por la cuantía total de la misma. En el caso de entidades –las financieras– cuyo ejercicio social viene establecido por el regulador, resulta poco probable que se produzcan devengos de la PPDTA sobre la base de la existencia de periodos impositivos de duración inferior a 12 meses, pero fuera del ámbito de estas entidades, dicha posibilidad resulta factible.

3.3.4.2. *Importe máximo de la PPDTA*

Transcurridos 18 años desde el momento del registro contable del DTA, el mismo se podría canjear por valores de deuda pública. Como hemos analizado, en aquellos casos en los que no procede el pago de la prestación patrimonial por existir exceso de cuota líquida, dicho plazo empieza a computar a partir del periodo impositivo en el que la cuota líquida excede el DTA del ejercicio.

Transcurrido el plazo de 18 años, el contribuyente podría recuperar el importe del DTA; resulta relevante tener presente que, pasado dicho plazo, el importe de la PPDTA puede suponer una ponderación relevante del valor del DTA en el activo del contribuyente.

EJEMPLO 8

La entidad A registró un DTA en el periodo impositivo 2015 que excedía en 500 el importe de la cuota líquida acumulada del periodo 2008 a 2015, razón por la cual si quiere optar por la conversión debe abonar la PPDTA.

Transcurridos 18 años (periodo impositivo 2033) desde el registro contable y tras haber abonado la PPDTA por cada uno de los años, procede a canjear el importe del DTA por deuda pública.

Al momento del canje la entidad habrá satisfecho en concepto de PPDTA un importe equivalente al 27 % del DTA ($1,5 \% \times 18$ años), es decir, 135 en nuestro caso.

Si tenemos en cuenta el carácter deducible de la PPDTA el efecto en términos de *cash flow* para una entidad que –por ser entidad de crédito estuviese sujeta al tipo del 30 %– sería el siguiente:

DTA canjeado por deuda pública	500
Coste por PPDTA ($500 \times 1,5 \% \times 18$ años $\times 70 \%$)	–94,5
Importe neto (sin considerar coste financiero)	405,5

3.3.4.3. Pago parcial de la PPDTA

De acuerdo con apartado 2 de la disposición adicional decimotercera, el importe de la PPDTA será el resultado de aplicar el 1,5 % «al importe total de dichos activos existentes el último día del periodo impositivo correspondiente al impuesto sobre sociedades de la entidad».

Surge la duda de si el contribuyente puede optar parcialmente por la monetización mediante el pago de la PPDTA exclusivamente respecto de una parte de los DTA generados. Frente a esta posibilidad, podría argumentarse que la norma exige el cálculo de la PPDTA sobre el total de los DTA. Consideramos, no obstante, que dicho argumento carece de la solidez que, por otro lado, se derivaría de una interpretación finalista de la norma, que permitiese la aplicación parcial del mecanismo de la conversión admitiendo la reversión de los mismos sin límite, hasta el importe que el contribuyente pudiese absorber con beneficios y calculando la prestación patrimonial sobre el importe que exceda de los beneficios obtenidos.

EJEMPLO 9

La entidad A registró un DTA entre 2008 y 2015 que excedía en 100 el importe de la cuota líquida acumulada de dicho periodo 2015, razón por la cual, si quiere optar a la conversión del mismo en un crédito frente a la Administración tributaria, debe abonar la PPDTA.

Estima, sin embargo, que con los beneficios que espera obtener durante 2017 y 2018 podría recuperar, al menos, el 80 % del importe total del DTA.

En nuestra opinión, dado el carácter potestativo, desde 2016, de la conversión, nada debería obstar para que el pago de la PPDTA se realizase únicamente por el importe del 20 % de los DTA.

No obstante, si bien hasta la fecha desconocemos que exista un pronunciamiento administrativo sobre la materia, dada la voluntad de limitar al máximo las posibilidades de conversión de los DTA en crédito exigible, resulta previsible que la interpretación administrativa se muestre restrictiva con esta posibilidad.

3.3.4.4. Cambio de opción y supuestos de modificación de opción

Otra cuestión que, en nuestra opinión, suscita dudas es la relativa a la posibilidad de que, una vez satisfecha la PPDTA en un periodo impositivo, se decida prescindir de la monetización en periodos impositivos siguientes; en este supuesto, cabría plantearse si el contribuyente podría solicitar la devolución de la PPDTA satisfecha o, por el contrario, estaría vinculado al pago de la misma para próximos ejercicios.

De igual forma cabe plantearse el supuesto contrario, es decir, un contribuyente que, no habiendo satisfecho inicialmente la PPDTA, con posterioridad opta por su aplicación. La cuestión que surge es si cabe regularizar extemporáneamente el pago de la PPDTA, incluyendo los recargos e intereses que correspondan, o, por el contrario, el ejercicio extemporáneo estaría vedado.

En nuestra opinión la primera situación, abono inicial de la PPDTA y posterior desistimiento, debería ser una opción perfectamente factible para el contribuyente, que no tendría, a nuestro juicio, derecho a devolución alguna al no poder reputarse los importes satisfechos como indebidos, mientras que la segunda situación (no pago inicial de la PPDTA y posterior regularización) resulta más conflictiva. La respuesta, en nuestro entendimiento, pasa por el análisis de la propia naturaleza de la PPDTA; en la medida en que responde a un traspaso del riesgo que extiende sus efectos exclusivamente durante un periodo impositivo, no debería existir impedimento para que, en un momento posterior, se optase por abonar «la prima de seguro» y traspasar el riesgo a la Administración.

Somos conscientes de que la voluntad administrativa es restrictiva en cuanto a permitir la conversión de los DTA en crédito exigible frente a la Administración, pero, si se entendiese que el pago de la PPDTA durante todos los periodos impositivos transcurridos desde la generación del DTA constituye el requisito *sine qua non* para la conversión, entendemos que no cabría hablar de una prestación patrimonial del 1,5 % sino de una prestación patrimonial por un importe acumulado del «1,5 por ciento por los años transcurridos hasta la conversión, reversión o canje por deuda pública del DTA». En este caso el devengo debiera ser único y al momento de la materialización del «riesgo» o «desaparición del DTA» y ello sin perjuicio del establecimiento de pagos anticipados.

Como veremos más adelante, esta configuración podría afectar al registro contable de la PPDTA por cuanto en el momento del registro del DTA debería cuantificarse y registrarse el importe de la misma, lo que en definitiva podría restarle cierto atractivo al incentivo representado por la posibilidad de monetizar los DTA.

3.3.5. El registro contable de la prestación

Frente a los que consideran que la PPDTA debería registrarse como gasto corriente en cada uno de los ejercicios en los que se devengue la misma, recientemente han surgido interpretaciones que, atendiendo a la configuración legal de la PPDTA, consideran que el reconocimiento de la prestación requeriría del registro del correspondiente pasivo, o partida minoradora del DTA, por un importe equivalente a la PPDTA a satisfacer en *todos* los ejercicios que resten hasta su conversión en deuda pública o, de ser anterior, su conversión en DTC o reversión conforme a las reglas generales del IS.

Lo relevante de esta interpretación es que, de prosperar, obligaría a reconocer un importe de pasivo minorador del DTA, lo que, en última instancia, debiera ponderar el valor del DTA en el activo de la entidad.

El fundamento de dicha interpretación se encuentra precisamente en el entendimiento de que la posibilidad de conversión existirá únicamente en el supuesto de que el contribuyente abone la PPDTA en todos y cada uno de los periodos impositivos durante los que mantenga el DTA, bastando el impago de una «anualidad» para que la conversión no resulte posible. Tal y como señalábamos, dicho entendimiento, respondería a una configuración de la PPDTA como una prestación única por todos los periodos, de forma que el impago de una sola anualidad determina el impago del total y, por lo tanto, la imposibilidad de la conversión.

Frente a esta interpretación, nosotros nos decantamos por asimilar la PPDTA a una prima por aseguramiento del riesgo de pérdidas de forma tal que el impago de la PPDTA en un periodo determinará la imposibilidad del reconocimiento contable y, lo que es más relevante, la conversión, exclusivamente en el periodo impositivo al que dicha PPDTA se refiere pero sin determinar la imposibilidad de que en periodos impositivos subsiguientes el contribuyente opte por satisfa-

cer la prestación patrimonial y, con ello, trasladar a la Administración tributaria el riesgo de no obtener beneficios suficientes para absorber los DTA existentes al cierre del periodo impositivo.

Esta interpretación conllevaría necesariamente el registro de la PPDTA como gasto corriente del ejercicio.

3.3.6. Tratamiento fiscal de la prestación

Como hemos señalado, la PPDTA constituye requisito previo y necesario para la conversión de los DTA en crédito exigible frente a la Administración tributaria, lo que, en muchos casos, va a determinar la posibilidad de su registro contable.

Lo anterior no debe llevar, sin embargo, a entender que la PPDTA constituye gasto por IS ya que, como hemos señalado, el hecho de que haya sido establecida por la Ley de Presupuestos determina que la PPDTA no tenga naturaleza tributaria.

En nuestra opinión, lo anterior conduce inevitablemente a la conclusión de que la PPDTA, como lógico correlato a su tratamiento contable, es fiscalmente deducible del IS por cuanto no encontraría cabida en ninguno de los supuestos de gastos que la LIS establece como no deducibles.

4. IMPLICACIONES CONTABLES. LA EXISTENCIA DEL ACTIVO Y LA NECESIDAD DE SU REGISTRO CONTABLE

La norma de conversión de DTA, contenida en el artículo 130 de la LIS, se refiere en diversas ocasiones a «activos por impuesto diferido generados», sin vincular en ningún momento la conversión a la existencia de registro contable.

En este sentido, conforme a la definición de activo contenida en el marco conceptual del PGC¹⁹, son activos «los bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro».

El concepto gira en torno a la capacidad de convertirse en un rendimiento económico generador de futura liquidez para la empresa.

Conforme a lo anterior, parece que el activo existiría desde el momento en que la empresa tiene una expectativa –independientemente de su probabilidad de realización que, como se verá, únicamente afectaría a su reconocimiento contable– de generar rendimientos y liquidez en el futuro.

¹⁹ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

Por lo que se refiere a su registro contable, el Plan General de Contabilidad contempla lo siguiente:

El registro de los elementos procederá cuando, cumpliéndose la definición descrita de los mismos, *se cumplan los criterios de probabilidad en la obtención* o cesión de recursos que incorporen beneficios o rendimientos económicos y su valor pueda determinarse con un adecuado grado de fiabilidad. Cuando el valor debe estimarse, el uso de estimaciones razonables no menoscaba su fiabilidad. En particular:

«1. Los activos deben reconocerse en el balance cuando sea probable la obtención a partir de los mismos de beneficios o rendimientos económicos para la empresa en el futuro, y siempre que se puedan valorar con fiabilidad. El reconocimiento contable de un activo implica también el reconocimiento simultáneo de un pasivo, la disminución de otro activo o el reconocimiento de un ingreso u otros incrementos en el patrimonio neto».

Conforme a lo anterior, cabe concluir que el activo existe incluso aunque el mismo no se encuentre registrado y, existiendo, su registro contable depende básicamente de la probabilidad de obtención de beneficios económicos futuros. En este sentido, parece que la norma de conversión resultaría aplicable a los activos por impuesto diferido generados, como dice la propia norma, sin que se requiera que estos activos hayan sido objeto de registro contable al momento de su generación, puesto que, por ejemplo, por haberse estimado que su periodo de recuperación podría exceder de 10 años, el contribuyente podría no haber efectuado su registro contable, sin que ello impida, como se ha dicho, la existencia del activo «generado» y, consecuentemente, la posibilidad de monetizar.

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta la recientemente publicada Resolución de 9 de febrero de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del impuesto sobre beneficios, que contempla, en su capítulo II en relación con los criterios de registro o reconocimiento de un activo (art. 5), que los activos por impuestos diferidos se registrarán contablemente cuando sea probable que la empresa disponga de beneficios futuros que permitan la aplicación de esos activos, en línea con lo anteriormente mencionado.

No obstante, la resolución añade, como novedad, que, «en todo caso, se considerará que concurre esta circunstancia cuando la legislación fiscal contemple la posibilidad de conversión futura de activos por impuesto diferido en un crédito exigible frente a la Administración tributaria, respecto a los activos susceptibles de conversión».

Conforme a lo anterior, parece pues que –aun cuando la norma fiscal no requiriera que el activo se encontrara registrado en el ejercicio en el que se generó– el activo debe lucir en el balance por el hecho de ser susceptible de monetización, de modo que, aunque solo sea en el momento inmediatamente anterior a su conversión, se requerirá el registro contable del activo a) para dar cum-

plimiento al presupuesto contable y b) para que se pueda, propiamente, hablar de conversión, lo cual requiere que algo –el DTA registrado– se transforme en otra cosa –el DTC que lo sustituirá–.

Solo existe una mención en la norma al registro contable del activo, referida al plazo de canje en deuda pública; en este caso sí habla la norma de un plazo de 18 años computado desde el último día del periodo impositivo en que se produzca el registro contable de tales activos. Esto supone que, independientemente de que el activo generado al momento de ajustar positivamente el gasto en cuestión no se registrara contablemente, conforme a la nueva resolución del ICAC, resultaría necesario su registro contable si el activo resulta monetizable conforme al régimen de conversión del artículo 130. A partir del cierre de este ejercicio (o del de su registro inicial del activo, si fue registrado al momento de su generación), se computará el plazo de los 18 años para el canje por deuda pública de los activos.

5. OTRAS CUESTIONES

5.1. EL CANJE POR DEUDA PÚBLICA

Conforme a lo dispuesto en el artículo 130.5 de la LIS, los DTA podrán canjearse por valores de deuda pública, transcurrido el plazo de 18 años, computado desde el último día del periodo impositivo en que se produzca el registro contable de tales activos.

Por su parte, la disposición transitoria trigésima tercera dispone que, en el supuesto de activos registrados con anterioridad al primer periodo impositivo que se haya iniciado a partir de 1 de enero de 2014, ese plazo se computa desde el último día del citado periodo impositivo, es decir, con ejercicio natural, desde 31 de diciembre de 2014.

La nueva redacción del artículo 130 *in fine* introduce, asimismo, determinadas modificaciones en relación con el cómputo del plazo de 18 años para que se puedan canjear los DTA por deuda pública.

En efecto, señala el referido artículo que, en aquellos casos en los que el exceso de cuota líquida satisfecho en un ejercicio posibilite la monetización de DTA generados en cualquier periodo impositivo previo o en los dos posteriores, el plazo de 18 años para su canje por deuda pública «se computará desde el último día del primer periodo impositivo en que a dichos activos les resulte de aplicación este artículo».

A nuestro juicio no resulta clara la referencia al momento en el que se inicia el cómputo del plazo de 18 años, pudiéndose entender que es la fecha en la que se produce el pago del exceso de cuota líquida sobre el importe del DTA generado en el ejercicio.

No obstante, dicha interpretación puede conducir a situaciones no equitativas sobre todo cuando dicho exceso se utiliza para evitar el pago de la PPDTA por los DTA generados entre

2008 a 2015 por cuanto los mismos verían inexplicablemente diferido el plazo de 18 años hasta un momento posterior.

EJEMPLO 10

La entidad A tiene DTA generados entre los periodos impositivos 2008 a 2015, cuyo importe excede el importe de la cuota líquida de dichos periodos.

El importe de los DTA generados en los periodos impositivos 2016 a 2020 es el siguiente:

Periodo impositivo	DTA generado	Cuota líquida
2016	50	50
2017	25	25
2018	40	40
2019	60	60
2020	75	275
Total	250	450

El exceso de cuota líquida satisfecho en 2020 (*i. e.* 200) se aplica a minorar la PPDTA a satisfacer respecto a los DTA generados entre 2008 y 2015.

Conforme al apartado 130.uno *in fine*, se plantea la duda de si el plazo de 18 años volvería iniciarse en 2020, lo que en nuestra opinión no resultaría equitativo, sobre todo si tenemos en cuenta que durante el periodo 2016 a 2019 el contribuyente habrá satisfecho un 1,5 % anual sobre el importe de los DTA generados entre 2008 y 2015.

5.2. ESPECIAL TRATAMIENTO DE LAS BASES IMPONIBLES NEGATIVAS GENERADAS DE LA REVERSIÓN DE AJUSTES GENERADORES DE DTA

Tal y como hemos tenido ocasión de analizar, la norma italiana modificó en 2011 los supuestos en los que los activos fiscales diferidos podían convertirse en un crédito exigible frente a la Administración tributaria para incluir la posibilidad de que se produzca la monetización, in-

cluso en aquellos casos en los que el contribuyente obtiene pérdidas fiscales o bases imponibles negativas, estando limitada la monetización al importe de las bases imponibles que provenían de la reversión de los ajustes por activos fiscales diferidos susceptibles de monetización.

La norma española introdujo el supuesto de conversión de bases imponibles negativas cuando provenían de la reversión de DTA y, al igual que la norma italiana, la conversión se producía por el total de la base imponible correspondiente a DTA, esto es, sin el límite de la ratio representado por las pérdidas respecto del capital y las reservas.

No obstante, la norma española fue acompañada de dos normas complementarias que dejaban vacío de contenido el supuesto de conversión de las bases imponibles negativas:

- a) Por un lado, la posibilidad de conversión de las bases imponibles negativas en crédito exigible frente a la Inspección se limitaba a aquellas generadas a partir del periodo impositivo 2014.
- b) Por otro, con efectos retroactivos al año 2011 se corregían las bases imponibles originadas por la reversión de los DTA y «volvían» a convertirse en DTA pendientes de revertir. Como hemos comentado, esta corrección de las bases imponibles negativas permitía que el plazo de utilización de las mismas (18 años) no empezase a «correr».

El resultado, por lo tanto, de la inclusión de la referencia al 2014 determinaba que la reversión de DTA nunca pudiese determinar bases imponibles negativas y que, por lo tanto, quedase vacía de contenido la posibilidad de que dichas bases imponibles negativas se convirtiesen en un crédito exigible frente a la Administración tributaria.

Tras la modificación operada por la Ley 48/2015 se ha eliminado la referencia a que las bases imponibles negativas que son susceptibles de conversión son las generadas desde el 2014, manteniendo, sin embargo, el artículo 130 en su apartado 1, último párrafo, la posibilidad de que se conviertan en crédito exigibles las bases imponibles negativas.

La disposición adicional vigésima segunda, tal y como la redactó el Real Decreto-ley 14/2013, literalmente decía:

«1. Los activos por impuesto diferido [...], se convertirán en un crédito exigible frente a la Administración tributaria, cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias:

[...]

Asimismo, los activos por impuesto diferido por el derecho a compensar en ejercicios posteriores las bases imponibles negativas se convertirán en un crédito exigible

frente a la Administración tributaria cuando aquellos sean consecuencia de integrar en la base imponible, a partir del primer periodo impositivo que se inicie en 2014, las dotaciones por deterioro de los créditos u otros activos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores, así como las dotaciones o aportaciones a sistemas de previsión social y, en su caso, prejubilación, que generaron los activos por impuesto diferido a que se refiere el primer párrafo de este apartado».

Mientras que la misma regla (contenida en el art. 130 de la LIS) tras la modificación operada por la Ley 48/2015 establece:

«1. Los activos por impuesto diferido [...], podrán convertirse en un crédito exigible frente a la Administración tributaria, [...]

[...]

Asimismo, los activos por impuesto diferido por el derecho a compensar en ejercicios posteriores las bases impositivas negativas, se convertirán en un crédito exigible frente a la Administración tributaria cuando aquellos sean consecuencia de integrar en la base imponible las dotaciones por deterioro de los créditos u otros activos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores, así como las dotaciones o aportaciones a sistemas de previsión social y, en su caso, prejubilación, que generaron los activos por impuesto diferido a que se refiere el primer párrafo del apartado anterior».

Como resulta de la comparación de ambas redacciones, la eliminación de la referencia al periodo 2014 puede conducir a interpretar que cualquier base imponible negativa (independientemente del ejercicio de generación) derivada de la reversión de los DTA «puede» convertirse en un crédito exigible frente a la Administración tributaria.

Habrà que atender a la interpretación que de dicha omisión se realice por parte de la doctrina administrativa.

5.3. OBLIGACIONES FORMALES E INFORMATIVAS

La norma establece una serie de requisitos formales y de información que deberán ser cumplidos anualmente en la propia declaración del impuesto. Se trata, en particular, de las siguientes obligaciones de información:

- a) Importe total de los DTA monetizables.
- b) Importe total y año de generación de los DTA, respecto de los cuales la entidad tiene derecho a la conversión. La entidad deberá especificar cuáles de esos DTA

ganan derecho a la conversión por utilizar un exceso de cuota sobre DTA generado en otro ejercicio:

1. Generándose dicho exceso en un ejercicio posterior, sin límite temporal para monetizar los activos previos.
2. Generado dicho exceso en un ejercicio anterior al de generación del DTA, con el límite de los dos años anteriores.

c) Por último, el importe total de DTA que no tienen derecho a la monetización.

5.4. PRELACIÓN PARA LA REVERSIÓN DE LOS DTA

La DGT, en contestación a Consultas V4138/2015 (NFC057433) y V4140/2015 (NFC057434), ambas de 28 de diciembre, ha aclarado cuál debe ser el orden de reversión de los correspondientes ajustes generadores de los DTA monetizables. Literalmente, explica lo siguiente:

«De acuerdo con el artículo 11.12 y el apartado 3 de la disposición transitoria trigésima tercera, de la LIS, la reversión de los activos por impuesto diferido y, por tanto, la integración en la base imponible de aquellas dotaciones que no fueron deducibles, una vez que se den las circunstancias para que las mismas pudieran ser objeto de integración en la base imponible, se producirá de acuerdo con el siguiente orden:

Con carácter previo y tal y como se ha indicado anteriormente, se integrarán en la base imponible aquellas dotaciones que se correspondan con activos por impuesto diferido que no tengan derecho a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 130 de la LIS, cualquiera que hubiera sido el periodo impositivo de generación.

Posteriormente, en relación con aquellos activos por impuesto diferido a los que resulte de aplicación lo establecido en el artículo 130 de la LIS, debe producirse la integración de la siguiente forma:

– En primer lugar, se integrarán las dotaciones correspondientes a activos por impuesto diferido generados entre los años 2008 y 2015 respecto de los que proceda realizar el pago de la prestación patrimonial por conversión de activos por impuesto diferido en crédito exigible frente a la Administración tributaria, establecida en la disposición adicional decimotercera.

– En segundo lugar, se integrarán las dotaciones correspondientes a aquellos activos por impuesto diferido generados antes de 31 de diciembre de 2007, así como los generados entre 2008 y 2015 respecto de los que no proceda realizar el pago de la prestación patrimonial anterior.

– En tercer lugar, se integrarán las dotaciones correspondientes a activos por impuesto diferido generados a partir de 1 de enero de 2016».

En resumen, la prelación será la siguiente:

- 1.º Reversión de ajustes que generaron DTA que no tengan derecho a monetización (o en relación con los cuales no se haya optado por la misma, debe entenderse, a nuestro juicio).
- 2.º Reversión de ajustes generadores de DTA en los periodos 2008 a 2015, sujetos a PPDTA (aquellos que en origen no pagaron impuestos por ser la cuota del ejercicio de su generación inferior al DTA generado). De esta manera, se propicia que aquellos DTA generadores de coste –por pago de la prestación– desaparezcan los primeros.
- 3.º Reversión de ajustes anteriores a 2015 que generaron pago de impuestos, con preferencia de los generados en primer lugar:
 - a) Los generados hasta 2007, que no están sujetos a pago de la prestación incluso aunque no supusieran pago de impuestos (por compensación de bases negativas, por ejemplo).
 - b) Los generados en el periodo 2008 a 2015, pero no sujetos a pago de prestación económica, por haber supuesto pago de impuesto.
- 4.º Reversión de ajustes generados a partir de 2016.

Como se puede apreciar, dos principios inspiran esta prelación:

- Mantener en balance el mínimo tiempo posible los DTA que generan coste por pago de prestación, es decir, revertir estos en primer lugar.
- Revertir siempre en primer lugar los más antiguos.

Bibliografía

LÓPEZ PÉREZ, M. y BRYANT CANO, A.: *El tratamiento de los activos fiscales diferidos en el sector financiero*, Afi, Analistas Financieros Internacionales, SA.

CRD IV - CRR / Basel III monitoring exercise, Results based on data as of 30 June 2014.

La trasformazione delle imposte differite attive in credito d'imposta: l'estensione del regime alle DTA IRAP., 29 settembre 2014, Tax Lab Centro Studi Giuridico Tributari.

Nota Informativa Banco de España, Eurosistema, 03.12.2013, *Nota informativa sobre tratamiento fiscal de activos fiscales diferidos*.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. [2015]: *Las prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria*, X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 6 y 7 de febrero.

MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, F. [2011]: *La estructura del nuevo marco prudencial y supervisor: hacia Basilea III*, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid, enero.

EL RÉGIMEN JURÍDICO-TRIBUTARIO DEL BITCOÍN

Norberto Miras Marín

*Profesor Asociado de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Murcia*

EXTRACTO

Este artículo analiza la naturaleza jurídica del bitcoin, intentando encuadrar la figura en las categorías de título valor con soporte electrónico, bien mueble incorporal y divisa virtual bidireccional. Una vez valorada su naturaleza jurídica desarrolla su tratamiento tributario, sopesando los criterios en la materia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Dirección General de Tributos.

Palabras clave: dinero virtual, bitcoin y tributación de divisas virtuales.

Fecha de entrada: 09-09-2016 / Fecha de aceptación: 14-10-2016 / Fecha de revisión: 25-10-2016

THE LEGAL TAX REGIME OF BITCOIN

Norberto Miras Marín

ABSTRACT

This paper analyzes the legal nature of bitcoin, valuing its classification in the following categories: electronic security, intangible movable property and bidirectional virtual currency. Having assessed their legal nature develops its tax treatment, reviewing the criteria in the matter of the Court of Justice of the European Union and the Directorate General of Taxes.

Keywords: virtual currency, bitcoin and virtual currency taxation.

Sumario

1. Introducción
2. Bitcóin desde un punto de vista técnico
3. La naturaleza jurídica del bitcóin
 - 3.1. Títulos valores emitidos en soporte electrónico
 - 3.2. La consideración del bitcóin como *software*: el bitcóin como bien mueble incorpóreo
 - 3.3. El bitcóin como divisa virtual de «flujo bidireccional»
4. Tributación del bitcóin
 - 4.1. Tributación indirecta del bitcóin
 - 4.1.1. Operaciones de cambio de divisas bitcóin por divisas de curso legal
 - 4.1.2. Operaciones de compraventa de bienes o servicios donde la contraprestación son bitcoins
 - 4.1.3. El «minado» de bitcoins
 - 4.2. La imposición directa sobre el bitcóin
 - 4.2.1. Tributación del bitcóin en el impuesto sobre la renta de las personas físicas
 - 4.2.2. Tributación del bitcóin en el impuesto sobre sociedades
 - 4.2.3. Tributación del bitcóin en el impuesto sobre el patrimonio
 - 4.2.4. Tributación del bitcóin en el impuesto sobre actividades económicas
5. Consideraciones finales

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Bitcoin se creó en secreto por un autor anónimo que utilizó el seudónimo Satoshi Nakamoto para hacer pública su obra. Su distribución también se realizó de manera discreta, mediante su inclusión en una lista de correos y desde allí se extendió a la web. Las razones que llevaron a esto fueron principalmente dos. La primera, bitcoin es una «moneda» que compite con el resto de «monedas» a escala global, pero que está realizada mediante un conjunto de programaciones accesibles para el común de los informáticos, por tanto, esta distribución *amateur* es acorde con su programación, lo que no resta mérito ni calidad al resultado final. La segunda, se trata de una divisa descentralizada que no está sostenida por Estado alguno, ni tratada por el sistema bancario, lo que supone que tanto los Estados como las entidades de crédito la observan con suspicacia, en el mejor de los casos.

La implantación y éxito relativo del bitcoin se debe a la demanda de un medio de pago global, seguro y sin comisiones de intermediación. También ha sido objeto de especulación como cualquier valor que, debido a su escasez, sea susceptible de crear mercado.

Algunos Estados han relacionado la figura del bitcoin con la delincuencia, sobre todo con el blanqueo de capitales¹. La utilización del bitcoin no constituye un ilícito por sí misma, sin embargo, la falta de una autoridad estatal que refrende la moneda, como sería el caso normal, y la

¹ En la sentencia Skatteverket contra David Hedqvist de 22 de octubre de 2015, asunto C-264/14 (NFJ060055), del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que será estudiada en el apartado dedicado a la imposición indirecta, el gobierno alemán se opone a que bitcoin sea considerado divisa fundamentándose en el uso frecuente que se hace de ella para blanquear capitales. En Sentencia número 37/2015, de 6 de febrero, la Audiencia Provincial de Asturias declara nulo un contrato de TPV virtual entre la empresa Meetpays, SL y la Caja Laboral, Cooperativa de Crédito, cuya finalidad era la adquisición de bitcoins mediante dinero electrónico gestionado por tarjetas de crédito, lo que era tender un puente entre los dos sistemas financieros. La fundamentación jurídica de la Caja Laboral, dada por buena por la Audiencia, consistía en esgrimir el artículo 16 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que impone una obligación genérica de control de pagos a las entidades de crédito. Dicho artículo transpone el artículo 3 de la Directiva 2000/60 que indica que dentro de esta obligación de control se encuentra la comprobación de la identidad. Evidentemente, el sistema Bitcoin impide seguir la cadena de transacciones identificando a comprador y vendedor de la misma manera que lo hace el sistema bancario tradicional, el *blockchain* identifica las transacciones pero no a los ordenantes –Satoshi NAKAMOTO, nos habla de *cash system*, es decir, es un sistema de dinero en metálico–. El artículo 7.3 de la Ley 10/2010 establece que cuando no se puedan garantizar las medidas de prevención de blanqueo de capitales, no se podrán establecer relaciones de negocio ni se ejecutarán operaciones y, en el caso de estar contratadas, se podrán fin a las mismas. La Audiencia entiende que a modo de prevención, debido a las dudas que suscitaba que pudiera cumplirse la exigencia de identificación, la Caja Laboral estaba facultada a resolver el contrato.

falta de vínculos con el sistema bancario deriva en la falta de información directa de estos entes de las operaciones con bitcoins y esta opacidad puede ser aprovechada para cometer ilícitos tanto administrativos como penales.

Debido a sus peculiaridades y a su materialización puramente informática, la cuestión de su naturaleza jurídica ha sido controvertida, dependiendo su tratamiento tributario de la determinación de la misma.

A continuación se analizarán los siguientes aspectos: naturaleza técnica, naturaleza jurídica y tratamiento tributario en los diferentes tipos de imposición.

2. BITCOÍN DESDE UN PUNTO DE VISTA TÉCNICO

Aunque el presente artículo es de naturaleza jurídico-tributaria y su método de investigación es el jurídico, parece necesario realizar un pequeño apunte informático para arrojar algo de luz sobre lo que técnicamente significa el denominado «bitcoin».

Para empezar, bitcoin no debe ser percibido desde un punto de vista monolítico, sino como un conjunto de programaciones ingeniosamente combinadas y modificadas con un fin: la creación de un medio de pago virtual, descentralizado y seguro. Hay que reseñar que estos *softwares* son comúnmente utilizados con otras finalidades. Así, el sistema Bitcoin se encontraría compuesto: por un *software* de firma electrónica basado en encriptación de clave asimétrica, un *software* de red entre pares o *peer-to-peer*, un algoritmo *proof-of-work* basado en *hashcash* que se desarrolló para luchar contra el correo publicitario no deseado y una función *hash* criptográfica jerarquizada en «árbol de Merkle²».

Bitcoin utiliza un sistema de firma electrónica de clave pública³ denominado «Elliptic Curve Digital Signature Algorithm (ECDSA)», más complejo que las firmas electrónicas usuales basadas en el sistema RSA, a los que estamos acostumbrados.

² Este epígrafe se ha redactado a partir de las siguientes guías técnicas: FRANCO, P.: *Understanding Bitcoin: Cryptography, Engineering and Economics (The Wiley Finance Series)*, 1.ª edición, Editorial Wiley, 2015. Y CLARCK, C.: *Bitcoin Internals: A Technical Guide to Bitcoin*, 1.ª edición, autoeditado en Amazon, 2013.

³ Los sistemas criptográficos clásicos son denominados «clave privada». Su funcionamiento es el siguiente: se modifica una información mediante un algoritmo de cifrado y la clave privada permite descifrar la información. Ahora bien, es necesario transferir esa clave privada del emisor al receptor, lo que no resulta demasiado útil en internet porque si se trata de evitar vulnerabilidades en las comunicaciones, transmitir una clave privada por un canal como internet ya supone en sí una vulnerabilidad. Así se llegó a la criptografía de clave asimétrica que permite la comunicación cifrada, sin transmisión de clave privada. Por tanto, si se quiere transmitir una información de forma segura, se hace utilizando el siguiente protocolo: en primer lugar, tanto el emisor como el receptor ejecutan un algoritmo para producir un par de claves constituido por una clave pública y una clave privada. Cada uno de ellos mantiene sus claves privadas en secre-

Cada ordenador de la red *peer-to-peer* de Bitcoin tiene instalado el *software* de Bitcoin y actuaría como cliente y servidor, convirtiéndolo en lo que se denomina informáticamente un «nodo de red»⁴. Cuando un usuario inicia un pago con bitcóin, el cliente crea un mensaje de transacción, lo firma electrónicamente y lo presenta a la red *peer-to-peer*. Este tipo de redes «entre iguales» son de sobra conocidas; por poner un ejemplo haré referencia a las de intercambio de ficheros, como BitTorrent o eDonkey, o las de sistemas de telefonía por internet, como Skype.

Una vez enviada la transacción, los demás ordenadores de la red comenzarán a tratar de incluir el pago firmado electrónicamente en el denominado «*block chain*», que es un registro general de transacciones. El primer paso en este proceso es asegurar la validez de la transacción, para ello se llevan a cabo controles con el fin de asegurarse de que la clave pública proporcionada es la dirección de destino de la operación anterior y que esta misma clave pública pertenece al usuario que firmó la transacción.

Es necesario detallar que cuando se transmite un *software* a través de una red se produce una separación en paquetes de los datos y estos se recomponen a la recepción. Con la finalidad de tener la certeza de que estos paquetes de datos no se modifican en su desplazamiento entre emisor y receptor, se crearon las funciones *hash* criptográficas. Una función de *hash* criptográfica toma una secuencia de *bytes* y calcula un valor de longitud que fija sobre la base del paquete de datos, llamado *hash*. Cambiar cualquier *byte* hace que esta función que controla la integridad y orden de los paquetes lo note⁵. A esta comprobación se la denomina «*checksum*».

Bitcoin utiliza las funciones *hash* criptográficas SHA-256 y RIPEMD-160⁶. Las funciones *hash* no son solo útiles para la protección contra fallos de transmisión, también son valiosas para la prevención de la manipulación de los datos.

Debido a la carencia de entidades de crédito que verifiquen las transacciones mediante anotaciones en sus cuentas, el sistema vela para que se produzca un registro general de todas las ope-

to, pero publican en un registro web sus claves públicas, que se hacen visibles a todo el mundo. Las claves públicas y privadas tienen una relación matemática especial que permite que el emisor pueda cifrar un mensaje con la clave pública del receptor y que solo la clave privada receptor puede descifrar. Con el uso de la criptografía de clave asimétrica, mensajes seguros pueden ser enviados entre personas que solo han tenido contacto a través de canales inseguros, como internet. Un receptor de un mensaje firmado puede confirmar que un mensaje no fue enviado por un impostor (autenticidad), que no se ha alterado (integridad) y se puede refutar a cualquier remitente que niegue el envío del mensaje (no repudio). Esto es exactamente lo que necesita el sistema Bitcoin para evitar transacciones fraudulentas.

⁴ Satoshi NAKAMOTO: *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, referido en el famoso *e-mail* enviado a la lista *cryptography@metzdowd.com*, el 31 de octubre de 2008. Lo podemos encontrar en <http://www.mail-archive.com/cryptography@metzdowd.com/msg09959.html>. Como es sabido la génesis del bitcóin es oscura.

⁵ Con el fin optimizar la verificación Ralph MERKLE propuso la idea de un árbol de *hash* en 1979, lo que permite una jerarquía de *hashes*. MERKLE, R.: «A certified digital signature», proceedings on *Advances in cryptography*, 1989: 218-238. Al que se puede acceder mediante: <http://www.merkle.com/papers/Certified1979.pdf>

⁶ Esta última en los supuestos de menor longitud en los paquetes de datos.

raciones y evitar que se produzcan reiteraciones en los pagos, Bitcoin introduce a estos efectos las herramientas de la programación en bloque, la cadena de bloques (*block chain*) y el algoritmo *proof-of-work*.

Un bloque es un fichero público en el que se guarda de forma inalterable y permanente toda la información de las transacciones que se generan en la red Bitcoin. Una vez verificada la transacción de la forma en que hemos hecho referencia se incluye en un bloque. Mientras no son incluidas en un bloque, las transacciones esperan en una cola de transacciones pendientes. Al proceso de generación de bloques y adición a la cadena de bloques se le llama «minería de bitcoin» y se realiza mediante el algoritmo de *proof-of-work* basado en el clásico algoritmo *hashcash*⁷.

El número de bitcoins en circulación está limitado y los nuevos bitcoins son creados a una velocidad calculada y decreciente, sin embargo, el número de bloques no está limitado en número, por lo que a lo largo del tiempo habrá tantos bloques como sean necesarios para guardar las futuras transacciones y que los bitcoins circulen con fluidez.

Tras la verificación, las transacciones se extienden a otros nodos de la red *peer-to-peer*. Por tanto, todos los ordenadores que tienen instalado el programa Bitcoin van a repetir la verificación y retransmitir la transacción a más nodos. Una vez se ha extendido se produce su inserción en el *block chain*, que como se ha señalado es un registro de todas las transacciones que se han producido en la red Bitcoin.

Este registro está compartido en todos los ordenadores de la red que tienen instalado Bitcoin, de forma que todos los nodos tienen una copia completa de la denominada «cadena de bloques». En la cadena se almacenan todas las transacciones en orden cronológico y cualquier usuario tiene la posibilidad para verificar todas las transacciones de bitcoins desde la primera hasta la última.

El *block chain* no es solo una simple lista de registro de transacciones, sino que está especialmente diseñada para resolver el problema de que algún ordenador de la red Bitcoin intente modificar la información de la transacción, vulnerando la seguridad del sistema⁸.

⁷ El algoritmo *hashcash* se diseñó en 1997 para limitar el correo publicitario no deseado (*spam*) o los ataques de denegación de servicio (DDOS). Se trata de hacer que se realice una «prueba de esfuerzo» solicitando que se añada información extra al encabezado de un correo electrónico para probar que el emisor legítimo ha invertido una cierta capacidad de cálculo para enviar el mensaje. Si se demuestra este hecho, implica que el emisor no es un *spammer*. Es en este punto donde se crea artificialmente la «escasez» necesaria para darle al bitcoin un valor económico, solicitando una prueba de esfuerzo de cálculo, lo que significa tiempo y potencia de cálculo a los que quieren crearlo.

⁸ Este problema de la coordinación de un grupo de ordenadores con posibles miembros que quieren modificar maliciosamente el contenido del suyo y extenderlo se conoce como «el problema los generales bizantinos». El nombre proviene de un artículo de LAMPORT, SHOSTAK y PEASE que describe una situación en la que los generales del ejército de Bizancio tuvieron que ponerse de acuerdo sobre si debían lanzar un ataque. Los generales podrían comunicarse por mensajero, pero cualquiera de los generales podía ser un traidor tratando de sabotear el ataque. Si un general o grupo de generales podía confundir a suficientes generales leales, el ejército se fragmentaría y sería derrotado. El

Para finalizar este apunte técnico se hace imprescindible hacer mención a varios elementos más del sistema Bitcoin: la «minería», las casas de cambio y los monederos virtuales.

Los usuarios de los sistemas informáticos de las «divisas virtuales» son capaces de obtener nuevas divisas mediante la participación en lo que se denomina «minería». «Minar» significa la realización de la labor de validar un conjunto de transacciones (lo que hemos denominado un «bloque») hecha con la «divisa virtual» y añadirlo al registro general (el *block chain*). Como recompensa por su trabajo, los mineros reciben normalmente un número específico de «divisas virtuales»⁹. La minería de «divisas virtuales» puede ser una actividad empresarial o no empresarial. La actividad minera necesita, para su realización eficiente, una cantidad de recursos en los equipos informáticos que es difícilmente alcanzable de manera individual, por eso los usuarios colaboran en redes organizadas llamadas «pools». Esto ayuda a reducir potencia de cálculo porque actúan coordinadamente. Reciben los bitcoins de contraprestación en función de su cuota de *pool*. También existe una minería empresarial, que realizan empresas con equipos informáticos especializados. Existen las denominadas «granjas de servidores». Son sociedades que se dedican exclusivamente a la minería. Cuando el conjunto de servidores ha validado con éxito un conjunto de transacciones, las «divisas virtuales» resultantes se distribuyen a los accionistas.

El acceso al bitcóin no se produce mediante las entidades de crédito, precisamente se ideó como un sistema alternativo a ellas. En el sistema Bitcoin existen casas de cambio específicas en las que se pueden cambiar las divisas reconocidas legalmente por bitcoins o proceder al camino inverso. La «*exchange house*» es una empresa o empresario que se dedica a operaciones de compra, venta o cambio y servicios análogos que tengan por objeto divisas virtuales bidireccionales y divisas tradicionales, siendo onerosas estas operaciones. Su forma de trabajar es similar a las empresas dedicadas al cambio de divisas¹⁰.

reto consiste en desarrollar un protocolo que asegure que la decisión de la mayoría es escuchada por todos los generales, aun cuando no todos se pueden comunicar directamente con los demás. Esto ocurre de igual manera en los ordenadores de la red Bitcoin porque tienen que conocer la decisión de la mayoría en la ordenación cronológica de las operaciones, a pesar de que no todos pueden comunicarse directamente e, incluso, algunos de los nodos podrían ser maliciosos. El *block chain* resuelve el problema de los generales bizantinos mediante el uso de la potencia de cálculo como sistema de votación. Esto proporciona una prueba verificable de la ordenación cronológica de los bloques de la cadena. El *block chain* exige que la potencia de cálculo mayoritaria en la red sea la que determine qué bloques son los correctos. Así, si se modifica maliciosamente alguno, su expansión será parada por los demás que suman mayor fuerza de cálculo. LAMPORT, L.; SHOSTAK, R. y PEASE, M.: «The Byzantine Generals Problem», *ACM Transactions on Programming Languages and Systems*, 1982. Acceso en fecha 14 de junio de 2016, en la dirección: <http://research.microsoft.com/en-us/um/people/lamport/pubs/byz.pdf>

⁹ Por bitcóin, la recompensa por el minero (o grupo de mineros) validar con éxito un bloque está actualmente 25 BTC, alrededor de 12.632,82 euros.

¹⁰ Un *exchanger* es un prestador de servicios como nos recuerda la Dirección General de Tributos (DGT) en la Consulta vinculante V2228/2013, de 8 de julio (NFC048471), primera en tratar la materia. Las «divisas virtuales bidireccionales», como bitcóin, son muy atractivas para el blanqueo de dinero proveniente de ilícitos, debido a su opacidad y al anonimato de las partes que intervienen en las transacciones, caracteres que hemos mencionado anteriormente. Para

Existen también las denominadas «*trading platforms*». Estas plataformas de negociación de «divisa virtual» se organizan como los mercados financieros, mediante un sitio en internet que reúne a compradores y vendedores de «divisas virtuales», proporcionándoles una plataforma en la que pueden negociar entre sí. En contraste con los *exchangers*, las *trading platforms* no se dedican a la compra y venta por sí mismas, son meros puntos de encuentro¹¹.

Denominamos «monedero virtual» de bitcoins a un programa de base de datos que gestiona un fichero que contiene los pares de claves criptográficas (pública-privada). Es importante aclarar que los usuarios del sistema Bitcoin no tienen almacenada la «divisa virtual». En realidad, poseen las claves que dan acceso a un cierto saldo, que se almacena en el *block chain*. Estas claves se pueden proteger en cualquier tipo de soporte de datos, por ejemplo, en una unidad de disco duro en un ordenador, en un papel impreso o en la nube. En la mayoría de los casos, los llamados «monederos» ofrecen de proteger y almacenar las claves, ya sea instalando un programa en un dispositivo personal o en la nube¹². Hay básicamente dos tipos de cartera, que difieren en cuanto a su inmediata usabilidad en contraste con su seguridad frente a la delincuencia cibernética: carteras en línea (almacenamiento en caliente) y las carpetas sin conexión (almacenamiento en frío). En definitiva, la salvaguarda de las claves es esencial porque es la base a la que se reduce la divisa virtual: claves criptográficas¹³.

evitar estas actividades, la Comisión europea aprobó el 5 de julio de 2016, la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo COM (2016) 450 final 2016/0208 (COD), por la que se establecen una serie de medidas para mejorar la lucha contra la financiación del terrorismo y para garantizar una mayor transparencia de las transacciones financieras y de las personas jurídicas en virtud del marco jurídico preventivo de la Directiva (UE) 2015/849 (en adelante, 4AMLD), sobre la prevención de la utilización del sistema financiero a los fines de blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y la modificación de la Directiva 2009/101/CE. La primera modificación operada por propuesta de directiva en este ámbito es la ampliación del ámbito subjetivo de la Directiva 4AMLD con la inclusión de los denominados «*exchangers*», empresas de cambio de «divisa virtual bidireccional» a moneda de curso legal y viceversa, sometiéndolas a supervisión con arreglo a la legislación sobre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. También se incluye a las empresas o profesionales que sean proveedores de servicios de «monedero de divisa virtual». Además, se modifica el artículo 47 de la Directiva 4AMLD relativo a la obligación de obtención de licencia incluyendo a los *exchangers* y empresas *wallet*, que presten servicios de monedero virtual. Los Estados miembros estarán obligados a modificar sus respectivas normativas relativas al blanqueo de capitales para incluir a los *exchangers* y empresas que presten servicios de «monedero virtual», siempre fundamentándose en los artículos 114 y 50 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que regulan el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad. De acuerdo con estos principios establecidos en el artículo 5 de Tratado de la Unión Europea, si el objetivo de la propuesta puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y no será necesario el recurso al Derecho de la Unión. Por tanto, en virtud el Estado miembro tiene derecho de adoptar o mantener medidas que sean más rigurosas que las establecidas en la legislación de la Unión Europea.

¹¹ Algunas plataformas de negociación, como www.localbitcoins.com, dan a sus clientes la opción de geolocalizar a personas que quieran comprar o vender bitcoins.

¹² El problema está en que se han creado «monederos virtuales» fraudulentos. En los que se podía tener acceso a las claves y, por lo tanto, obtener acceso al saldo de la cuenta.

¹³ GRINBERG, R.: «Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency», *Hastings Science & Technology Law Journal*, 2011. Acceso en fecha 14 de junio de 2016, en la dirección: <http://ssrn.com/abstract=1817857>.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL BITCOÍN

La complejidad técnica del bitcoin unida a la finalidad de medio de pago global, externo a cualquier injerencia estatal y del sistema establecido por las entidades de crédito, ha supuesto su atipicidad y la falta de regulación del mismo. Doctrina y autoridades se han preguntado sobre su naturaleza jurídica, considerando tres opciones: el título valor emitido en soporte electrónico, su consideración como bien mueble incorporal o *software* o que se configure como una divisa digital de flujo bidireccional¹⁴.

Seguidamente, se valora de forma individualizada si el bitcoin puede encuadrarse en una de estas tres categorías.

3.1. TÍTULOS VALORES EMITIDOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO

La primera de las figuras jurídicas que hemos de estudiar para observar si se ajusta al sistema Bitcoin es el «título valor» emitido en soporte electrónico.

En derecho español carecemos de una definición legal de «título valor», siendo esta denominación utilizada junto a otras para referirse al mismo concepto. Así, se usan indistintamente los términos: efectos de comercio, valores negociables o valores mobiliarios. Siguiendo a GARRIGUES definiremos «título valor» como: «documento sobre un derecho privado cuyo ejercicio y cuya transmisión están condicionados a la posesión del documento». Por tanto, resulta trascendental la existencia de un documento y que este lleve aparejado un derecho¹⁵. El documento, en este caso, sería un documento electrónico.

Son caracteres del «título valor» como sostiene CHULIÁ: a) su condición de documentos mercantiles a efectos de derecho privado, b) que son títulos con legitimación propia porque no es posible ejercitar el derecho incorporado sin la presentación por el acreedor. En este punto señalar que al no estar regulado el bitcoin en derecho español no existe un reconocimiento legal de que incorpore un derecho, c) que son títulos que atribuyen al derecho en ellos descrito o incorporado un carácter literal y autónomo, depende del título y solo del título¹⁶.

Los títulos valores son bienes muebles y como tales susceptibles de posesión en sentido estricto y de transmisión mediante los modos reconocidos en derecho. La gestión de los títulos valores está determinada por su naturaleza de bien mueble, que requiere la posesión del derecho, a

¹⁴ FOGEL, S.: «¿Qué es bitcoin?», *IEEM Revista de Negocios*, vol. 17, n.º 2, 2014, pág. 44.

¹⁵ GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*; t. II (8.ª edición, por F. SÁNCHEZ CALERO), Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, pág. 234.

¹⁶ CHULIÁ, F. V.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 21.ª edición, 2008, págs. 1.184 y ss.

través de la del documento. De igual forma, la gestión del derecho incorporado pasa precisamente por la posesión del medio de representación documental.

Habría que concretar, asimismo, dentro de los títulos valores a qué categoría podrían pertenecer los bitcoines: a los emitidos individualmente¹⁷ o a los emitidos en masa¹⁸.

Los títulos valores emitidos individualmente se generan al amparo de una operación singular y con carácter individual, como ocurriría con los documentos cambiarios, cosa que no se ajusta a las operaciones con bitcóin. Contrariamente a los valores emitidos en masa, los títulos emitidos individualmente no se integran en un conjunto homogéneo, ni tienen el carácter fungible que los hace equiparables a otros títulos o valores de la misma clase, pero es posible que compartan emisión, además de idéntico contenido¹⁹.

Los títulos valores emitidos individualmente con soporte electrónico no presentan una relación de fungibilidad con otros títulos de la misma clase o serie, aun cuando puedan llegar a presentar igual contenido. Son por ello tratados por nuestro derecho como bienes no fungibles²⁰.

Se podrían utilizar los apartados cuarto y séptimo del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, para defender al bitcóin como título valor emitido en soporte electrónico, pues el citado artículo señala que los documentos expedidos y firmados electrónicamente «tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable», pero entendemos que el carácter electrónico de la firma no altera las exigencias legales acerca de la naturaleza jurídica del documento de que se trate, por lo que si consideramos que nuestra legislación no regula el bitcóin, la legalidad de la firma electrónica no cambia nada y el bitcóin no adquirirá la condición de título valor emitido en soporte electrónico por el mero hecho de la legalidad de la firma electrónica.

¹⁷ En ellos incluimos la letra de cambio, el cheque y el pagaré, así como los títulos de tradición o representativos de mercancías. Como sabemos, en ambos casos se trata de títulos que son emitidos para el cumplimiento de una obligación concreta derivada de la relación que subyace a su emisión. El título se emite de este modo de manera individual, y en él queda incorporada la obligación, que se superpone a la obligación en cada caso (en la emisión y en las eventuales transmisiones) causal. El carácter individual de estos títulos no es óbice para que puedan ser negociados en un mercado organizado o insertados en un sistema de compensación, como es el caso de los títulos de pago: letras de cambio, cheques y pagarés.

¹⁸ Así, por ejemplo, en los contratos de préstamos de valores, en los que, al igual que sucede con el numerario, el prestatario adquiere la propiedad y se compromete a restituir el *tantum* del mismo género; claramente a los efectos de compensación entre diferentes entidades titulares o depositarias de valores.

¹⁹ Típico, por ejemplo, de los valores bursátiles negociados electrónicamente. ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *Derecho del mercado financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 3.ª ed., págs. 170-171.

²⁰ En este papel específicamente es donde se aprecian las diferencias respecto de los valores emitidos en masa, dada su mencionada asimilación a los bienes fungibles. (Vid. EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M.: *Derecho de los títulos valores*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 380 y ss.).

Por tanto, así se concluye que el bitcóin no se ajusta al concepto de título valor con soporte electrónico emitido individualmente, siendo el soporte electrónico de dichos títulos por sí mismo un asunto controvertido²¹.

Por otra parte, en los títulos valores emitidos en masa se ha producido plenamente la llamada «desmaterialización» debido a su ingente creación y negociación. Ello llevó a la regulación de una nueva forma de representación de los títulos valores emitidos en masa, también denominados «instrumentos financieros»²², a través de las llamadas anotaciones en cuenta, en las que el soporte documental, el título, desaparece para ser sustituido por una anotación en un registro de naturaleza contable e informática²³.

ZUNZUNEGUI define «instrumento financiero» como «todo valor negociable o contrato susceptible de negociación organizada en el mercado de valores» señalando, a continuación, que el legislador lo emplea en su acepción económica y no jurídica²⁴.

Esto conecta el concepto de «instrumento financiero» con el de título valor negociable, cuyo concepto viene regulado en el artículo 2.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores (TRLMV), como «cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero». Incluye la citada definición, por su amplitud, instrumentos monetarios, valores negociables típicos y valores atípicos que, también, pueden ser anotados en cuenta, como establece el artículo 6 del TRLMV.

Sin embargo, el bitcóin es un medio de pago, y los medios de pago quedan excluidos como valores negociables por los artículos 2.1 g) del TRLMV y 4.1, párrafo 18, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

A la vista de estas consideraciones se puede concluir que el bitcóin no se ajusta a ninguna de las dos categorías.

²¹ A mayor abundamiento, ALBA FERNÁNDEZ, M., en su artículo, «La regulación de los títulos valores emitidos individualmente en soporte electrónico», *Revista de derecho bancario y bursátil*, vol. 29, n.º 117, 2010, págs. 39-68. Y MARTÍNEZ NADAL, A.: *Problemática jurídica de los títulos cambiarios electrónicos en el derecho español*, Madrid, Civitas, 2012, pág. 200.

²² Términos empleados en los artículos 1, 2 y 63.1 del TRLMV, si bien no da un concepto del mismo.

²³ Esta desmaterialización de los títulos emitidos en masa no solo se realiza en los títulos valores. Así se puede comprobar en «La Deuda Pública y el sistema de anotaciones en cuenta», MARTÍNEZ GIMÉNEZ, E. M. C., *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 66, 1990, págs. 221-244.

²⁴ La Directiva 2004/39/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, no ofrece una definición de los mismos, solo los enumera en su anexo C, en el que aparecen los valores negociables. ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *op. cit.*, págs. 169 y ss.

3.2. LA CONSIDERACIÓN DEL BITCÓIN COMO SOFTWARE: EL BITCÓIN COMO BIEN MUEBLE INCORPÓREO

La determinación de la naturaleza jurídica del *software* no ha sido pacífica, debido a sus peculiares características, que contienen elementos de la propiedad industrial, a la vez que otros más ajustados al ámbito de la propiedad intelectual²⁵.

Pese a esto, lo meridianamente claro es que el programa informático es un activo intangible, aunque se manifieste a través de soportes físicos donde se almacena o ha sido copiado²⁶.

Dentro de la categoría de bienes muebles²⁷ inmateriales, el programa de ordenador, en su expresión informática, se configura legalmente como una obra literaria²⁸ protegida por el derecho de autor. Los programas de ordenador son objeto de protección de la legislación de propiedad intelectual, así lo contempla el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en su artículo 10.1 i)²⁹.

En el ámbito del derecho de la Unión Europea, la Directiva 91/250/EEC, sobre la protección legal de programas informáticos de 1991, en su artículo 1.1, adopta el criterio de que el programa informático es una obra literaria, incluyendo el material preparatorio de su diseño³⁰.

En el caso concreto de las adquisiciones del bitcóin se trataría de una mera compra porque se adquiere una copia de *software*³¹. Según GARCÍA NOVOA esta es la situación más normal en el

²⁵ DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, 11.ª edición, 2015, pág. 120.

²⁶ GALÁN CORONA, E.: «De los Programas de Ordenadores en Comentarios al Código Civil», ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., t. V, vol. 4-B, Madrid, 1995, pág. 219: «El *software* y en concreto el programa son susceptibles de ser reconducidos a la categoría de bienes inmateriales».

²⁷ Señala el artículo 335 del Código Civil que: «se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos».

²⁸ GALÁN CORONA, E., *op. cit.* pág. 232, indica que: «en modo alguno cabe ya afirmar que los programas de ordenadores son un bien de categoría distinta a las literarias».

²⁹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes en la materia, entre ellas, y como más significativas para nuestro estudio, la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, y la Ley 22/1987, de 11 de noviembre. Posteriormente a su publicación, ha sufrido modificaciones y actualizaciones debido, en parte, a la transposición de algunas directivas europeas; en particular, en lo que a nosotros respecta, manejaremos el último texto modificado por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, que, entrando en vigor el 1 de abril de 1998, incorpora ya las exigencias de la directiva europea sobre protección jurídica de las bases de datos. Al Real Decreto Legislativo 1/1996, con la última modificación referida de 6 de marzo de 1998, nos referiremos, en adelante, como el «Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», como la «Ley de Propiedad Intelectual» o, más sencillamente, como el «Texto Refundido».

³⁰ ROSEMBUJ, T.: «El programa informático». *Revista Quincena Fiscal*, n.º 21, 2008, parte Estudio Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, pág. 8.

³¹ Incluso cuando la adquisición del *software* o cualquier otro producto digital lo sea por un determinado periodo de tiempo, transcurrido el cual todas las copias del producto devengan inutilizables o sean modificadas.

supuesto de adquisición de programas a través de la red; el usuario copia el programa en el disco duro de su ordenador, adquiriendo de esta manera por vía electrónica un producto que podría haber comprado en soporte físico³².

Si se defiende esta posición, las adquisiciones de bienes o servicios con bitcoins tendrían la naturaleza de las permutas reguladas por el Código Civil, en su libro IV, relativo a obligaciones y contratos, en su artículo 1.538, en el que se dice que «la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». Contablemente, la misma operación significaría un canje de activos que da lugar a una permuta regulado en la norma de registro y valoración 2.^a 1.3 del Real Decreto 1514/2007³³.

Evidentemente, Bitcoin es un *software* –un conjunto de ellos, como se ha expuesto–, sin embargo, lo relevante es su utilización, con carácter principal, para los pagos entre particulares en internet y con comercios en línea que lo aceptan. La adquisición, tenencia y transmisión de bitcoins no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago. Esta finalidad es la que confiere carta de naturaleza al bitcoin y, por ello, parece poco ajustado que su tratamiento jurídico fuera el de mero bien mueble.

3.3. EL BITCOÍN COMO DIVISA VIRTUAL DE «FLUJO BIDIRECCIONAL»

El derecho español no dedica una regulación clara al concepto de «divisa», ya que, tanto el artículo 1.170 del Código Civil como el artículo 312.1 del Código de Comercio, son imprecisos a este respecto, ambos tratan la divisa de una manera concomitante³⁴.

Tienen tradicionalmente la consideración de divisa, la moneda metálica, los billetes de banco, o cualquier otro instrumento de giro, o medio de pago, cifrado en moneda extranjera.

La legislación española sobre ellas está establecida en la Ley de 4 de julio de 2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención sobre el blanqueo de capitales, y en la Circular 27/1987, de 20 de octubre, dictada por el Banco de España, sobre el mismo tema³⁵.

³² GARCÍA NOVOA, C.: «Consideraciones sobre la Tributación del Comercio Electrónico (II)», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 16/2001, parte Doctrina, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, pág. 21.

³³ En una compraventa se devenga IVA o ITP, dependiendo de la sujeción, pero en la permuta, al tratarse de dos transmisiones, se tratarían tributariamente dos transmisiones.

³⁴ El Código Civil trata la divisa al regular los pagos en especie y el de Comercio en los préstamos. En ningún caso la definen.

³⁵ Recordemos a este respecto la Orden Ministerial de 16 de abril de 1991, por la que se permite a españoles y residentes hacer depósitos de dinero en divisas, abrir cuentas corrientes en ellas y tomar dinero a préstamo o abrir cuentas de crédito en moneda extranjera.

El Fondo Monetario Internacional, en su manual de balanza de pagos y posición de la inversión internacional, delimita el concepto de divisa a los siguiente contenidos: «Las divisas incluyen los títulos de crédito de las autoridades monetarias frente a no residentes en forma de depósitos bancarios, letras de tesorería, valores públicos a corto y largo plazo, unidades monetarias europeas y otros títulos de crédito utilizables en caso de déficit de balanza de pagos, incluidos los títulos de crédito no negociables provenientes de acuerdos entre bancos centrales o entre gobiernos, con independencia de que estén denominados en la moneda del país deudor o acreedor»³⁶.

En el ámbito europeo, la creación del euro en 1999 y su puesta en circulación en 2002 como moneda única –al menos en la zona de los países que adoptaron la nueva divisa– originó la regulación uniforme de los instrumentos de pago que hacen posible la utilización de dicha moneda³⁷.

Como especie de este género se encuentran las «divisas virtuales». El Banco Central Europeo define las mismas como: «dinero electrónico no regulado emitido y controlado por quienes lo crean y habitualmente usado y aceptado como unidad de pago para el intercambio de bienes y servicios dentro de una comunidad virtual específica»³⁸.

El Banco Central Europeo establece tres clases de «divisa virtual» según su ámbito de circulación. Estas pueden ser únicamente virtuales, como las divisas *in-game only*. Creadas directamente en el medio virtual, del que nunca salen, normalmente, en los videojuegos y que nunca tienen proyección fuera de la comunidad de *gamers*. Pueden ser «divisas virtuales unidireccionales», producto de la adquisición de una divisa virtual con divisa tradicional, pero que una vez convertida no puede deshacer el camino desde el mundo virtual. Los créditos que dan las plataformas de compra o las redes sociales son ejemplos de este tipo de divisa virtual. Y, por último, tenemos las «divisas virtuales bidireccionales». En este caso el flujo de divisas corre en los dos sentidos entre el mundo virtual y el de las divisas tradicionales.

Resulta de suma importancia señalar que estas «divisas virtuales bidireccionales» no son dinero electrónico. El dinero electrónico tiene un reconocimiento legal. Desde el artículo 128 del Tratado de Lisboa que advierte que el derecho exclusivo a acuñar euros corresponde al Banco Central Europeo, el cual puede autorizar a los bancos centrales nacionales la emisión de billetes y moneda

³⁶ El Fondo Monetario Internacional, como observamos, defiende la naturaleza de la divisa con independencia a su reconocimiento como moneda en el país deudor o acreedor. Acceso en fecha 14 de junio de 2016, en la dirección: <http://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/bop/2007/bopman6s.pdf>

³⁷ Aunque se aprobaron determinadas normas comunitarias con objetivos armonizadores sobre algunos aspectos de los sistemas de pago, no fue hasta 2005 cuando la Comisión de la Unión Europea presentó la propuesta de Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior, la cual fue aprobada como Directiva 2007/64/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2005/65/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE. Su incorporación al ordenamiento jurídico español se realizó mediante la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

³⁸ Banco Central Europeo, Virtual Currency Schemes, October, 2012, pág. 13. Acceso en fecha 14 de junio de 2016, en la dirección: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>

metálica en euros, hasta su regulación mediante la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico. Y recientemente, el Real Decreto 778/2012, de 4 de mayo, regula el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico³⁹ modificado, a su vez, por el Real Decreto 256/2013, de 12 de abril.

El concepto de «dinero electrónico» viene definido por el Banco Central Europeo, en su Informe de 1998, como: «valor monetario almacenado electrónicamente en un dispositivo tecnológico que puede ser usado para realizar pagos a cualquier empresa distinta del emisor sin necesidad de involucrar cuentas bancarias en la transacción, pero actúa como instrumento prepagado al portador»⁴⁰.

El artículo 1.2 de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico considera «dinero electrónico» aquel «valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico». Es evidente que bitcoin no se ajusta a esta definición.

Como sostiene la doctrina autorizada, las divisas virtuales se distinguen del dinero electrónico, porque, a diferencia del dinero electrónico, en las divisas virtuales los fondos no se expresan en la unidad de cuenta tradicional –euros en el caso europeo–, sino en una unidad de cuenta virtual, como bitcoin⁴¹.

A la vista de este análisis todo parece apuntar a que entre las tres categorías estudiadas a la que más se ajusta bitcoin es a la presente de «divisa virtual» en su modalidad de «flujo bidireccional». Esto no es óbice para que siga sin ser reconocido legalmente como «divisa» y se le dispense un tratamiento tributario de mero bien mueble incorporal. Tal falta de reconocimiento viene auspiciada por los diferentes informes del Banco Central Europeo en la materia; el último de los cuales, publicado en febrero de 2015, ha sido fundamental para elaborar la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo COM (2016) 450 final 2016/0208 (COD), por la que se establecen una serie de medidas para mejorar la lucha contra la financiación del terrorismo y para garantizar una mayor transparencia de las transacciones financieras y de las personas jurídicas en virtud del marco jurídico preventivo de la Directiva (UE) 2015/849 (4AMLD), aprobada por la Comisión

³⁹ Este real decreto ha venido a sustituir al Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero, sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico como consecuencia de la derogación de la Directiva 2000/46/CE por la Directiva 2009/110/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE.

⁴⁰ Acceso en fecha 14 de junio de 2016, en la dirección: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/annrep/ar1998es.pdf?36bedac73b198b96cd7f03d2b26e0ba>

⁴¹ NAVAS NAVARRO, S.: «Un mercado financiero floreciente: el dinero virtual no regulado», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 13, 2015, pág. 90.

europea el 5 de julio de 2016. En esta se modifica la Directiva de lucha contra el blanqueo de capitales y se nos da, en su reformado artículo 3, la única definición normativa de «divisa virtual» que tenemos hasta la fecha, cuyo concepto queda fijado como: «aquella representación digital de valor, no emitida por un Banco Central o Autoridad Pública y que no necesariamente se encuentre vinculada a monedas corrientes o divisas tradicionales, que sea aceptada por personas físicas y jurídicas como un medio de pago, y que pueda transferirse, almacenarse y comerciarse electrónicamente».

4. TRIBUTACIÓN DEL BITCOÍN

4.1. TRIBUTACIÓN INDIRECTA DEL BITCOÍN

En materia de tributación de bitcoin en el impuesto sobre el valor añadido (IVA) cabe distinguir su utilización en: operaciones de cambio de bitcoins por divisas de curso legal y operaciones de adquisición de bienes o derechos utilizando como contraprestación bitcoins⁴².

A continuación cada una de ellas se analizará de forma individualizada.

4.1.1. Operaciones de cambio de divisas bitcoin por divisas de curso legal

La sujeción a IVA de las operaciones consistentes en un intercambio de divisas tradicionales por bitcoins, y viceversa, y realizadas a cambio del pago de un importe equivalente al margen constituido por la diferencia entre, por una parte, el precio al que el operador de que se trate compre las divisas y, por otra, el precio al que las venda a sus clientes, es la actividad típica de las *exchange houses* o casas de cambio de bitcoins. La imposición indirecta de esta operación ha sido objeto de dictamen por parte de la DGT en respuesta a las Consultas V1028/2015 (NFC053947) y V1029/2015 (NFC053948), ambas de 30 de marzo, con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el ámbito nacional, y, posteriormente, por el TJUE de 22 de octubre de 2015, Skatteverket contra David Hedqvist, asunto C-264/14 (NFIJ060055).

4.1.1.1. Criterio de la DGT

En las antes citadas resoluciones a consultas, la DGT manifiesta la sujeción a IVA de estas operaciones sosteniendo que las operaciones de cambio de divisa tradicional por bitcoin y viceversa, se encuadran en el párrafo primero del artículo 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido (LIVA), entendiéndolo en líneas generales que están sujetas a

⁴² Seguimos la distinción hecha por CAPACCIOLI, S., en «Vat & Bitcoin», *EC tax review*, vol. 23, n.º 6, 2014, pág. 361.

este impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional. Sin embargo, no señala si nos encontramos ante un bien o servicio cuando nos referimos a bitcoin.

Indica la DGT que la compra y venta de moneda virtual a través de un portal de internet propio a cambio de una comisión bajo la consideración de empresario o profesional, con la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos y la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, tiene carácter de actividad empresarial.

Particularmente interesante es el razonamiento que realiza la DGT para la valoración de una exención a dichas operaciones⁴³, porque aplicación o no de exención se anuda directamente a la determinación de la naturaleza jurídica del bitcoin. La DGT incluye las operaciones de cambio de bitcoin por divisa tradicional en el artículo 135, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido que establece la exención de las operaciones relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos; en concreto, inserta la divisa virtual bitcoin en la categoría de «otros efectos comerciales».

En su argumentación, cita la transposición de dicho artículo 135 de la Directiva 2006/112/CE llevada a cabo por el artículo 20.Uno.18.º, letras h) e i), de la LIVA que establece que quedarán exentas las operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o de crédito y otras órdenes de pago. Asimismo, serán objeto de exención la transmisión de los efectos y órdenes de pago a que se refiere la letra anterior, incluso la transmisión de efectos descontados. La expresión «otros efectos comerciales» ha pasado, sostiene la DGT, en la transposición a «otras órdenes de pago», pero ninguna de las dos expresiones son definidas por la directiva o la LIVA.

La DGT delimita el concepto de «otros efectos comerciales» remitiéndose a las conclusiones de la abogada general Uliane Kokotten en el asunto C-461/12, Granton Advertising BV contra Inspecteur van de Belastingdienst Haaglanden/kantoor Den Haag, que consideró que dicha expresión únicamente podía comprender aquellos derechos que, sin ser un crédito o un cheque, confieran un derecho a una determinada cantidad de dinero. Para concluir que tal «punto de vista también es acorde con la finalidad que yo atribuyo a la exención de las operaciones relativas a efectos comerciales. A mi juicio, se persigue tratar, a los efectos del IVA, a aquellos derechos que en el tráfico son considerados similares al dinero, como la propia entrega de dinero»⁴⁴.

⁴³ Criterio del que, como veremos, discrepa el TJUE en su Sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto C-264/14, Skatteverket contra David Hedqvist (NFJ060055), sobre idéntica materia.

⁴⁴ Apartado 41 de la citada sentencia. Acceso en fecha 14 de junio de 2016, en la dirección: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db21482528aeb842f5896fa6c55aee18d4.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMax50?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=143522&occ=first&dir=&cid=672625

El TJUE en sus conclusiones estimó que la exención prevista en el artículo 13, parte B, letra d), número 3, de la Sexta Directiva⁴⁵, se refiere a medios de pago como los cheques y que por su propio funcionamiento debe implicar una transferencia de dinero⁴⁶.

En definitiva, si las entregas de dinero a título de contraprestación no están gravadas por el impuesto, el objetivo de esta disposición es la exención de todas aquellas operaciones que impliquen el movimiento o transferencia de dinero, ya sea directamente a través de transferencias o bien a través de diversos instrumentos como los cheques, libranzas, pagarés u otros que supongan una orden de pago.

Por ende, de la sentencia Granton Advertising BV contra Inspecteur van de Belastingdienst Haaglanden/kantoor Den Haag se puede discernir que el término «otros efectos comerciales» del artículo 135.1 d) de la Directiva 2006/112/CE –y en consecuencia el art. 20.Uno.18.º LIVA– comprende instrumentos de pago que permiten la transferencia de dinero y que como tales operaciones financieras deben quedar exentas del impuesto.

Concluye la DGT que las monedas virtuales bitcóin actúan como un medio de pago y por sus propias características deben entenderse incluidas dentro del concepto «otros efectos comerciales» por lo que su transmisión debe quedar sujeta y exenta del impuesto.

4.1.1.2. Criterio del TJUE

El caso Hedqvist es similar al planteado en las consultas vinculantes antes analizadas: una sociedad cuyo objeto social es la compra y venta de bitcoins. Estas operaciones de compra y venta tendrían lugar electrónicamente a través de una página web habilitada para ello. La sociedad adquiere bitcoins y los revende obteniendo ganancias en función del precio de cotización de la divisa virtual en ese momento.

El TJUE acomete una tarea que evitó la DGT: la calificación de la naturaleza jurídica del bitcóin a efectos del IVA. Para ello inicia su argumentación en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva del Sistema Común del IVA que establece que estarán sujetas al IVA las entregas de bienes y las prestaciones de servicios realizadas a título oneroso en el territorio de un Estado miembro por un sujeto pasivo que actúe como tal.

Considera el TJUE que el bitcóin es una divisa virtual de flujo bidireccional, no puede calificarse de «bien corporal» en el sentido del artículo 14 de la Directiva del sistema común del IVA⁴⁷,

⁴⁵ Actual artículo 135.1 d) de la Directiva 2006/112/CE.

⁴⁶ BAL, A.: «Taxing virtual currency: challenges and solutions», *Intertax*, vol. 43, n.º 5, 2015, pág. 5.

⁴⁷ El artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido de la Unión Europea, establece: «Se entenderá por "entrega de bienes" la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario».

puesto que, como puso de manifiesto la abogada general en el punto 17 de sus conclusiones, no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago⁴⁸. Aunque el bitcóin, que es un medio de pago de los denominados por el TJUE «puros», no esté legalmente garantizado ni supervisado, a efectos del IVA, cumple la misma función que los medios legales de pago, de manera que, conforme al principio de neutralidad fiscal en su concreción como principio de igualdad de trato, en principio debe ser tratado igual⁴⁹.

La doctrina del TJUE denomina medios de pago «puros» a aquellos medios de pago –ostentan reconocimiento legal o no– cuya única finalidad sea, precisamente, ser medio de pago. Esto no ocurriría en el caso, por ejemplo del oro y los metales preciosos, que no serían considerados medios de pago «puros», pues tendrían, además, otras finalidades⁵⁰.

Por su parte, el TJUE, en la sentencia *Auto Lease Holland*, asunto C-185/01 (NFJ013960), apartados 31 a 36, recuerda que: «se entenderá por "entrega de bienes" la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario», y destacó que el concepto de entrega de bien incluye toda operación de transmisión de un bien corporal efectuada por una parte que faculta a la otra parte a disponer de hecho como si fuera la propietaria del bien. Como se puede advertir el bitcóin, como cualquier *software*, carece de esa corporeidad.

En consecuencia, las operaciones controvertidas, que consisten en un intercambio de distintos medios de pago, no están comprendidas en el concepto de «entrega de bienes» definido en el artículo 14 de la directiva. Y por exclusión, estas operaciones constituyen prestaciones de servicios, en el sentido del artículo 24 de la Directiva 2006/112/CE⁵¹.

Con lo que nos ha delimitado perfectamente la naturaleza jurídica: bitcóin es una divisa virtual de flujo bidireccional, cuya única finalidad es ser medio de pago, y, a efectos del IVA, dada su falta de «corporeidad», se calificaría de prestación de servicios.

Es necesario, además, para que se sostenga la sujeción al impuesto, defender la «onerosidad» de la prestación de servicios.

⁴⁸ Aunque estos medios de pago puros no estén legalmente garantizados ni supervisados, a efectos del IVA cumplen la misma función que los medios legales de pago, de manera que, conforme al principio de neutralidad fiscal en su concreción como principio de igualdad de trato, (8) en principio deben ser tratados igual.

⁴⁹ Señala la sentencia *Hedqvist* en su apartado 15. Véanse, en torno a la función de medio de pago y principio de neutralidad fiscal, las Sentencias *Comisión/Francia* (C-481/98 –NFJ010677–), apartado 22; *NCC Construction Danmark* (C-174/08 –NFJ035689–), apartado 44, y *Zimmermann* (C-174/11 –NFJ049278–), apartado 48.

⁵⁰ El punto 17 de la Sentencia *Hedqvist* señala: «su posesión (la de los bitcoins) no tiene ninguna otra utilidad que utilizarlos en cualquier momento como medio de pago. Por lo tanto, a los efectos del hecho imponible del IVA deben ser tratados de igual manera que los medios legales de pago».

⁵¹ El artículo 24, apartado 1, de dicha directiva tiene el siguiente tenor: «Serán consideradas "prestaciones de servicios" todas las operaciones que no constituyen una entrega de bienes».

Para determinar si constituyen prestaciones de servicios realizadas a título oneroso, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra c) de la Directiva 2006/112/CE, las operaciones consistentes en un intercambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual bitcóin, y viceversa, y realizadas a cambio del pago de un importe equivalente al margen constituido por la diferencia entre, por una parte, el precio al que el operador de que se trate compre las divisas y, por otra, el precio al que las venda a sus clientes; se ha seguido por el TJUE la argumentación de la Sentencia First National Bank of Chicago, asunto C-172/96 (NFJ006464).

La onerosidad depende de si existe una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida por el sujeto pasivo⁵². Tal relación directa se establece cuando existe entre quien efectúa la prestación y su destinatario una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario⁵³.

Las relaciones entre las *exchange houses* y sus clientes, compradores o vendedores, serían relaciones jurídicas sinalagmáticas en las que las partes de la operación se comprometerían recíprocamente a entregar ciertos importes en una determinada divisa y a recibir su contravalor en una divisa virtual de flujo bidireccional, o viceversa. Por su prestación de servicios, el *exchanger* recibiría una contrapartida equivalente al margen incluido por ella en el cálculo de los tipos de cambio a los que estaría dispuesto a vender y comprar las divisas.

Además, el Tribunal de Justicia ya había declarado que, para determinar el carácter oneroso de una prestación de servicios, es irrelevante que tal retribución no revista la forma de abono de una comisión o de pago de gastos específicos⁵⁴.

En atención a las consideraciones expuestas, las operaciones de cambio de divisa tradicional por bitcóin y viceversa constituyen prestaciones de servicios realizadas a cambio de una contrapartida que presenta una relación directa con el servicio prestado⁵⁵.

Al igual que en la resolución realizada por la DGT, una vez determinado que estas operaciones se encuentran sujetas a IVA, se valora la concurrencia o no de las exenciones fiscales recogidas en el artículo 135, apartado 1, de la Directiva 2006/112/CE; en concreto las de las letras d), e) y f), que serán analizadas en orden inverso: a) las acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos valores; b) las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago; c) los depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales.

⁵² Sentencias Loyalty Management UK y BaxiGroup, C-53/09 y C-55/09 (acumulados) –NFJ040242–, apartado 51 y jurisprudencia citada, y Serebryannayvek, C-283/12 (NFJ051922), apartado 37.

⁵³ Sentencia Le Rayond'Or, C-151/13 (NFJ053978), apartado 29 y jurisprudencia citada.

⁵⁴ Véase la Sentencia First National Bank of Chicago, C-172/96 (NFJ006464), apartado 33.

⁵⁵ Es decir, prestaciones de servicios a título oneroso, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/112/CE.

A) Exención a operaciones efectuadas con títulos valores recogida en el artículo 135.1, letra f), de la Directiva 2006/112/CE

El artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva del IVA exime las operaciones «relativas a acciones, participaciones en sociedades [...], obligaciones y demás títulos valores». El cambio de bitcoins por divisa tradicional solo podría quedar comprendido en esta exención si, al menos, unos y otras constituyesen «demás títulos valores» a efectos de la disposición. Ahora bien, según ha declarado el TJUE, el artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva del IVA comprende solo los derechos de propiedad sobre personas jurídicas, créditos pecuniarios frente a determinados deudores y los derechos afines a estos⁵⁶. Ni la divisa tradicional, ni los bitcoins entran en ninguna de estas tres categorías. Por lo tanto, la exención del artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva del IVA no es aplicable a las operaciones de cambio bitc  n por divisa tradicional y viceversa⁵⁷.

B) Exención a operaciones con medios de pago del artículo 135.1, letra e), de la Directiva 2006/112/CE

Con arreglo a la exención del artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva del IVA, est  n exentas del impuesto las operaciones relativas a «las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago».

El primer requisito de la exención es que exista una relación con medios de pago, ya sea en metálico o no. Además, el ámbito de aplicación de la disposición comprende cualquier unidad monetaria, y no solo las monedas extranjeras.

En principio, deben gozar de la exención todas las operaciones «relativas» a medios de pago. Y toda operación pagada con dinero presenta una relación con medios de pago. Lo mismo sucedería si por analogía con la jurisprudencia relativa a la exención del artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva del IVA en materia de operaciones relativas a títulos valores⁵⁸ se exigiese que la operación pudiese crear, modificar o extinguir los derechos y obligaciones de las partes sobre medios de pago. Pero resulta evidente que la exención no puede ser aplicable cuando solo una de las partes que intervienen en una transacción transmite medios de pago mientras que la

⁵⁶ Véase la Sentencia Granton Advertising (C-461/12 –NFJ054419–), apartados 27 y 31.

⁵⁷ GÓMEZ ARAGÓN, D.: «Ley General Tributaria: Exención del IVA de las operaciones de cambio de la divisa virtual "bitcoin" por divisas tradicionales», *Carta tributaria. Revista de opinión*, n.   9, 2015, pág. 98.

⁵⁸ En una cuestión similar, en el asunto First National Bank of Chicago, el Tribunal de Justicia ya declaró que el cambio de divisas en el que un banco aplica diferentes tipos de cambio a la compra y a la venta de las distintas divisas constituye una prestación de servicios a título oneroso. La prestación gravada del banco consistía solo en la actividad del cambio, y no en la transmisión de divisas en sí. En efecto, el Tribunal de Justicia no apreció en tal transmisión ni una entrega de bienes ni una prestación de servicios, ya que las divisas son un medio legal de pago. El Tribunal de Justicia entendió que la contraprestación por la prestación de servicios de cambio gravados, en principio, consistía en la diferencia entre el precio de compra y de venta de las distintas divisas.

otra parte transmite bienes o presta servicios. En este caso, la transmisión de los medios de pago constituye la contraprestación de una entrega de bienes o de una prestación de servicios. Si se aplicase la exención a tal transmisión unilateral de medios de pago, todas las operaciones (salvo las de trueque) estarían exentas del IVA.

Sobre este punto, el TJUE determina que la exención sí puede ser aplicable en el caso, que, como en este, un medio de pago se cambia por otro y se exige por ello una retribución. En tales circunstancias, la operación gravada, como se ha expuesto⁵⁹, es el servicio de cambio de divisa, siendo este un servicio «relativo» a medios de pago⁶⁰, concretamente relativo a su cambio.

El punto que es crucial para dirimir la aplicación de esta exención es que en este tipo de operaciones se opera con una divisa legal y otra no reconocida legalmente. El artículo hace referencia a divisas que sean medios legales de pago. Una de las dos que intervienen en la operación lo es. ¿Sería necesario que las dos divisas sean medios legales de pago? El tenor del artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva del IVA no ofrece ninguna respuesta clara a esta cuestión.

El TJUE valora en la sentencia Hedqvist la cuestión de a qué medios de pago se refiere la exención del artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva del IVA y solo se puede aclarar atendiendo a la finalidad de la exención⁶¹. A este respecto, se ha de analizar si el cambio de un medio legal de pago por un medio de pago «puro» pero sin desarrollo legislativo, está cubierto por la finalidad de la exención.

Como reiteradamente ha declarado el Tribunal de Justicia, las exenciones que actualmente están recogidas en las letras b) a g) del artículo 135, apartado 1, de la Directiva del IVA son «operaciones financieras»⁶². En cualquier caso, el cambio de medios de pago «puros» en que solo interviene un medio legal de pago también presenta el carácter de una operación financiera.

⁵⁹ La sentencia se basó en el principio reconocido de que la transmisión de medios legales de pago, como tal, no constituye un hecho imponible del IVA. Por el contrario, en principio solo puede constituir la contraprestación de una prestación gravada, pues el IVA es un impuesto que grava el consumo final de bienes. Pero los medios de pago legales de hoy en día, a diferencia del oro o los cigarrillos, por ejemplo, que se utilizan o se han utilizado también, directa o indirectamente, como medios de pago, no tienen ninguna otra posibilidad de uso que la de medio de pago. Su función en cualquier operación se limita a facilitar el intercambio de bienes en un sistema económico, pero en sí mismos no se consumen ni se utilizan como bienes.

⁶⁰ En el sentido del artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva del IVA.

⁶¹ También los bitcoins, según las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente, constituyen un medio de pago puro. Su posesión no tiene ninguna otra utilidad que utilizarlos en cualquier momento como medio de pago. Por lo tanto, a los efectos del hecho imponible del IVA deben ser tratados de igual manera que los medios legales de pago.

⁶² En consecuencia, a los bitcoins también les es de aplicación la jurisprudencia de la Sentencia First National Bank of Chicago. Aunque, como tal, su transmisión no constituye ningún hecho imponible, pero dado que Hedqvist tiene intención de comprar y vender bitcoins a cambio de coronas suecas a un precio al que se aplica un recargo frente al tipo de cambio que consta en una determinada página web, su actividad implica la prestación de un servicio a título oneroso con arreglo al artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva del IVA, en forma de cambio.

Así se deduce del propio hecho de que, como ya se ha dicho, la transmisión de medios de pago «puros» cumple tan solo una función de pago a efectos del IVA.

Sin embargo, hasta la sentencia Skatteverket contra David Hedqvist, el TJUE no se había pronunciado acerca de la finalidad específica de la exención de la letra e) del artículo 135, apartado 1, de la Directiva del IVA. Haciendo una interpretación teleológica del asunto, el tribunal señala que la consecuencia de toda exención del IVA es siempre la disminución de los costes de la prestación. Manteniendo que el sentido y finalidad de la exención de las operaciones relativas a los medios legales de pago es no obstaculizar la convertibilidad de medios de pago «puros», como bitcóin, con la recaudación de IVA. Esto reviste importancia también para el mercado interior, pues cuando una prestación transfronteriza obliga al interesado a cambiar divisas, la recaudación del IVA por el servicio de cambio encarecería aún más la adquisición de la prestación transfronteriza frente a una adquisición interior.

El objetivo del artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva del IVA es permitir que todas las divisas se puedan convertir con el menor coste posible, en aras de una fluida circulación de pagos. Procede, pues, eximir del impuesto también el cambio de medios legales de pago por medios de pago «puros» que no tengan la condición de legales, como bitcóin. En efecto, si existen medios de pago que se utilizan en el tráfico económico porque cumplen la misma función que los medios legales de pago, la recaudación del IVA por el cambio de dichos medios de pago impondría una carga adicional a la circulación de pagos, causando alteraciones en el mercado interior.

El artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva del IVA se debe interpretar de conformidad con el derecho primario⁶³ y, en particular, con el principio de igualdad de trato que consagra el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales. A este respecto, el Tribunal de Justicia se remite con frecuencia al principio de neutralidad fiscal y exige que, para que se realice la neutralidad en la competencia, operaciones idénticas tributen también de forma idéntica⁶⁴.

Para justificar una diferencia de trato, tendría que existir una diferencia sustancial entre el cambio de un medio legal de pago por otro medio de pago también legal y el cambio de medios legales de pago por bitcoins, pues unos y otros cumplen la misma función en la medida en que son aceptados en el tráfico económico como medios de pago. Ahora bien, no se aprecia tal diferencia sustancial relevante a efectos del IVA. Tampoco supone una diferencia que la divisa comporte un riesgo al no estar supervisada⁶⁵.

⁶³ Véanse, en este sentido, las Sentencias Sturgeon y otros (C-402/07 –NCJ050758–), apartado 48, Chatzi (C-149/10 –NSJ036153–), apartado 43, y Comisión/Strack (C-579/12 RX-II), apartado 40.

⁶⁴ Véanse, en particular, las Sentencias Comisión/Alemania (C-109/02 –NFJ015617–), apartado 20, JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust y The Association of Investment Trust Companies (C-363/05 –NFJ026004–), apartado 46, y Comisión/Suecia (C-480/10 –NFJ050714–), apartado 17.

⁶⁵ Las consideraciones formuladas, en particular, por la República Federal de Alemania acerca de la inestabilidad del valor y el riesgo de fraude que presentan los bitcoins no justifican un trato diferenciado. Véase en este sentido la Sentencia GfBk (C-275/11 –NFJ050164–), apartado 32.

En suma, la exención del artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva del IVA será de aplicación si una divisa que es un medio legal de pago se cambia por otra divisa que no lo es, pero participa en el tráfico económico como sería bitcóin, en calidad de medio de pago «puro».

C) Exención aplicable a operaciones con efectos comerciales del artículo 135.1, letra d), de la Directiva 2006/112/CE

La exención del artículo 135.1, letra d), se refiere a «pagos y giros» y no comprende los servicios de cambio, pues la realización de pagos en metálico o no en metálico a un tercero destinatario no es objeto de la presente prestación de servicios.

También están exentas, bajo esta letra, las operaciones de «créditos, cheques y otros efectos comerciales», aludidas por la DGT. Por lo tanto, puede plantear si los bitcoins constituyen «otros efectos comerciales» como los reconoció la Administración española.

En la sentencia Granton Advertising, el Tribunal de Justicia dio a entender que la exención comprende distintas formas de transferencia de dinero⁶⁶. No obstante, en el presente caso existen diversas razones para no aplicar esta exención: primero, el artículo 135, apartado 1, letra d), de la Directiva del IVA no se refiere a las divisas, sino únicamente a sus derivados, como son los créditos, los cheques y otros efectos comerciales. En el presente caso no se cambian derechos sobre bitcoins, sino los propios bitcoins. Segundo, para la exención de operaciones relativas a una divisa en sí misma existe una disposición específica, que es la del artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva del IVA.

En definitiva, la exención de la letra d) del artículo 135.1 de la Directiva del IVA en ningún caso es aplicable a las operaciones que estudiamos.

4.1.1.3. Corolario

La legislación tributaria española, por su parte, en el artículo 20, apartado uno, número 18.º, letra j), del LIVA, señala que estarán exentas del tributo: «j) Las operaciones de compra, venta o cambio y servicios análogos que tengan por objeto divisas, billetes de banco y monedas que sean medios legales de pago, a excepción de las monedas y billetes de colección y de las piezas de oro, plata y platino».

En consecuencia, una interpretación acorde al fallo del TJUE nos haría aplicar esta exención del artículo 20, apartado uno, número 18.º, letra j), de la LIVA a las operaciones de cambio de divisa tradicional por bitcóin. Y no la del artículo 20.Uno.18.º, letras h) e i), de la LIVA que establece que quedarán exentas las operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o de crédito y otras órdenes de pago, como sostiene la DGT.

⁶⁶ En este sentido, véase la Sentencia Granton Advertising (C-461/12 –NFIJ054419–), apartado 37.

4.1.2. Operaciones de compraventa de bienes o servicios donde la contraprestación son bitcoins

En principio nos encontraríamos en la disyuntiva de considerar bitcoin como una divisa o como meramente como servicio⁶⁷. En el primer caso, la operación se encuadraría en una adquisición con pago en divisas y la base imponible sería el tipo de cambio vendedor, fijado por el Banco de España, que esté vigente en el momento del devengo⁶⁸. Y en el segundo, para adquirir un determinado bien o servicio con bitcoin como contraprestación, se transmitiría, no una divisa, sino un servicio, configurándose la operación como permuta, cuya base imponible sería el valor acordado entre las partes, siguiendo la determinación de la base imponible conforme a lo indicado en el artículo 79.Uno de la LIVA que señala que «en las operaciones cuya contraprestación no consista en dinero se considerará como base imponible el importe, expresado en dinero, que se hubiera acordado entre las partes»⁶⁹.

Considerando que al ser bitcoin una divisa descentralizada, desregulada y sin aval estatal alguno, su tipo de cambio, por lógica, no se encuentra fijado por el Banco de España. Por tanto, su reconocimiento como divisa virtual bidireccional con trato equivalente, a efectos de IVA, a las divisas tradicionales efectuado por la sentencia Hedqvist no ha tenido reflejo en la normativa española. Esto deriva en que el tratamiento tributario de las operaciones de adquisición de bienes o prestación de servicios en las que la contrapartida sean bitcoins, deben encuadrarse en la figura de la permuta, sujetándose a la imposición indirecta como tal y gravándose las dos transmisiones cruzadas.

4.1.3. El «minado» de bitcoins

Las operaciones de «minado» de bitcoins son aquellas que –como hemos señalado en el apartado técnico– permiten verificar las transacciones y supervisar su inscripción en el libro registro denominado «*blockchain*».

⁶⁷ FALCÓN Y TELLA, R.: «La tributación del dinero virtual», *Quincena Fiscal*, n.º 20, 2013, parte editorial, pág. 3

⁶⁸ Como establece el artículo 79.Once de la LIVA: «en las operaciones cuya contraprestación se hubiese fijado en moneda o divisa distintas de las españolas, se aplicará el tipo de cambio vendedor, fijado por el Banco de España, que esté vigente en el momento del devengo».

⁶⁹ El artículo 1.17 de la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, modificó el texto anterior que establecía que la base imponible de las operaciones sin contraprestación dineraria era la que se hubiese acordado en condiciones normales de mercado, en la misma fase de producción o comercialización, entre partes independientes. Esta redacción no solo es contraria a la jurisprudencia del TJUE, que establece que la contraprestación de una operación sujeta al impuesto es un valor subjetivo y solo se entiende como tal lo que el adquirente esté dispuesto a dar por lo que reciben y no un valor estimado según criterios objetivos (STJCE de 2 de junio de 1994, asunto C-33/93 –NFJ003379–, y STJUE de 29 de julio de 2010, asunto C-40/09 –NFJ039296–); y también a la Directiva 2006/112/CE, artículo 80, que solo permite aplicar el valor de mercado para definir la base imponible cuando se trate de operaciones vinculadas (STJUE de 29 de diciembre de 2012, asunto C-549/11 –NFJ049500–, entre otras); no en cualquier otro caso.

La DGT en respuesta a la Consulta vinculante, fichada bajo V3625/2016, de 31 de agosto (NFC060985), sostiene que dicha actividad de «minado» no lleva a una situación en la que exista una relación entre el proveedor del servicio y el destinatario y en los que la retribución abonada al prestador del servicio sea el contravalor del servicio prestado y, por tanto, no considera que sea una operación que se efectúa a título oneroso, factor necesario para su sujeción al IVA. Se fundamenta en el criterio que ha establecido el TJUE que pide la existencia de una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida para considerar si una operación se efectúa a título oneroso⁷⁰.

En la actividad de «minado» no se puede identificar un destinatario o cliente efectivo de la misma, simplemente se verifican bloques y se producen inscripciones en el registro general, sin que exista una relación directa entre el «minero» y las personas que realizan las transacciones cuyos bloques verifica e inscribe. Tanto es así que el «minero» ni siquiera identifica a los titulares de las transacciones que dan origen a los bloques.

4.2. LA IMPOSICIÓN DIRECTA SOBRE EL BITCÓIN

4.2.1. Tributación del bitcóin en el impuesto sobre la renta de las personas físicas

En este caso la opción entre considerar bitcóin divisa virtual bidireccional o, simplemente, un bien mueble incorpóral, tiene menor relevancia dado que en ambos casos nos encontraríamos, siempre que no se desarrollen en el ámbito de una actividad económica, con la generación de una ganancia o pérdida patrimonial⁷¹, de acuerdo con el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimo-

⁷⁰ Sentencia TJCE de 5 de febrero de 1981, Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats, asunto C-154/80 y Sentencia TJCE de 3 de marzo de 1994, R. J. Tolsma, asunto C-16/93 (NFJ003302).

⁷¹ La Consulta vinculante V1979/2015 (NFC055476) nos habla de un caso de «robo» de bitcoins en un determinado sitio de internet que se dedicaba a prestar dichas divisas a terceros, pagando un interés a los depositantes. Casi una entidad bancaria alternativa, por lo visto. A finales de 2013, el administrador del referido portal, identificado únicamente con una cuenta de correo, un *nick* o sobrenombre y una clave pública, comunicó a sus depositantes que había sufrido un «robo» de bitcoins en otro sitio también administrado por él, y que como consecuencia de ello no podía devolver los saldos depositados. Se plantea la declaración del «robo» de bitcoins como pérdida patrimonial. La DGT señala que desde la configuración legal de las ganancias y pérdidas patrimoniales, el importe de un crédito no devuelto a su vencimiento no constituye de forma automática una pérdida patrimonial, al mantener el acreedor su derecho de crédito, y solo cuando ese derecho de crédito resulte judicialmente incobrable será cuando produzca sus efectos en la liquidación del IRPF, entendiéndose en ese momento producida la existencia de una pérdida patrimonial. Al tratarse de una pérdida patrimonial que no se ha puesto de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales, formará parte de la renta general, debiendo integrarse en la base imponible general del impuesto (arts. 45 y 48 LIRPF).

nio (LIRPF), el cual establece que «son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos».

Por tanto, si se opta por la naturaleza de bitcoin como divisa, las diferencias producidas por el cambio de bitcoins a divisas tradicionales generarán una ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre el valor de transmisión y el de adquisición de las divisas invertidas. Se consideraría como tipo de cambio el vigente en el momento de la transmisión o reembolso. Igualmente, si lo consideramos un bien mueble incorporal nos encontraríamos ante una variación patrimonial.

Sin embargo, nos inclinamos, como la Hacienda Pública, por la opción de bien mueble incorporal, por la falta de consideración de bitcoin como divisa legal y, porque en sede de IRPF carecería de la cobertura de la sentencia Hedqvist, que se basa en última instancia en el principio de neutralidad del IVA. En todo caso esta ganancia o pérdida patrimonial tendrá la consideración de renta del ahorro a la que se refiere el artículo 46 de la LIRPF.

En cuanto a la compensación de las pérdidas originadas por bajadas en la «cotización» de bitcoin, el artículo 49.1 de la LIRPF dispone que «la base imponible del ahorro estará constituida por el saldo positivo de sumar los siguientes saldos: [...] b) El saldo positivo resultante de integrar y compensar, exclusivamente entre sí, en cada periodo impositivo, las ganancias y pérdidas patrimoniales obtenidas en el mismo a que se refiere el artículo 46 de esta ley. Si el resultado de la integración y compensación a que se refiere este párrafo arroja saldo negativo, su importe se compensará con el saldo positivo de las rentas previstas en la letra a) de este apartado, obtenido en el mismo periodo impositivo, con el límite del 25 por ciento de dicho saldo positivo. Si tras dicha compensación quedase saldo negativo, su importe se compensará en los cuatro años siguientes en el mismo orden establecido en los párrafos anteriores».

4.2.2. Tributación del bitcoin en el impuesto sobre sociedades

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades (LIS) señala que «constituirá el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente, cualquiera que fuese su fuente u origen».

Formarán parte de la base imponible del IS, los ingresos⁷² devengados en cada periodo impositivo derivados de los servicios prestados en las operaciones de compraventa de moneda virtual, determinada como establece el artículo 10 de la LIS.

⁷² Ingreso es un término amplio, en el que cabe el aumento de valor de los bitcoins. El artículo 36.2 a) del Código de Comercio define los ingresos como los «incrementos en el patrimonio neto durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones de los socios o propietarios». En desarrollo de lo anterior, el apartado 4 del Marco Conceptual de la Con-

El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en el informe 38-14 sobre contabilización de bitcoins señalaba que en el apartado 1 del Marco Conceptual de la Contabilidad, recogido en la Primera Parte del Plan General de Contabilidad (PGC), establece que en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica. Sustentándose en la misma califica a bitcóin como inmovilizado intangible, dado que se configura como «activo monetario sin apariencia física susceptible de valoración económica», siempre que cumplan los requisitos de la norma de registro y valoración (NRV) 5.^a del PGC que establece los criterios de identificabilidad del inmovilizado⁷³.

Trasladando el criterio jurídico que da carta de naturaleza a bitcóin como bien incorporeal, a este marco, la adquisición de bienes o servicios teniendo como contrapartida bitcoins se calificaría como canje de activos, que son naturalmente diferentes y que da lugar a una permuta de tipo comercial que regula la NRV 2.^a 1.3 del PGC.

4.2.3. Tributación del bitcóin en el impuesto sobre el patrimonio

Según el artículo 3 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre el patrimonio (LIP), «constituirá el hecho imponible del impuesto la titularidad por el sujeto pasivo en el momento del devengo, del patrimonio neto a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1 de esta ley», es decir, «el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder». El artículo 7 de la LIP precisa que «los bienes y derechos se atribuirán a los sujetos pasivos según las normas sobre titularidad jurídicas aplicables en cada caso y en función de las pruebas aportadas por aquellos o de las descubiertas por la Administración».

Por tanto, los bitcoins cuya titularidad se atribuyan al sujeto pasivo en el momento del devengo dan lugar al presupuesto de hecho del IP.

En el caso de que el negocio jurídico de adquisición esté viciado por causa torpe, no impedirá la adquisición de la titularidad de los bitcoins, de acuerdo con las reglas de los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil⁷⁴.

tabilidad, recogido en la primera parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, señala que, son ingresos «los incrementos en el patrimonio neto de la empresa durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones, monetarias o no, de los socios o propietarios. [...] Los ingresos y gastos del ejercicio se imputarán a la cuenta de pérdidas y ganancias y formarán parte del resultado, excepto cuando proceda su imputación directa al patrimonio neto, en cuyo caso se presentarán en el estado de cambios en el patrimonio neto, de acuerdo con lo previsto en la segunda parte de este Plan General de Contabilidad o en una norma que lo desarrolle».

⁷³ El paso o no de inmovilizado a existencias dependerá de la función que cumplan en relación con la actividad ordinaria de la empresa.

⁷⁴ Como indica BERENGUER PASCUAL existe un gran elenco de actos ilícitos tanto administrativos como penales que han originado transacciones en bitcóin, por las características de la divisa. BERENGUER PASCUAL, S.: «Criptodivisas y De-

Con respecto a la valoración del bitcóin en el IP debemos acudir al artículo 24 de la LIP donde se determina el valor de los «demás bienes y derechos de contenido económico», señalando que se valorarán por su precio de mercado en la fecha del devengo del impuesto. Llegamos a esta conclusión por exclusión del resto de artículos dedicados a la valoración, porque evidentemente no se puede subsumir el supuesto en la valoración de depósitos (art. 12 LIP), ni de valores en todas sus modalidades (arts. 13, 14, 15 y 16 LIP).

La ley del impuesto declara exentos «los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, siempre que esta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituya su principal fuente de renta» (art. 4.8 LIP). Entendemos que resulta aplicable en el caso del empresario dedicado al cambio de divisa virtual-divisa tradicional.

4.2.4. Tributación del bitcóin en el impuesto sobre actividades económicas

Sobre la sujeción al impuesto sobre actividades económicas (IAE) y la clasificación en sus tarifas de la prestación de servicios de compraventa de bitcoins⁷⁵, es claro que si se constituye dicha prestación en actividad empresarial conforme a lo dispuesto por el artículo 78, apartado 1, del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales (TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, se encontrará sujeta al mismo.

Como la actividad de cambio de bitcóin por divisa tradicional y viceversa no se encuentra recogida expresamente en ninguno de los epígrafes de la Instrucción para la aplicación de las Tarifas, aprobadas ambas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, en la regla 8.^a de la misma se regula un régimen especial que permite clasificar aquellas actividades que no se encuentran de forma expresa en las Tarifas del Impuesto, disponiendo, a estos efectos, lo siguiente: «Las actividades empresariales, profesionales y artísticas, no especificadas en las Tarifas, se clasificarán, provisionalmente, en el grupo o epígrafe dedicado a las actividades no clasificadas en otras partes (n.c.o.p.), a las que por su naturaleza se asemejen y tributarán por la cuota correspondiente al referido grupo o epígrafe de que se trate. Si la clasificación prevista en el párrafo anterior no fuera posible, las actividades no especificadas en las Tarifas se encuadrarán, provisionalmente, en el grupo o epígrafe correspondiente a la actividad a la que por su naturaleza más se asemejen, y tributarán por la cuota asignada a esta».

recho penal: reflexiones sobre un nuevo fenómeno económico», artículo monográfico, *Revista Sepin*, febrero 2014. Referencia: SP/DOCT/18163, pág. 7.

⁷⁵ La Consulta vinculante V1028/2015 (NFC053947) versa sobre este asunto en concreto, si bien en el caso consultado se especifica que a través de máquinas automáticas. Señalando su sujeción al IAE, pero indicando que no se halla contemplada la actividad expresamente en las Tarifas del Impuesto, y procede clasificarla conforme a lo dispuesto por la citada regla 8.^a de la Instrucción en el epígrafe 969.7 de la sección primera, «Otras máquinas automáticas». En el mismo sentido, la posterior Consulta vinculante V3625/2016 (NFC060985), en su punto quinto.

Así, la prestación de servicios de cambio de bitcoin por divisa tradicional y viceversa, al tratarse de una actividad económica que no se halla contemplada expresamente en las Tarifas del Impuesto, procede clasificarla conforme a lo dispuesto por la citada regla 8.^a de la Instrucción en el epígrafe 999 de la sección primera, «Otros servicios n.c.o.p.⁷⁶».

5. CONSIDERACIONES FINALES

Primera. Bitcoin es un conjunto de programaciones ingeniosamente combinadas con un fin: la creación de un medio de pago virtual, descentralizado y seguro. Medio de pago que el Banco Central Europeo ha denominado «divisa virtual bidireccional», debido a que el flujo de divisas corre en los dos sentidos entre el mundo virtual y el de las divisas tradicionales.

Dichas programaciones son un *software* de firma electrónica basado en encriptación de clave asimétrica, un *software* de red entre pares o *peer-to-peer*, un algoritmo *proof-of-work*, que se desarrolló para luchar contra el correo publicitario no deseado, una función *hash* criptográfica jerarquizada en árbol de Merkle y un registro general descentralizado, denominado «*blockchain*».

En mi opinión son estas técnicas aplicadas al ámbito financiero las que han de sobrevivir al bitcoin, que adolece de falta de apoyos institucionales, una alta «volatilidad» en el mercado, una tasa de fraude importante y una posible utilización en el blanqueo de capitales. En definitiva, es seguridad jurídica –que no informática– lo que necesita el sistema.

Las ventajas prácticas que aporta son relevantes: en las transferencias de bitcoins no existe entidad de crédito intermediaria, ni cámara de compensación que verifique la transferencia. La verificación de la transmisión y su inclusión en el registro general se realiza de manera automatizada. El tiempo de realización de transferencias a nivel mundial y sus costes son, por tanto, menores a los del sistema interbancario, de ahí su éxito.

El resultado será que la tecnología será adoptada y modificada por entidades de crédito y entidades públicas, dotando al sistema de divisas virtuales bidireccionales de las fortalezas y seguridades que no pueden tener de manera independiente. El «ecosistema» de divisas virtuales independientes quedará como algo muy residual.

Segunda. En orden a determinar su naturaleza jurídica, doctrina y jurisprudencia han seleccionado entre las figuras en las que se puede encuadrar bitcoin tres: títulos valores emitidos en soporte electrónico, bienes muebles incorpóreos y divisas virtuales de flujo bidireccional.

En cuanto a su calificación como títulos valores emitidos en soporte electrónico, su misma definición de documento que incorpora un derecho privado no se ajusta a las operaciones con

⁷⁶ Servicios no clasificados en otras partes.

bitcoines porque en ellas no se transfieren derechos sobre bitcoines, sino los propios bitcoines. Incluso se puede abundar, para demostrar que no se pueden incluir entre los títulos emitidos en soporte electrónico individualmente o a los emitidos en masa. Respecto a los primeros podríamos fundamentarnos en los apartados cuarto y séptimo del artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, para defender al bitc  n como título valor emitido individualmente en soporte electrónico, dado que dicho artículo indica que los documentos expedidos y firmados electrónicamente «tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable», sin embargo, el carácter electrónico de la firma no significa la regulación de lo no regulado, por lo que si consideramos que nuestra legislación no regula el bitc  n, la legalidad de la firma electrónica no cambia nada y el bitc  n no adquirir   la condición de título valor emitido en soporte electrónico por el mero hecho de la legalidad de la firma electrónica. Por tanto, debemos concluir que el bitc  n no se ajusta al concepto de título valor con soporte electrónico emitido individualmente, concepto de por sí muy discutido. Los segundos, los títulos valores emitidos en masa, que sí han sufrido la desmaterialización, tienen un gran problema para ajustarse a bitc  n: que se trata de un medio de pago, no regulado, pero es su única función. Y los medios de pago quedan excluidos como valores negociables por los artículos 2.1 g) de la LMV y 4.1, párrafo 18, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

Considerar bitc  n como un mero *software* y su derivar su naturaleza jurídica en un simple bien mueble incorpóreo supone ignorar que la adquisición, tenencia y transmisión de bitcoines no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago.

Por último, su consideración como «divisa virtual» en su modalidad de «flujo bidireccional» es la más ajustada entre las tres categorías estudiadas. El TJUE, en la sentencia Hedqvist afirma que la naturaleza del bitc  n es análoga a la de las demás divisas y, por tanto, el tratamiento jurídico debe ser el dispensado a los medios legales de pago. Esta fundamentación se encuentra respaldada por la jurisprudencia del TJUE sobre los medios de pago que denomina «puros», que son aquellos cuya única finalidad es ser medio de pago, pero que no cuentan con regulación legal.

Esto no es óbice para que en España siga sin ser reconocida legalmente como tal y se le dispense un tratamiento tributario de mero bien mueble incorporeal.

Tercera. En el ámbito del IVA, las operaciones de cambio de bitcoines por divisa tradicional y viceversa constituyen una prestación de servicios y no una entrega de bienes. El concepto de «entrega de bienes» incluye toda operación de transmisión de un bien corporal efectuada por una parte que faculta a la otra parte a disponer de hecho como si fuera la propietaria del bien. La actividad de cambio de bitcoines por divisa legal se encuentra condicionada por la «incorporeidad» de los mismos y dicha «incorporeidad» deja a bitc  n fuera del ámbito objetivo del artículo 14 de la Directiva 2006/112/CE, que regula el concepto de «entrega de bienes». Consecuentemente, estas operaciones serán calificadas por defecto en el artículo 24, apartado 1, de dicha directiva que considera «prestaciones de servicios» todas las operaciones que no constituyen una «entrega de bienes».

Cuarta. En el mismo ámbito, la compraventa de bitcoins como prestación de servicios se realiza a título oneroso y, por tanto, se sujeta a IVA, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/112/CE⁷⁷. Para ello debe existir una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida por el sujeto pasivo.

En las operaciones de compraventa de bitcoins por divisa tradicional, observa el tribunal que existe una relación jurídica sinalagmática en la que las partes se obligan recíprocamente a entregar una determinada cantidad en divisas tradicionales y a recibir su contravalor en bitcoins o divisa virtual de flujo bidireccional, o la operación contraria. A cambio de esa prestación se recibiría una cantidad cifrada en el margen incluido en el cálculo de los tipos de cambio, lo que pone de manifiesto la onerosidad de la operación, no siendo necesaria la forma de «comisión» por los servicios.

Quinta. En cuanto a la posibilidad de aplicar un exención fiscal del IVA en las operaciones de cambio de bitcoins por divisas tradicionales y viceversa, el TJUE ha mantenido en la sentencia Hedqvist que la exención a operaciones con medios de pago del artículo 135.1, letra e), de la Directiva 2006/112/CE se aplica a todo tipo de divisas incluido bitcóin, y que la finalidad de la exención es paliar las dificultades relacionadas con la determinación de la base imponible y del importe del IVA deducible que surgen al gravar las operaciones financieras. Estas dificultades relacionadas con la determinación de la base imponible y del importe del IVA deducible son idénticas tanto si se trata de un intercambio de divisas tradicionales como de un intercambio, en uno u otro sentido, de tales divisas por divisas virtuales de flujo bidireccional que, sin ser medios legales de pago, constituyen un medio de pago aceptado por las partes en una transacción.

Esta fundamentación y, consecuentemente, la exención a aplicar ha sido distinta a la defendida por la DGT, en Consulta vinculante de 30 de marzo de 2015, ya que se pronunció sobre un supuesto similar reconociendo la exención del artículo 135.1, letra d), de la Directiva 2006/112/CE, por considerar que estamos ante una figura equivalente al cheque, pagaré u otros efectos comerciales.

En definitiva, los servicios de intercambio de monedas tradicionales por la divisa virtual bitcóin (y viceversa) que se presten por sujetos pasivos de IVA y con carácter oneroso son servicios sujetos y exentos de IVA.

Trasladando la interpretación del TJUE a la legislación tributaria española, se aplicaría el artículo 20, apartado uno, número 18.º, letra j), de la LIVA, que señala que estarán exentas del tributo las operaciones de compra, venta o cambio y servicios análogos que tengan por objeto divisas, billetes de banco y monedas que sean medios legales de pago. Y el artículo 20.Uno.18.º,

⁷⁷ Para evitar la alegación de falta de onerosidad y consecuente no sujeción alegada por el gobierno británico en el caso First National Bank of Chicago. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de julio de 1998, asunto C-172/96 (NFJ006464), punto 24: «en cambio, el Gobierno del Reino Unido considera que, al no existir una contraprestación, una operación de cambio realizada sin cobro de comisiones o de gastos bancarios no constituye una entrega de bienes o una prestación de servicios en el sentido de la Sexta Directiva, sino un simple intercambio de medios de pago».

letras h) e i), de la LIVA que establece que quedarán exentas las operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o de crédito y otras órdenes de pago, como sostiene la DGT.

Sexta. La tributación en sede de IVA de operaciones de compraventa de bienes o servicios donde la contraprestación son bitcoins también se vería afectada por la disyuntiva de considerar bitcoin como una divisa o como servicio. En el primer caso, estaríamos frente a una adquisición con pago en divisas y la base imponible sería el tipo de cambio vendedor, fijado por el Banco de España, vigente en el momento del devengo. En el segundo, ante una permuta, cuya base imponible sería el valor acordado entre las partes.

Bitcoin es una divisa desregulada y su tipo de cambio, por lógica, no se encuentra fijado por el Banco de España. Por tanto, su reconocimiento como divisa virtual bidireccional con trato equivalente, a efectos de IVA, a las divisas tradicionales efectuado por la sentencia Hedqvist no ha tenido reflejo en la normativa española. Esto deriva en que el tratamiento tributario de las operaciones de adquisición de bienes o prestación de servicios en las que la contrapartida sean bitcoins, debe encuadrarse en la figura de la permuta, sujetándose a la imposición indirecta como tal y gravándose las dos transmisiones cruzadas.

Séptima. Respecto al tratamiento en el IRPF de la adquisición de bienes o servicios con bitcoin de contraprestación la diferencia entre considerar bitcoin la divisa virtual bidireccional o, simplemente, un bien mueble incorporal, tiene menor relevancia dado que en ambos casos nos encontraríamos, siempre que no se desarrolle en el ámbito de una actividad económica, con la generación de una ganancia o pérdida patrimonial, de acuerdo con el artículo 33.1 de la LIRPF.

Hay que reseñar que en sede de IRPF la consideración de bitcoin como divisa carecería de la cobertura de la sentencia Hedqvist, que se basa en última instancia en el principio de neutralidad del IVA.

Octava. La tributación del bitcoin en el IS no resulta demasiado problemática ya que su adquisición se considera ingreso y su contabilización se realizará como inmovilizado intangible. El paso o no de inmovilizado a existencias dependerá de la función que cumplan en relación con la actividad ordinaria de la empresa.

Considerando al bitcoin como bien incorporal, la adquisición de bienes o servicios teniendo como contrapartida bitcoins se calificaría como canje de activos, que son naturalmente diferentes y que da lugar a una permuta de tipo comercial que regula la NRV 2.ª 1.3 del PGC.

Novena. Los bitcoins cuya titularidad se atribuya al sujeto pasivo en el momento del devengo dan lugar al presupuesto de hecho del IP.

Para la valoración de bitcoin en el IP debemos acudir al artículo 24 de la LIP donde se determina el valor de los «demás bienes y derechos de contenido económico», señalando que se valorarán por su precio de mercado en la fecha del devengo del impuesto. Llegamos a esta con-

clusión por exclusión del resto de artículos dedicados a la valoración, porque evidentemente no se puede subsumir el supuesto en la valoración de depósitos (art. 12 LIP), ni de valores en todas sus modalidades (arts. 13, 14, 15 y 16 LIP).

Décima. La prestación de servicios de compraventa de bitcoins se sujetará al IAE si dicha prestación constituye actividad empresarial conforme a lo dispuesto por el artículo 78 del TRLRHL.

La actividad de cambio de bitcóin por divisa tradicional y viceversa no se encuentra recogida expresamente en ninguno de los epígrafes de la Instrucción para la aplicación de las Tarifas. Así que procede clasificarla conforme a lo dispuesto por la regla 8.^a de la Instrucción en el epígrafe 999 de la sección primera, «Otros servicios n.c.o.p.».

Bibliografía

ALBA FERNÁNDEZ, M. [2010]: «La regulación de los títulos valores emitidos individualmente en soporte electrónico», *Revista de derecho bancario y bursátil*, vol. 29, n.º 117, págs. 39-68.

BAL, A. [2015]: «Taxing virtual currency: challenges and solutions», *Intertax*, vol. 43, n.º 5, págs. 380-394.

BERENGUER PASCUAL, S.: «Criptodivisas y Derecho penal: reflexiones sobre un nuevo fenómeno económico», artículo monográfico, *Revista Sepin*, febrero 2014. Referencia: SP/DOCT/18163.

CAPACCIOLI, S. [2014]: «Vat & Bitcoin», *EC tax review*, vol. 23, n.º 6, págs. 361-362.

CHULIÁ, F. V. [2008]: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 21.^a edición.

CLARCK, C. [2013]: *Bitcoin Internals: A Technical Guide to Bitcoin*, 1.^a edición, autoeditado en Amazon.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. [2015]: *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, 11.^a edición.

EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M. [2003]: *Derecho de los títulos valores*, Thomson Civitas, Madrid.

FALCÓN Y TELLA, R. [2013]: «La tributación del dinero virtual», *Quincena fiscal*, n.º 20, págs. 9-13.

FOGEL, S. [2014]: «¿Qué es bitcoin?», *IEEM Revista de Negocios*, vol. 17, n.º 2, págs. 44-47.

FRANCO, P. [2015]: *Understanding Bitcoin: Cryptography, Engineering and Economics (The Wiley Finance Series)*, 1.^a edición, Editorial Wiley.

GALÁN CORONA, E. [1995]: «De los Programas de Ordenadores en Comentarios al Código Civil», ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., t. V, vol. 4-B: *El software y en concreto el programa son susceptibles de ser reconducidos a la categoría de bienes inmateriales*, Madrid.

GARCÍA NOVOA, C. [2001]: «Consideraciones sobre la Tributación del Comercio Electrónico (II)». *Revista Quincena Fiscal*, n.º 16, parte Doctrina, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

GARRIGUES, J. [1983]: *Curso de Derecho mercantil*; t. II (8.^a edición, por F. SÁNCHEZ CALERO), Imprenta Aguirre, Madrid.

GÓMEZ ARAGÓN, D. [2015]: «Ley General Tributaria: Exención del IVA de las operaciones de cambio de la divisa virtual bitcóin por divisas tradicionales», *Carta tributaria. Revista de opinión*, n.º 9, págs. 97-98.

- GÓMEZ JIMÉNEZ, C. [2014]: «El "bitcoin" y su tributación», *RCyT. CEF*, n.º 380, págs. 81-104.
- GRINBERG, R. [2011]: «Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency», *Hastings Science & Technology Law Journal*. Acceso en fecha 14 de junio de 2016, en la dirección: <http://ssrn.com/abstract=1817857>.
- LAMPORT, L.; SHOSTAK, R. y PEASE, M. [1982]: «The Byzantine Generals Problem», *ACM Transactions on Programming Languages and Systems*. Acceso en fecha 14 de junio de 2016, en la dirección: <http://research.microsoft.com/en-us/um/people/lamport/pubs/byz.pdf>
- MARTÍNEZ GIMÉNEZ, E. M. C. [1990]: «La Deuda Pública y el sistema de anotaciones en cuenta», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 66, págs. 221-244.
- MARTÍNEZ NADAL, A. [2012]: *Problemática jurídica de los títulos cambiarios electrónicos en el derecho español*, Madrid, Civitas.
- MERKLE, R. [1989]: «A certified digital signature», proceedings on *Advances in cryptography*.
- MIGUEL CANUTO, E. DE [2016]: «Servicios de intercambio de divisas virtuales ante el IVA (1)», *La Ley Unión Europea*, n.º 34.
- NAKAMOTO, S. [2008]: *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, el 31 de octubre de 2008. Acceso en fecha 14 de junio de 2016 en el enlace: <http://www.mail-archive.com/cryptography@metzdowd.com/msg09959.html>
- NAVAS NAVARRO, S. [2015]: «Un mercado financiero floreciente: el del dinero virtual no regulado (Especial atención a los BITCOINS)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 13, págs. 79-115.
- RODRÍGUEZ HERRERA, D. [2014]: «¿Qué es Bitcoin?», *La Ilustración liberal: revista española y americana*, n.º 59.
- ROSAS, A. [2015]: «El cambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual "bitcoin" está exento del IVA», *La Ley Unión Europea*, n.º 32.
- ROSEMBUJ, T. [2008]: «El programa informático». *Revista Quincena Fiscal*, n.º 21, parte Estudio Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor.
- THOMAS, Z. [2014]: «Why Bitcoin could be the key to banking's future», *International financial law review*, vol. 33, n.º 5.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F. [2005]: *Derecho del mercado financiero*, Marcial Pons, Madrid, 3.ª ed.
- ZÚÑIGA, Á. [2015]: «Bitcoin: mucho más que una moneda», *Escritura pública*, n.º 92, pág. 57.

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, RETENCIÓN EN ORIGEN Y (NO) DEDUCCIÓN DE GASTOS PROFESIONALES EN LOS INTERESES PERCIBIDOS POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO NO RESIDENTES

Análisis de la STJUE de 13 de julio de 2016, Asunto C-18/15

María del Carmen Cámara Barroso

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario.
UDIMA*

EXTRACTO

A través de este asunto el TJUE analizó una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 56 del TFUE (libre prestación de servicios). De un parte, se trataba de dilucidar si la libre prestación de servicios se opone a una normativa nacional en virtud de la cual se aplica una retención en origen a la retribución de las entidades financieras no residentes, mientras que no se sujeta a tal retención la retribución abonada a las entidades financieras residentes (análisis de la distinta técnica recaudatoria). De otra, si el hecho de que las entidades financieras no residentes, a diferencia de lo que ocurre con las residentes, no puedan deducir los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad financiera constituye una restricción a la libre prestación de servicios (análisis del diferente cálculo de la cuantía del impuesto). Mientras que el tribunal señaló que la especial técnica recaudatoria de la retención en origen para los prestadores de servicios no residentes no vulnera la libre prestación de servicios –pues aparece justificada por la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto–, por lo que respecta a la imposibilidad de deducción de los gastos profesionales, determinó que, aunque en el ámbito de la imposición directa el hecho de que un Estado miembro no permita a un no residente acogerse a determinadas ventajas fiscales que concede a un residente no es, por lo general, discriminatorio, habida cuenta de las diferencias objetivas entre la situación de los residentes y la de los no residentes, para los gastos profesionales ligados a una actividad en otro Estado miembro el no residente debe ser tratado de la misma manera que el residente.

1. SUPUESTO DE HECHO

Nos encontramos en este caso ante una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), el cual dispone que «quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación».

La misma se presentó en el marco de un litigio entre, de una parte, Brisal-Auto Estradas do Litoral SA (en adelante, Brisal), con domicilio social en Portugal, y KBC Finance Ireland (en adelante, KBC), con domicilio social en Irlanda, y, de otra, la Administración tributaria de Portugal, relativo al cálculo del impuesto sobre sociedades correspondiente a los rendimientos de intereses obtenidos por KBC y la retención en origen de dicho impuesto por Brisal.

Con arreglo al Derecho portugués, las personas jurídicas y demás entidades que no tengan su domicilio social en territorio portugués estarán sujetas al impuesto sobre sociedades únicamente en lo que se refiere a los rendimientos obtenidos en este territorio (obligación real de contribuir). Entre tales rendimientos figuran los intereses abonados por los deudores que tengan su domicilio social en territorio portugués.

A falta de convenio para evitar la doble imposición, que concede al Estado de la fuente la posibilidad de gravar dichos intereses aplicando un 15 % sobre el importe bruto de los mismos, se aplica a tales rendimientos un tipo de gravamen del 20 % sobre los rendimientos brutos obtenidos en Portugal. En estos casos, el impuesto sobre sociedades se recauda mediante retención en origen de carácter definitivo. Por el contrario, a los rendimientos de intereses obtenidos por las entidades financieras residentes se aplica el tipo de gravamen del 25 % sobre el importe neto de los intereses percibidos, no aplicándose ninguna retención en origen.

En este contexto, en 2004 Brisal celebró un contrato de financiación externa con un sindicato de bancos (integrado por entidades residentes y no residentes en territorio portugués) al objeto de garantizar la ejecución de un contrato de concesión que había celebrado con el Estado portugués. En 2005 se amplió a otras entidades financieras, entre las que se encontraba KBC. En cuanto a la parte del contrato relativo a KBC, Brisal retuvo en origen, abonando al Estado portugués el importe correspondiente.

Ante tal circunstancia, en 2007, Brisal y KBC presentaron un recurso potestativo ante la delegación de la Administración tributaria competente, sobre la base de que la normativa portuguesa contravenía el artículo 56 del TFUE. Tras la desestimación de su reclamación, Brisal y KBC interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Económico-Administrativo de Sintra (Portugal), que también fue desestimado. A continuación, Brisal y KBC interpusieron un recurso ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Portugal, alegando que las entidades financieras no residentes estaban sometidas a una mayor carga fiscal que las instituciones financieras residentes, lo que era contrario a la libre prestación de servicios.

El Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, ante tal escenario, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) las siguientes cuestiones prejudiciales:

- ¿Se opone el artículo 56 del TFUE a una normativa tributaria interna que prevé que las entidades financieras no residentes en territorio portugués tributen por los rendimientos de intereses percibidos en dicho territorio mediante retención en origen al tipo definitivo del 20% (o a un tipo inferior, en el caso de que exista convenio para evitar la doble imposición) que se aplica sobre el rendimiento bruto, sin posibilidad de deducción de los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad financiera ejercida, mientras que los intereses obtenidos por las entidades financieras residentes se integran en el rendimiento imponible global, con deducción de los gastos vinculados a la actividad ejercida cuando se determina el beneficio a efectos de la tributación por el [IRC], de tal modo que se aplica el tipo general del 25% sobre los rendimientos de intereses netos?
- ¿Se da también esta oposición aun cuando se constate que la base imponible de las entidades financieras residentes queda o puede quedar sujeta a un impuesto más elevado que el que se retiene en origen a las entidades no residentes sobre el rendimiento bruto?
- ¿Pueden comprobarse los costes de financiación vinculados a los préstamos concedidos o los gastos que presenten una relación económica directa con los rendimientos de intereses percibidos acudiendo a los datos proporcionados por el euríbor y por el líbor (que representan los tipos de interés medios practicados en la financiación interbancaria a la que recurren los bancos para llevar a cabo su actividad)?

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Con carácter preliminar señalar que, dado que los hechos objeto del litigio principal se produjeron con anterioridad al 1 de diciembre de 2009 (antes de la entrada en vigor del TFUE), dicha cuestión se interpretó a la luz del artículo 49 del (entonces vigente) Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE).

En primer lugar, el tribunal trató de dilucidar si el artículo 49 del TCE se opone a una normativa nacional en virtud de la cual se aplica una retención en origen a la retribución de las entidades financieras no residentes, mientras que no se sujeta a tal retención la retribución abonada a las entidades financieras residentes.

Sobre el particular, el tribunal entiende que el artículo 49 del TCE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como la portuguesa en virtud de la cual se aplica una retención en origen a la retribución de las entidades financieras no residentes en el Es-

tado miembro en el que se prestan los servicios con la condición de que la misma quede justificada por una razón imperiosa de interés general (y, en particular, por la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto) y no exceda de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (esto es, que sea proporcional).

En segundo lugar, procedía determinar si el hecho de que las entidades financieras no residentes, a diferencia de lo que ocurre con las residentes, no puedan deducir los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad financiera en cuestión constituye una restricción a la libre prestación de servicios y, en caso afirmativo, si la misma puede justificarse.

En cuanto a esta segunda cuestión, algo más problemática que la primera, el tribunal, siguiendo su propia doctrina y entendiendo que, en principio, no se puede dar a las prestaciones de servicios efectuadas por entidades financieras un trato diferente del que se dispensa a las prestaciones de servicios pertenecientes a otros ámbitos, consideró que existe una restricción a la libre prestación de servicios desde el momento en el que, a diferencia de lo que ocurre con las circunstancias personales, para el cómputo de los gastos profesionales que presentan un vínculo directo con la actividad ejercida, los prestadores de servicios residentes y no residentes se encuentran en una situación comparable.

No obstante, como sabemos, las restricciones a las libertades fundamentales (y, en particular, a la libre prestación de servicios) pueden admitirse si se encuentran justificadas por razones imperiosas de interés general. En concreto, la justificación esgrimida ante el órgano jurisdiccional remitente se basaba en la aplicación a las entidades financieras no residentes de un tipo de gravamen inferior al aplicado a las entidades financieras residentes. Sin embargo, como veremos a continuación, el tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que un trato fiscal desfavorable contrario a una libertad fundamental no puede considerarse compatible con el Derecho de la Unión Europea por la eventual existencia de otras ventajas.

Algunos de los argumentos esgrimidos por la República Portuguesa hacían referencia, por ejemplo, a la necesidad de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, la voluntad de prevenir la doble deducción de los gastos profesionales en cuestión o la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto.

En primer lugar, aunque se ha reconocido que el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros es un objetivo legítimo, a juicio del tribunal, en el asunto principal no existe ningún elemento que permita explicar en qué medida el reparto de la potestad impositiva exige que las entidades financieras no residentes deban recibir un trato desfavorable respecto a las entidades financieras residentes.

En segundo lugar, en cuanto a la necesidad de prevenir la doble deducción de los gastos profesionales, el tribunal entiende que dicho riesgo puede evitarse acudiendo a la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos.

En tercer lugar, en cuanto a la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto, el tribunal ha determinado que, aunque tal objetivo constituye una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción a la libre prestación de servicios, es necesario que la aplicación de dicha restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no exceda de lo que es necesario para alcanzarlo, requisitos estos que, a su juicio, no concurren en el litigio principal.

Por lo que respecta a la posibilidad de aducir una carga administrativa adicional sobre el destinatario del servicio (en este caso, Brisal) cuando deba proceder al cómputo de los gastos profesionales cuya deducción reclama el prestador (en este caso, KBC), únicamente existiría en un sistema que establece que tal deducción ha de efectuarse antes de aplicar la retención en origen, evitándose, por el contrario, si el prestador del servicio pudiera hacer valer directamente su derecho ante la Administración *a posteriori*, mediante el reembolso de una parte del impuesto retenido en origen.

Por último, en relación con la tercera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, esto es, la manera adecuada de determinar los gastos profesionales directamente vinculados a los rendimientos de intereses que tienen su origen en un contrato de préstamo financiero como el que es objeto del litigio principal, el tribunal considera que, en relación con el cómputo de tales gastos, los no residentes deben ser tratados de igual modo que los residentes.

En principio, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, por «gastos profesionales directamente relacionados con los rendimientos obtenidos» en el Estado miembro en que se ejerce la actividad deben entenderse los gastos ocasionados por esta necesarios para su ejercicio. En concreto, en lo que aquí nos interesa, la concesión de un préstamo financiero genera una serie de gastos profesionales (gastos de viaje, de alojamiento y de asesoramiento jurídico o fiscal) respecto de los cuales es relativamente sencillo establecer un vínculo directo. Sin embargo, la actividad de concesión de un préstamo financiero también genera gastos de financiación respecto de los cuales puede resultar más difícil establecer un vínculo directo. No obstante, el tribunal considera que «el mero hecho de que dicha prueba ofrezca mayor dificultad, no es motivo suficiente para que un Estado miembro deniegue de forma absoluta a los no residentes [...] una deducción que concede a los residentes», pues nada impide a las autoridades tributarias exigir al no residente que presente las pruebas que considere necesarias para apreciar si se cumplen los requisitos de deducibilidad de gastos previstos en el impuesto sobre sociedades.

No obstante, en cuanto a la posible aplicación del euríbor o el líbor, el tribunal entiende que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar cuáles son, entre los gastos profesionales declarados por KBC, los que están directamente relacionados con la actividad financiera en cuestión.

En línea con lo señalado arriba, el TJUE ha respondido a las cuestiones prejudiciales planteadas así:

- El artículo 49 del TCE no se opone a una normativa nacional que prevé la aplicación de un procedimiento de retención en origen a la retribución de las entidades

financieras no residentes en el Estado miembro en el que se prestan los servicios, mientras que la retribución de las instituciones financieras residentes en este Estado miembro no está sujeta a tal retención, siempre que esté justificada por una razón imperiosa de interés general y no exceda de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido.

- El artículo 49 del TCE se opone a una normativa nacional que prevé que las entidades financieras no residentes tributen por los rendimientos de intereses percibidos en el Estado miembro de que se trata sin posibilidad de deducción de los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad en cuestión, mientras que, por el contrario, reconoce tal posibilidad a las entidades financieras residentes.
- Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar qué gastos profesionales se pueden considerar directamente vinculados a la actividad en cuestión.

3. COMENTARIO CRÍTICO

Es la segunda vez que el TJUE analiza la cuestión de la compatibilidad con las libertades fundamentales (y, en particular, con la libre prestación de servicios, que es la libertad fundamental aplicable en el caso de préstamos transfronterizos) de una normativa portuguesa sobre la retención fiscal de los intereses en origen¹. En este caso concreto, el impuesto no solo se les cobra a los acreedores extranjeros de intereses (KBC) como retención en origen aplicada al deudor de los intereses (Brisal), sino que, además, se calcula de forma diferente respecto a los acreedores nacionales de intereses.

Así, se examinaron por el tribunal dos aspectos diferentes del régimen especial para los acreedores no residentes en relación con la tributación de los acreedores residentes: a) la distinta técnica recaudatoria; b) el diferente cálculo de la cuantía del impuesto.

En lo que al primero de ellos se refiere, como hemos señalado arriba, el tribunal ha señalado en distintas ocasiones que la especial técnica recaudatoria de la retención en origen para los prestadores de servicios no residentes no vulnera, en principio, la libre prestación de servicios, pues aparece justificada por la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto.

¹ En la primera ocasión (Sentencia de 17 de junio de 2010, Asunto C-105/08 [NFJ038722]), la Comisión Europea solicitó al TJUE que declarase que, al gravar más los intereses abonados a las entidades de crédito no residentes que los abonados a las entidades de crédito residentes en territorio portugués (pues las primeras no pueden deducir del importe de los rendimientos sujetos a tributación los gastos profesionales directamente vinculados a la actividad ejercida), la República Portuguesa restringía la libre prestación de servicios de crédito hipotecario y de otras formas de crédito por parte de las entidades de crédito residentes en otros Estados miembros. El tribunal desestimó el recurso de la Comisión por considerar que no se había demostrado suficientemente el incumplimiento que se imputaba a la República Portuguesa.

Así lo dispuso, por ejemplo, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2008, Asunto C-282/07, *Truck Center* (NFJ031306), aunque en este caso a la luz de la libertad de establecimiento. El tribunal llegó a la conclusión de que las distintas técnicas de imposición reflejan la diferencia de las situaciones en las que se encuentran dichas sociedades en lo que respecta a la recaudación del impuesto, determinando que «además de referirse a situaciones que no son objetivamente comparables, la diferencia de trato derivada de la normativa fiscal controvertida en el litigio principal no proporciona necesariamente una ventaja a las sociedades beneficiarias residentes, pues el tipo de retención sobre las rentas de capital mobiliario percibido sobre los intereses abonados a una sociedad no residente es netamente inferior al del impuesto de sociedades», al igual que ocurre en el asunto que nos ocupa.

En el mismo sentido nos parece igualmente interesante el pronunciamiento del tribunal en su Sentencia de 18 de octubre de 2012, Asunto C-498/10 (NFJ048750), referida ahora a la libre circulación de capitales. El tribunal afirmó que el procedimiento de retención constituye un medio legítimo y adecuado para asegurar la sujeción fiscal de las rentas de una persona establecida fuera del Estado de imposición, y evitar que las rentas de que se trata eludan el impuesto tanto en el Estado de residencia como en el Estado en el que se prestan los servicios.

Una cuestión diferente a la de la técnica recaudatoria especial es si el distinto modo de cálculo del impuesto sobre los ingresos por intereses de los sujetos pasivos residentes y no residentes constituye una infracción a la libre prestación de servicios contenida en el artículo 49 del TCE. Como hemos señalado arriba, la normativa portuguesa niega a los acreedores no residentes de intereses toda deducción de los gastos profesionales en el cálculo del impuesto (y, en concreto, los costes de financiación en los que ha tenido que incurrir para poder ofrecer el préstamo).

Conforme a la jurisprudencia del TJUE, como hemos señalado anteriormente, presentan un vínculo directo con una actividad gravada los gastos ocasionados por esta y necesarios, por tanto, para su ejercicio². En el presente caso se debatía si existía (o no) una relación directa entre los costes de financiación de KBC y la concesión del préstamo a Brisal.

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en su Sentencia de 6 de julio de 2006, Asunto C-346/04 (NFJ024864), determinó que la libertad de establecimiento se oponía a una legislación nacional que no permitía a una persona sujeta por obligación real deducir de su renta imponible los gastos de asesoramiento fiscal en que incurrió para presentar su declaración de la renta, en concepto de gastos extraordinarios, del mismo modo que una persona sujeta por obligación personal. El tribunal determinó que, aunque en el ámbito de la imposición directa el hecho de que un Estado miembro no permita a un no residente acogerse a determinadas ventajas fiscales que concede a un residente no es, por lo general, discriminatorio, habida cuenta de las diferencias objetivas entre la situación de los residentes y la de los no residentes, para los gastos profesionales ligados a una actividad en otro Estado miembro, el no residente debe ser tratado de la misma manera que el residente.

² Sobre el particular, *vid.*, por ejemplo, las Sentencias del TJUE de 31 de marzo de 2011, Asunto C-450/09 (NFJ041958) y de 24 de febrero de 2015, Asunto C-559/13 (NFJ057461).

Aunque KBC no financió su préstamo a Brisal aceptando a su vez un préstamo de igual importe con ese fin (costes directos), KBC pretendía deducir como gastos profesionales una parte de los costes de financiación generales que soporta por el ejercicio de su actividad (gastos generales). Siendo así, se trató de determinar por el tribunal si los costes de financiación deben ser tenidos en cuenta únicamente como costes directos o también por el importe de una parte de los gastos generales de un sujeto pasivo.

Entendemos que la jurisprudencia del TJUE no excluye que una parte proporcional de los gastos generales de la actividad de un sujeto pasivo por obligación real pueda presentar un vínculo directo con su actividad gravada en el Estado donde se realiza la misma. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto, el tribunal considera que la respuesta a en qué medida pueden asignarse los gastos generales directamente a la actividad gravada es una cuestión de hecho que procede aclarar al órgano jurisdiccional nacional competente.

Por último, un aspecto interesante que no ha sido analizado por el TJUE, pero sí por la señora Juliane Kokott en sus conclusiones de 17 de marzo de 2016, es si la imposibilidad de deducir los gastos profesionales puede verse compensada con un tipo impositivo más bajo aplicado a los sujetos pasivos por obligación real en comparación con los sujetos pasivos por obligación personal.

Sobre el particular, por primera vez, el TJUE, en su Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Asunto C-632/13, Hirvonen (NFJ060519), remitiéndose a la Sentencia de 12 de junio de 2003, Asunto C-234/01 Gerritse (NFJ014749), señaló que la tributación de los ingresos brutos de un sujeto pasivo por obligación real es compatible con el Derecho de la Unión Europea siempre que no sea mayor de lo que sería la tributación de los ingresos brutos al tipo impositivo aplicado a los sujetos pasivos por obligación personal. Esto es, que la imposibilidad de deducir los gastos profesionales podría quedar compensada con un tipo impositivo comparativamente más bajo.

No obstante, la señora Kokott rechazó tal interpretación dado que no concuerda con la restante jurisprudencia del TJUE. Así, en la Sentencia Gerritse, el tribunal diferenció claramente, respecto a los sujetos pasivos por obligación real, entre la deducción de los gastos profesionales, de una parte, y la cuantía del tipo impositivo, de otra. Podemos entonces afirmar que un tratamiento fiscal desfavorable que vulnera una libertad fundamental no puede justificarse con otros beneficios fiscales, debiendo analizarse por separado la compatibilidad con las libertades fundamentales de la deducción de los gastos y del importe del tipo impositivo.

Así, como ya hemos señalado arriba, en lo que a la posible justificación a la restricción a la libre prestación de servicios se refiere se han aducido los siguientes motivos: a) reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros; b) doble deducción de los gastos profesionales; c) eficacia recaudatoria; y d) control fiscal.

Respecto a la primera de las causas (reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros), aunque es cierto que ha sido reconocida por el tribunal como justificación para la restricción de las libertades fundamentales en numerosas ocasiones, es por todos sabido que los Estados

miembros no pueden invocar el contenido de los convenios para evitar la doble imposición a fin de eludir las obligaciones que les impone la Unión en el ejercicio de su potestad tributaria. Además, de la lectura del Modelo de Convenio de la OCDE no se desprende que el Estado de la actividad esté obligado a someter a tributación los ingresos brutos, pues el artículo 11, apartado 2, que fija un tipo de gravamen aplicable sobre el importe bruto de los rendimientos, únicamente establece un límite máximo.

Por lo que atañe a la segunda de las causas (doble deducción de los gastos profesionales), además de la existencia de la Directiva 77/799/CEE, que hemos señalado anteriormente, aducida por el tribunal, el abogado general señaló que es evidente que los gastos profesionales pueden deducirse dos veces, en cualquier caso, cuando también son dos los Estados miembros los que someten a tributación los mismos ingresos.

En cuanto a la necesidad de garantizar la eficacia del cobro del impuesto, consideramos, y así lo entiende también la señora Kokott, que una mayor carga administrativa no puede justificar que se deniegue la deducción de los gastos profesionales en el caso de los sujetos pasivos por obligación personal.

Por último, en lo que se refiere al control fiscal, es reiterada jurisprudencia del TJUE que los Estados miembros disponen a este respecto de suficientes posibilidades de control, no cabiendo en consecuencia aducir tal causa de justificación³.

No son pocos los países que, para garantizar una efectiva recaudación, siguen utilizando el sistema de retención en la fuente para gravar los rendimientos obtenidos por no residentes. Así, por ejemplo, dentro del ordenamiento jurídico español, la figura del retenedor tiene un papel central en la tributación de no residentes. En concreto, el artículo 31.1 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (en adelante, TRLIRNR), señala que «estarán obligados a practicar retención e ingreso a cuenta respecto de las rentas sujetas a este impuesto que satisfagan o abonen: a) las entidades, incluidas las entidades en régimen de atribución, residentes en territorio español».

Aunque dicha retención, atendido a lo dispuesto en el artículo 31.2 del TRLIRNR, al igual que en el asunto que acabamos de analizar, se calcula sobre el importe de los rendimientos brutos, sin deducción alguna de gastos, el artículo 28 del TRLIRNR posibilita que los contribuyentes que hayan soportado la retención puedan, *a posteriori*, presentar su declaración, aplicando en ella la deducción de gastos que, en el artículo 24.6 del TRLIRNR (donde se hace una remisión a la normativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas) se contempla para todos aquellos contribuyentes no residentes que residan en algún Estado miembro de la Unión Europea. Ello,

³ Sobre el particular, *vid.*, por ejemplo, la Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1997, Asunto C-250/95 (NSJ000778) y la Sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2014, Asunto C-326/12 (NFJ055737).

previsiblemente, implicará que el resultado de la declaración sea «a devolver», teniendo en cuenta que la retención, como acabamos de señalar, se aplica sobre el importe bruto.

Esta es precisamente la opción por la que abogaba la señora Kokott en sus conclusiones de 17 de marzo de 2016, que, para evitar una carga administrativa excesiva para el destinatario de los servicios que ha de retener el impuesto sobre los intereses pagados, apuesta por un sistema de retención en origen que permita que el prestador de los servicios deduzca *a posteriori* los gastos profesionales frente a la Administración tributaria.

EL TRIBUNAL SUPREMO ESTABLECE COMO DOCTRINA QUE UNA VEZ SUPERADO EL PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS LA MERA CONTINUACIÓN DE ESTAS NO INTERRUMPE LA PRESCRIPCIÓN

**Análisis de las SSTs de 23 de mayo y 21 de junio de 2016
(recs. núms. 789/2014 y 1591/2015)**

Ángel Puerta Arrúe

Inspector de Hacienda del Estado

EXTRACTO

El Tribunal Supremo establece como doctrina que una vez superado el plazo del procedimiento inspector no cualquier diligencia o actuación posterior tiene capacidad para interrumpir de nuevo la prescripción sino solo una actuación formal de la Inspección de los Tributos poniendo en conocimiento del obligado tributario la reanudación de las actuaciones y los conceptos y periodos a que alcanzarán las que en lo sucesivo vayan a realizarse.

Esta doctrina tiene gran trascendencia porque implica que, en la práctica generalidad de los casos, siempre que el incumplimiento del plazo del procedimiento inspector sea determinado por un órgano revisor, ya sea económico-administrativo o jurisdiccional, ninguna actuación posterior a la fecha de superación del plazo tendrá capacidad para interrumpir de nuevo la prescripción, pues difícilmente el órgano inspector habrá reanudado formalmente unas actuaciones que él consideraba realizadas en plazo.

Esta doctrina ha llevado al Tribunal Económico-Administrativo Central a modificar su criterio anterior, lo que se ha producido en la Resolución de 5 de julio de 2016 (R. G. 35/2013).

I. SUPUESTO DE HECHO DE LAS SENTENCIAS

En los últimos meses el Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias que fijan ya su doctrina acerca de la capacidad interruptiva de la prescripción de las actuaciones inspectoras realizadas con posterioridad al vencimiento del plazo máximo de duración del procedimiento de inspección, bajo la vigencia de la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT).

Se trata de las Sentencias de 23 de mayo y de 21 de junio de 2016, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 789/2014 (NFJ063017) y 1591/2015 (NFJ063066). Previamente se había iniciado el camino mediante la Sentencia de 12 de marzo de 2015 dictada en el recurso

de casación número 4074/2013 (NFJ064068), que hasta la publicación de las otras dos constituía una sentencia aislada, toda vez que las anteriores sobre esta materia se referían a procedimientos iniciados bajo la vigencia de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

Como punto de partida ha de señalarse, por tanto, que todas las sentencias se refieren a procedimientos de inspección iniciados bajo la vigencia de la Ley 58/2003, General Tributaria, antes de su modificación por la Ley 34/2015. Y en todas ellas fue un órgano revisor, no la propia Inspección de los Tributos, quien determinó que se había superado el plazo de duración del procedimiento de inspección.

II. DOCTRINA QUE SE EXTRAE DE LAS SENTENCIAS CITADAS

El artículo 150.2 a) de la LGT, antes de la reforma operada por la Ley 34/2015, disponía que «La interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario o el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento al que se refiere el apartado 1 de este artículo no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero producirá los siguientes efectos respecto a las obligaciones tributarias pendientes de liquidar:

a) No se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas hasta la interrupción injustificada o durante el plazo señalado en el apartado 1 de este artículo.

En estos supuestos, se entenderá interrumpida la prescripción por la reanudación de actuaciones con conocimiento formal del interesado tras la interrupción injustificada o la realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo al que se refiere el apartado 1 de este artículo. En ambos supuestos, el obligado tributario tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse».

A tenor de este precepto, el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento inspector determina que las actuaciones desarrolladas durante ese plazo no han interrumpido la prescripción respecto de las obligaciones tributarias pendientes de liquidar, si bien dicha prescripción puede interrumpirse por determinadas actuaciones inspectoras posteriores.

Pues bien, el Tribunal Supremo interpreta el precepto anterior en el sentido de que no cualquier diligencia o actuación posterior al vencimiento del plazo máximo de duración del procedimiento tiene capacidad para interrumpir de nuevo la prescripción sino solo una actuación formal de la Inspección de los Tributos poniendo en conocimiento del obligado tributario la reanudación de las actuaciones y los conceptos y periodos a que alcanzarán las actuaciones que en lo sucesivo vayan a realizarse.

Así, la Sentencia de 23 de mayo de 2016 dice concretamente que el artículo 150 de la LGT «no consagra [...] que cualquier actuación del procedimiento inicial reanuda la prescripción interrumpida. Para que ello tenga lugar es preciso que el obligado tributario sea informado acerca de los periodos y conceptos que van a ser objeto del nuevo procedimiento. Es decir, la ley parte del hecho de que el procedimiento inicial ha dejado de producir efectos interruptivos. Por eso, la reanudación de la prescripción exigía que se comunique al destinatario "los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a practicarse". Sin esa comunicación no se reinicia la prescripción».

Por su parte, la de 31 de junio de 2016 señala que «El artículo 150.2 a), párrafo segundo, de la vigente Ley General Tributaria dispone, en efecto, que la reanudación de las actuaciones, con conocimiento formal del interesado, después de expirado el plazo a que se refiere el apartado 1 (doce o veinticuatro meses) interrumpe la prescripción. Ahora bien, esta previsión legislativa debe entenderse en sus estrictos términos; no se trata de que una mera actuación ulterior sin más "reviva" un procedimiento ya fenecido, como sin duda es el del caso enjuiciado [...] sino de una decidida actuación administrativa de llevar a cabo la tarea que inicialmente no realizó en el tiempo legalmente requerido. Por ello el precepto matiza en su segunda parte que "el obligado tributario tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse". No se trata, por tanto, de cualquier diligencia, sino de una reanudación formal de las actuaciones inspectoras».

Esta doctrina tiene una gran trascendencia porque implica que, en la práctica generalidad de los casos, siempre que el incumplimiento del plazo máximo de duración del procedimiento de inspección sea determinado por un órgano revisor, ya sea económico-administrativo o jurisdiccional, ninguna actuación posterior a la fecha en que se supere dicho plazo tendrá capacidad para interrumpir la prescripción, puesto que difícilmente la Inspección de los Tributos habrá reanudado formalmente unas actuaciones que ella consideraba realizadas dentro de plazo. Se adivina, pues, la importante repercusión de este criterio del Alto Tribunal respecto de los expedientes de inspección que se encuentran actualmente recurridos tanto en vía administrativa como jurisdiccional, que pueden verse abocados a la prescripción por tal motivo.

III. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Con todo respeto al Tribunal Supremo, cuya postura constituye ciertamente jurisprudencia dada su reiteración, no compartimos sus conclusiones.

A nuestro juicio, la interpretación dada por el Tribunal Supremo es contraria a la literalidad del artículo 150.2 a) de la LGT.

Este precepto identifica dos defectos procedimentales (interrupción injustificada por más de seis meses de las actuaciones inspectoras y superación del plazo máximo de duración del proce-

dimiento de inspección) y anuda a ellos idénticas consecuencias: a) inexistencia de caducidad del procedimiento y b) ausencia de interrupción de la prescripción de las actuaciones desarrolladas.

Sin embargo, cuando se regula en el segundo párrafo del artículo 150.2 a) en qué condiciones podrá volver a interrumpirse la prescripción en los procedimientos en que se haya producido alguno de los dos vicios mencionados, se contemplan claramente soluciones distintas para cada uno de ellos, de forma que se entenderá interrumpida la prescripción nuevamente: a) con la reanudación de actuaciones con conocimiento formal del interesado si lo que existió fue una interrupción injustificada por más de seis meses y b) con la realización de nuevas actuaciones con posterioridad si lo que se produjo fue una superación del plazo de duración del procedimiento.

El precepto solo habla, pues, de reanudación de actuaciones en los casos en que ha existido una interrupción injustificada. Cuando lo que ha sucedido es un incumplimiento del plazo de duración del procedimiento se dice tan solo que la prescripción se entenderá interrumpida por la realización de actuaciones inspectoras con posterioridad a la finalización de dicho plazo.

A partir de la literalidad del precepto resulta claro, por tanto, que el legislador ha querido dar soluciones dispares a los dos vicios señalados en cuanto al modo de volverse a interrumpir la prescripción. Conclusión que se refuerza aún más, si cabe, al utilizar el precepto la expresión «en ambos supuestos» cuando seguidamente señala que «en ambos supuestos [reanudación formal tras la interrupción injustificada y realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo], el obligado tributario tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse», y que confirma plenamente el artículo 150.2 b) de la LGT que concede, por separado, el carácter de espontáneos tanto a los ingresos realizados por el contribuyente hasta la reanudación de actuaciones que habían sido interrumpidas injustificadamente, como a los realizados antes de la primera actuación practicada con posterioridad al incumplimiento del plazo de duración del procedimiento.

Por si quedara alguna duda, esta queda definitivamente despejada con la nueva regulación sobre este asunto dada por la Ley 34/2015. Esta ley ha suprimido la interrupción injustificada por más de seis meses de las actuaciones inspectoras. Pues bien, al regular el nuevo artículo 150.6 de la LGT las consecuencias de la superación del plazo de duración del procedimiento en los mismos términos que el anterior 150.2, establece a continuación que «la prescripción se entenderá interrumpida por la realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo al que se refiere el apartado 1», lo que confirma que cuando el anterior artículo 150.2 exigía la reanudación formal de actuaciones solo se refería a la situación de interrupción injustificada por más de seis meses.

En nuestra opinión, por tanto, una vez superado el plazo legal del procedimiento, basta cualquier actuación inspectora para interrumpir la prescripción (siempre que cumpla los requisitos generales para ello), sin que sea necesaria, a diferencia de lo que se exige para la interrupción injustificada, ninguna comunicación formal de «reanudación de actuaciones». Y esto es aplicable tanto en los casos en que es la Inspección la que constata la superación del plazo como en aquellos en que lo hace un órgano revisor.

No se opone a esta conclusión lo señalado por el propio artículo cuando afirma que «en ambos supuestos, el obligado tributario *tendrá derecho* a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse». Y es que, superado el plazo legal de duración del procedimiento, se traslada a este momento temporal lo que dispone el artículo 147.2 de la LGT al establecer que «los obligados tributarios *deben* ser informados al inicio de las actuaciones del procedimiento de inspección sobre la naturaleza y alcance de las mismas...», pero ahora se contempla como un derecho del obligado y no como una obligación de la Administración. Por tanto, no recae sobre esta la obligación de comunicar de oficio al obligado tributario los conceptos y periodos a que alcanzarán las actuaciones posteriores a la superación del plazo, de lo cual se infiere que dicha comunicación no constituye requisito para que esas actuaciones posteriores interrumpan la prescripción.

La postura que sostenemos ha sido la mantenida por el Tribunal Económico-Administrativo Central hasta fechas recientes, antes de cambiar su criterio en acatamiento de la doctrina del Tribunal Supremo, lo cual ha tenido lugar en su Resolución de 5 de julio de 2016 (R. G. 35/2013 [NFJ063212]).

Respecto de la incidencia a futuro de esta doctrina del Tribunal Supremo, la Ley 34/2015 ha introducido cambios importantes en el artículo 150 de la LGT. Ya apuntamos también que suprimió la interrupción injustificada por más de seis meses. Sin embargo, las consecuencias de la superación del plazo de duración del procedimiento se mantienen igual que con el anterior artículo 150.2.

El nuevo artículo 150.6 a) de la LGT dispone:

«6. El incumplimiento del plazo de duración del procedimiento al que se refiere el apartado 1 de este artículo no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero producirá los siguientes efectos respecto a las obligaciones tributarias pendientes de liquidar:

a) No se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas durante el plazo señalado en el apartado 1.

La prescripción se entenderá interrumpida por la realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo al que se refiere el apartado 1. El obligado tributario tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse».

Resulta claro, a nuestro juicio, que una vez superado el plazo de duración del procedimiento la prescripción se interrumpirá por cualquier actuación posterior, sin que sea necesaria reanudación formal alguna de las actuaciones. Si con el anterior artículo 150.2 esta conclusión nos parecía obvia por las razones que expusimos, mucho más evidente se nos presenta ahora con el actual artículo 150.6 que ni siquiera menciona ya la reanudación formal de actuaciones.

Sin embargo, si se tiene presente que la norma sigue afirmando el derecho del obligado tributario a ser informado sobre los conceptos y periodos a que han de alcanzar las actuaciones y que el Tribunal Supremo ha interpretado este derecho respecto del anterior artículo 150.2 más como una obligación de la Administración de comunicar tal información de oficio que como un derecho del contribuyente a solicitarla, no sería de extrañar que el Alto Tribunal acabara exigiendo también, tras la reforma operada por la Ley 34/2015, una reanudación formal de actuaciones para volver a interrumpir la prescripción tras el vencimiento del plazo.

LOS FINES QUE ESTABLECE LA LEY 49/2002 PUEDEN CUMPLIRSE DE FORMA DIRECTA O INDIRECTA

Análisis de la RTEAC de 8 de septiembre de 2016 (R. G. 769/2015)

Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo

*Doctorando. Área de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Málaga*

EXTRACTO

En el presente trabajo se analiza la Resolución del TEAC de 8 de septiembre de 2016 (R. G. 769/2015), en la que se ponen de manifiesto dos disyuntivas: la primera, si los fines que establece el artículo 3 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, pueden realizarse de forma directa o indirecta y, consecuentemente, si de no realizar el obligado tributario los fines de manera directa, queda excluida la posibilidad de acogerse al régimen de entidades parcialmente exentas de los artículos 109 a 111 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades; y la segunda, con relación al derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria, si constituye un acto interruptivo de la prescripción una comunicación al obligado tributario *de facto* que no reúna los requisitos que establece el artículo 68.1 a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, esto es, que sea una comunicación «formal» al obligado tributario.

1. SUPUESTO DE HECHO

Atendiendo a los antecedentes puestos de manifiesto en la resolución objeto de análisis, al obligado tributario, fundación sin ánimo de lucro acogida al régimen de entidades parcialmente exentas (en adelante, EPE) de los artículos 120 y siguientes 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 (actualmente recogido en los arts. 109 a 111 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades), se le inician actuaciones inspectoras el 12 de abril de 2013, por el concepto de Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2009 y 2011, y como consecuencia de dicha comprobación, fueron incoadas actas de disconformidad.

El motivo de dichas actuaciones, a juicio de la inspección, fue que consideró incumplidos los requisitos primero y cuarto del artículo 3¹ 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 (en adelante, Ley 49/2002), *conductio sine qua non* para beneficiarse del régimen fiscal de EPE².

En fecha de 16 de diciembre de 2014 fueron dictados sendos acuerdos de liquidación confirmando las propuestas contenidas en las actas, notificados en fecha de 9 de enero de 2015, correspondientes a los ejercicios de 2009 y 2010, y el 18 de marzo de 2015, correspondiente al ejercicio de 2011.

Como resultado de las actuaciones realizadas, se iniciaron expedientes sancionadores que finalizaron con acuerdos de imposición de sanción consistente en dejar de ingresar parte de la deuda tributaria ex artículo 191.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria (en adelante, LGT 58/2003)³.

Contra los acuerdos dictados fueron interpuestas ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC) sendas reclamaciones económico-administrativas en fechas de 5 de febrero de 2015, en referencia a las liquidaciones y sanciones de los ejercicios 2009 y 2010, y de 31 de marzo de 2015, referente a la liquidación y sanción del ejercicio 2011, fundando la reclamante su pretensión en lo siguiente.

Primero, la prescripción de la acción administrativa para liquidar el ejercicio 2009 por incumplimiento del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras, manifestando su disconformidad con los efectos interruptivos alegados por la inspección basados en la puesta de

¹ Vid. artículo 3 de la Ley 49/2002, apartados requisitos primero y cuarto: «1.º Que persigan fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, los de asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, defensa del medio ambiente, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, económicas o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de fomento de la economía social, de desarrollo de la sociedad de la información, de investigación científica, desarrollo o innovación tecnológica y de transferencia de la misma hacia el tejido productivo como elemento impulsor de la productividad y competitividad empresarial [...] 4.º Que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios...».

² Vid. artículo 9.3 a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

³ Vid. artículo 191.1 de la LGT: «Constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 o proceda la aplicación del párrafo b) del apartado 1 del artículo 161, ambos de esta ley. También constituye infracción tributaria la falta de ingreso total o parcial de la deuda tributaria de los socios, herederos, comuneros o partícipes derivada de las cantidades no atribuidas o atribuidas incorrectamente por las entidades en atribución de rentas. La infracción tributaria prevista en este artículo será leve, grave o muy grave de acuerdo con lo dispuesto en los apartados siguientes. La base de la sanción será la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción».

manifiesto del expediente previa a la firma de las actas de disconformidad. Por otra parte, alega el transcurso del periodo de tiempo de seis meses sin actuaciones referentes al ejercicio 2009.

Segundo, el incumplimiento del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras supone, respecto a los ejercicios 2010 y 2011, que no se deban exigir intereses de demora desde el incumplimiento.

Tercero, la entidad sí cumple los requisitos exigidos por la Ley 49/2002.

Y cuarto, respecto a las sanciones, alega la reclamante ausencia de responsabilidad, falta de motivación, inexistencia de culpabilidad y tipicidad, así como vulneración de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad.

El TEAC estima el recurso contencioso-administrativo, sentando como tal la doctrina que a continuación se analiza.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

La presente resolución objeto de análisis plantea cuatro cuestiones a resolver por el TEAC: en primer lugar, si ha prescrito el derecho de la Administración para liquidar la deuda tributaria en concepto de Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2009⁴; en segundo lugar, si ese incumplimiento del plazo máximo de seis meses *ex* artículo 150 de la Ley 49/2002 implica, respecto de los ejercicios 2010 y 2011, que no se deban exigir intereses de demora desde su incumplimiento; en tercer lugar, si la fundación cumple, a efectos de la Ley 49/2002, los requisitos para ser beneficiaria del régimen fiscal de EPE; y en cuarto lugar, si hay falta de motivación en la imposición de sanciones y vulneración de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad.

⁴ No debemos olvidar que el artículo 150 de la LGT ha sido reformado por Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Rezaba dicho artículo del siguiente modo: «1. Las actuaciones del procedimiento de inspección deberán concluir en el plazo máximo de 12 meses contado desde la fecha de notificación al obligado tributario del inicio del mismo. Se entenderá que las actuaciones finalizan en la fecha en que se notifique o se entienda notificado el acto administrativo resultante de las mismas. A efectos de entender cumplida la obligación de notificar y computar el plazo de resolución serán aplicables las reglas contenidas en el apartado 2 del artículo 104 de esta ley. 2. La interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario o el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento al que se refiere el apartado 1 de este artículo no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero producirá los siguientes efectos respecto a las obligaciones tributarias pendientes de liquidar:

No se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas hasta la interrupción injustificada o durante el plazo señalado en el apartado 1 de este artículo.

En estos supuestos, se entenderá interrumpida la prescripción por la reanudación de actuaciones con conocimiento formal del interesado tras la interrupción injustificada o la realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo al que se refiere el apartado 1 de este artículo. En ambos supuestos, el obligado tributario tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse».

Para responder a la primera de las cuestiones, la parte actora alega la prescripción de la acción administrativa para liquidar el ejercicio de 2009, a lo que la inspección del Estado sostiene que, aun habiéndose excedido el plazo del artículo 150 de la LGT 58/2003, se ha interrumpido la prescripción con la puesta de manifiesto del expediente al obligado tributario previa a la firma de las actas de disconformidad, es decir, equiparando dicha acción a lo contenido en el artículo 68.1 a) bajo la dicción «conocimiento formal del obligado tributario [...]».

Así, trayendo a colación lo descrito en los artículos 66, 67.1 y 68.1 a) de la LGT 58/2003, el TEAC aclara que si bien ha reconocido los argumentos de la inspección en diversas resoluciones, llegando a argumentar que la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 12 de marzo de 2015 (rec. núm. 4074/2013 [NFJ064068]) –que declaraba prescrito el derecho de la Administración sin conocimiento «formal» del obligado tributario– constituía un pronunciamiento *obiter dicta*, añade que en la fecha en la que se dicta la presente resolución existen numerosos pronunciamientos que siguen el criterio expuesto y, por tanto, ya no constituye un pronunciamiento *obiter dicta*, como es la reciente STS de 23 de mayo de 2016 (rec. núm. 789/2014 [NFJ063017]) referida a un procedimiento inspector iniciado en 2006, que aclara, en su fundamento de derecho tercero, que:

«La ley parte del hecho de que el procedimiento inicial ha dejado de tener efectos interruptivos. Por eso, la reanudación de la prescripción exigía que se comunique al destinatario los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a practicarse. Sin esa comunicación no se reinicia la prescripción».

Por ello, el TEAC expone que por acatamiento del criterio jurisprudencial expuesto, no ha tenido lugar la «reanudación formal» tras la superación del plazo máximo de duración del procedimiento inspector, por lo que hay que estimar las pretensiones de la actora de declarar prescrito el derecho de liquidar dicho tributo y ejercicio.

En relación con la segunda de las cuestiones, el TEAC aclara que de conformidad con el artículo 150 de la LGT 58/2003, las actuaciones deberán concluir en el plazo de 12 meses, de modo que, tal y como ocurre en el presente caso, las mismas se prolongan más allá de este periodo temporal, determinando esto, como recoge el apartado tercero del citado artículo, «que no se exijan intereses de demora desde que se produzca dicho incumplimiento hasta la finalización del procedimiento» y, en este caso, las dilaciones se han computado por 34 días, finalizando el plazo el 16 de abril de 2014, tal y como reconocen los acuerdos de liquidación, por lo que es esta fecha la que determina el fin del periodo de cómputo de los intereses de demora, y no el 16 de diciembre de 2014 ni el 16 de marzo de 2015, como así consideró la inspección en los acuerdos dictados por los ejercicios 2010 y 2011, estimando la pretensión de la actora.

Esto nos conduce a la tercera de las cuestiones, en la que el TEAC resuelve, respecto de las sanciones, que anulados los actos de liquidación sobre los que impugnan las sanciones, procede asimismo a su anulación.

Así, en la cuarta y última de las cuestiones, la inspección considera incumplido el requisito del artículo 3 de la Ley 49/2002, es decir, la no consecución de los fines que promueve la fundación, argumentando que esta realiza donaciones a otras entidades para la consecución de los fines y, por tanto, no los realiza de manera directa, criterio seguido en la Resolución del TEAC de 29 de noviembre de 2012 (R. G. 3669/2010).

Así, el TEAC advierte que la Resolución de 29 de noviembre de 2012 ha sido anulada por la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 1 de octubre de 2015 (rec. núm. 487/2012 [NFJ060014]), manifestando en el fundamento de derecho séptimo, a lo que aquí nos interesa, que:

«[...] se parte de una premisa errónea al exigir un requisito legal que no aparece contemplado en la propia norma ya que esta, tanto la Ley 49/2002 como la Ley 50/2002 requieren como condición inexorable que se persigan fines de interés general, finales a llevar a cabo por la actora, es decir a ejecutarlos, pero que en modo alguno se alude al modo o manera de su ejecución, a que los realice directa o indirectamente, hasta el punto de que como ha dejado entreverse en el relato de la normativa reseñada, puede efectuarse a través de explotaciones económicas, concretamente las señaladas a efectos fiscales en el artículo 7 de la Ley 49/2002».

Por ello, el TEAC cambia el criterio contenido en la Resolución de 29 de noviembre de 2012, entendiendo que los fines de interés general que debe perseguir una fundación pueden ser ejecutados tanto de manera directa como indirecta, sin perjuicio, naturalmente, de las circunstancias concretas de cada caso.

Por todo ello, el TEAC estima las reclamaciones anulando las liquidaciones y sanciones impugnadas.

3. COMENTARIO CRÍTICO

3.1. SOBRE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y EL CONOCIMIENTO «FORMAL» DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

En el caso objeto de este análisis, la inspección ha considerado que la puesta de manifiesto del expediente ante el obligado tributario previa a la firma de las actas de disconformidad constituye un acto interruptivo de la prescripción⁵.

⁵ Sobre la prescripción, pueden verse estudios doctrinales en FALCÓN Y TELLA, R.: *La prescripción en materia tributaria*, La Ley, Madrid, 1992, págs. 70 y ss.; GÉNOVA GALVÁN, A.: «La prescripción tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 57, 1988, págs. 30 y ss.; VEGA HERRERO, M.: *La prescripción de la obligación tributaria*, Lex

Como bien sabemos, y así lo expone el TEAC, el artículo 66 de la LGT 58/2003 dice que «prescribirán a los cuatro años el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria»; el artículo 67.1, que el plazo de prescripción comenzará a contarse, en el caso del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria, «desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación»; y el artículo 68.1 a) dispone que «el plazo de prescripción del derecho a que se refiere el apartado a) del artículo 66 de esta ley (derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria) se interrumpe por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria».

En este caso, el quid de la cuestión reside en saber cuándo se produce el conocimiento «formal» del obligado tributario y en cómo debe ser esa comunicación.

Por un lado, como bien es sabido, las causas por las que se produce la interrupción de la prescripción, en el caso de la acción para liquidar, son: las actuaciones tendentes a la liquidación, interposición de recursos o reclamaciones, la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal y cualquier actuación fehaciente del obligado tendente a la liquidación de la obligación. Es por ello por lo que cumplen con la función de actuaciones tendentes a liquidar las actuaciones de comprobación e investigación desarrolladas por la inspección y las de comprobación limitada y de verificación de datos desarrolladas por los órganos de gestión⁶, como también es cierto que existe el deber *ex* artículo 147.2 de la LGT 58/2003 de comunicar el alcance de las actuaciones, incluyendo los tributos y periodos afectados.

Por otro lado, para que esas actuaciones tengan efectos en el procedimiento es necesario el conocimiento formal del obligado tributario, conocimiento formal que se alcanza por la correcta notificación del inicio de la actuación o de cualquier otro trámite, aunque el obligado no se haya personado a recibir la notificación anunciada⁷. Esta exigencia ha sido reconocida y asentada en diversos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales recientes.

La STS de 23 de mayo de 2016 (rec. núm. 789/2014 [NFJ063017]), en su fundamento de derecho segundo, recoge que «la ley parte del hecho de que el procedimiento inicial ha dejado de producir efectos interruptivos. Por eso, la reanudación de la prescripción exigía que se comunique al destinatario los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a practicarse. Sin esa comunicación no se reinicia la prescripción». En este sentido se pronuncia también la STS de 21 de junio de 2016 (rec. núm. 1591/2015 [NFJ063066]).

Nova, Valladolid, 1990, págs. 22 y ss.; HINOJOSA TORRALVO, J. J.: *Los créditos de impuesto en el sistema tributario español*, Cedecs, Barcelona, 1995, págs. 278-280.

⁶ Cfr. SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.; BAS SORIA, J. y MOYA CALATAYUD, F.: *Estudio concordado y sistemático de la Ley General Tributaria y su normativa de desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 600 y ss.

⁷ *Ibid.* pág. 605.

El TEAC, por su parte, sigue este criterio en su Resolución del TEAC de 5 de julio de 2016 (R. G. 35/2013 [NFJ063212]), fundamento de derecho segundo, al establecer que «no se trata de que una mera actuación sin más reviva un procedimiento ya fenecido [...] sino de una decidida actuación administrativa de llevar a cabo la tarea que inicialmente no realizó en el tiempo legalmente requerido [...] No se trata, por tanto, de cualquier diligencia, sino de una reanudación formal de las actuaciones inspectoras».

Por ello, ha de mediar, a tenor de los pronunciamientos expuestos, una actuación formal de la Inspección de los Tributos poniendo en conocimiento del obligado tributario la reanudación de las actuaciones, criterio seguido en las SSTs de 18 de diciembre de 2013 (rec. núm. 4532/2011 [NFJ053198]), fundamento jurídico cuarto; de 6 de marzo de 2014 (rec. núm. 6287/2011 [NFJ053966]), fundamento jurídico cuarto; de 13 de junio de 2014 (rec. núm. 848/2012 [NFJ064071]), fundamento jurídico cuarto; de 12 de marzo de 2015 (rec. núm. 4074/2013 [NFJ064068]), fundamento jurídico quinto; y de 23 de marzo de 2016 (rec. núm. 789/2014 [NFJ063017]), fundamento jurídico tercero.

Así, no teniendo lugar dicha reanudación formal tras la superación del plazo máximo de duración del procedimiento inspector, habrá que estar, como hito interruptivo de la prescripción, a la notificación del acuerdo de liquidación, el 9 de enero de 2015, fecha en la que habían transcurrido en exceso los cuatro años de prescripción a contar desde la fecha final del plazo de presentación de la autoliquidación *ex* artículos 66 y 67 de la LGT 58/2003 relativa al Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2009.

A nuestro juicio, la inspección pretendía equiparar los efectos formales de la notificación tributaria a un acto realizado *de facto* en presencia del obligado, es decir, que el traslado de la información al obligado tributario en el transcurso, en este caso, de la firma de las actas de disconformidad con relación a otros periodos y conceptos era suficiente para darse por enterado de la reanudación de un procedimiento ya prescrito. No cabe más que decir que la inspección ha realizado una interpretación extensiva de la dicción «comunicación formal», interpretación que no ha compartido ni el TS en sus pronunciamientos, ni por supuesto el TEAC en sus resoluciones.

Por ello, compartimos plenamente el criterio esgrimido por el TEAC en la resolución objeto de análisis, que no hace más que confirmar los diversos pronunciamientos jurisprudenciales emanados al respecto.

3.2. SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 49/2002 DE FORMA INDIRECTA

El TEAC venía sosteniendo que los fines a los que se refiere el artículo 3 de la Ley 49/2002, necesarios para que una entidad sin fin lucrativo pueda acogerse al régimen de EPE, debían realizarse de forma directa por el ente sujeto a tal régimen. Así lo ha sostenido, entre otras, la Resolución del TEAC de 29 de noviembre de 2012 (R. G. 3669/2010).

Sin embargo, esta resolución ha sido anulada por la SAN de 1 de octubre de 2015 (rec. núm. 487/2012 [NFJ060014]), donde en el fundamento de derecho séptimo expone el criterio seguido de manera clarividente, al decir que:

«[...] se parte de una premisa errónea al exigir un requisito legal que no aparece contemplado en la propia norma ya que esta, tanto la Ley 49/2002 como la Ley 50/2002 requieren como condición inexorable que se persigan fines de interés general, finales a llevar a cabo por la actora, es decir a ejecutarlos, pero que en modo alguno se alude al modo o manera de su ejecución, a que los realice directa o indirectamente, hasta el punto de que como ha dejado entreverse en el relato de la normativa reseñada, puede efectuarse a través de explotaciones económicas, concretamente las señaladas a efectos fiscales en el artículo 7 de la Ley 49/2002».

Este cambio de criterio del TEAC, a tenor del pronunciamiento de la AN, responde a una cuestión muy sencilla: la inspección exigía un requisito *ex lege* y, además, *condictio sine qua non* para ser beneficiario del régimen de EPE. Es decir, ha sostenido que dicha fundación, suministrando el apoyo económico a otras fundaciones, no cumple el fin social para el cual se enuncia, cuando en modo alguno la Ley 49/2002 alude a la forma de ejecución de esos fines, simplemente establece que han de llevarse a cabo, por lo que la elección del cómo hacerlo corresponde al obligado sin que sea posible negarle un determinado régimen fiscal con base en un requisito no contemplado en la normativa legal aplicable.

En este caso, la fundación se define como una entidad española sin ánimo de lucro que trabaja para la mejora de la calidad de vida de las personas más desfavorecidas desarrollando proyectos en países necesitados de América Latina y de África Subsahariana, y según su memoria de actividades, trabaja en estrecha colaboración con organizaciones benéficas y sin ánimo de lucro en varios países. De este modo, si las entidades colaboradoras reciben el capital de la fundación y cumplen los fines para los que se le ha donado dicho presupuesto, queda a salvaguarda el fin que proclama el artículo 3 de la Ley 49/2002, aunque sea de manera indirecta. Así, cumpliéndose el mencionado fin, no cabe duda de que podrán acogerse al régimen de EPE.

Por ello, coincidimos con el cambio de criterio del TEAC a raíz de la SAN de 1 de octubre de 2015, en el sentido de que la interpretación que realiza la Administración es contraria a la propia norma de la que deriva, ya que en ningún momento ni la ley sustantiva ni la fiscal exige que la fundación realice de modo directo una actividad de fin general, sino que su obligación no es otra que la de perseguir fines de interés general, sin que quepan añadidos o interpretaciones que van más allá de la norma y que perjudican a la actora, todo ello, evidentemente, pendiente de un análisis caso por caso.

Bibliografía

FALCÓN Y TELLA, R. [1992]: *La prescripción en materia tributaria*, La Ley, Madrid.

GÉNOVA GALVÁN, A. [1988]: «La prescripción tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 57.

HINOJOSA TORRALVO, J. J. [1995]: *Los créditos de impuesto en el sistema tributario español*, Cedecs, Barcelona.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.; BAS SORIA, J. y MOYA CALATAYUD, F. [2012]: *Estudio concordado y sistemático de la Ley General Tributaria y su normativa de desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VEGA HERRERO, M. [1990]: *La prescripción de la obligación tributaria*, Lex Nova, Valladolid.

NO SUJECCIÓN A TPO DE LAS ENTREGAS DE ORO REALIZADAS POR PARTICULARES A REVENDADORES

Análisis de la RTEAC de 20 de octubre de 2016 (R. G. 2568/2016)

Javier Bas Soria

*Doctor en Derecho
Inspector de Hacienda del Estado*

EXTRACTO

La sujeción a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de las entregas de objetos de oro y joyería efectuadas por particulares a favor de empresarios revendedores de tales productos ha sido una cuestión conflictiva por la existencia de una discrepancia entre la Administración, que consideraba estas operaciones sujetas y no exentas, siguiendo el criterio unificado por el TEAC, y la mayoría de tribunales de justicia, que consideraban estas operaciones no sujetas, en aplicación de una Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996, que no creaba jurisprudencia.

Con la resolución que ahora comentamos, el TEAC modifica su criterio alineándose con el sostenido por el Tribunal Supremo, aunque el mismo sigue sin ser jurisprudencia.

1. SUPUESTO DE HECHO

Se plantea en esta resolución una cuestión de sencillo planteamiento, la sujeción o no a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO) del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITP y AJD) de las compraventas a particulares de artículos de oro y joyería efectuadas por empresarios, normalmente revendedores de los mismos.

El Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) se había pronunciado previamente a la resolución que ahora analizamos en recurso de alzada extraordinario para la unificación de criterio de fecha 8 de abril de 2014, R. G. 5459/2013 (NFJ054147), interpuesto por la directora de la Agencia Tributaria de Andalucía, habiendo fijado el siguiente criterio:

«En el caso de compras a particulares de objetos usados de oro y otros metales por parte de quienes ostenten la condición de empresarios o profesionales, al no tener los transmitentes tal condición de empresarios o profesionales, la operación queda fuera del ámbito del impuesto sobre el valor añadido, quedando sujeta y no exenta a la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas».

El criterio sentado en esa resolución era vinculante para los tribunales económico-administrativos regionales y locales para los órganos económico-administrativos de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía y para el resto de la Administración tributaria del Estado y de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía, según resulta del artículo 239.8 de la Ley General Tributaria (LGT).

En dicha resolución se afirmó por el TEAC que no se desconocía la Sentencia Tribunal Supremo (STS) de 18 de enero de 1996 (rec. núm. 3646/1991 [NFJ004209]), pero que se trataba de una sentencia aislada, no reiterada, y se entendía que el criterio sentado en la misma obedecía a la etapa de transición hacia el impuesto sobre el valor añadido (IVA) y que no podía sostenerse en el momento de la resolución del recurso de alzada.

No obstante, tal y como relata la resolución que estudiamos, con posterioridad a tal unificación de criterio, el TS se ha pronunciado, indirectamente, en dos ocasiones sobre la materia, en sendos Autos de fechas 13 de noviembre de 2014 (rec. núm. 2801/2014 [NFJ058457]) y de 23 de junio de 2016 (rec. núm. 4018/2015 [NFJ064441]) en los que se archivan recursos de casación en interés de la ley promovidos por la Junta de Andalucía y por la Comunidad Autónoma de Canarias, respectivamente, contra sentencias de los respectivos tribunales superiores de justicia en las que se había resuelto a favor de la no sujeción a TPO de las entregas de oro y artículos de joyería por aplicación del criterio contenido en la STS de 18 de enero de 1996, antes mencionada. En el primero de estos autos el TS archiva por falta de interés casacional, al existir ya doctrina sobre la materia, constituida por la citada STS; mientras que en el segundo la razón del archivo no es la reafirmación de la doctrina de la citada sentencia, sino el incumplimiento procesal por la Administración demandante al no concretar el precepto legal cuya interpretación pretende que se unifique.

A la vista de esta circunstancia, en aplicación del artículo 229.1, letra d), de la LGT, el presidente del TEAC acordó iniciar el procedimiento para la adopción de resolución en unificación de criterio, dando audiencia tanto al director general de tributos como a la directora de la Agencia Tributaria de Andalucía.

El primero sostuvo la existencia de diferentes consultas en las que llega a la misma conclusión que el TEAC en su recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio de fecha 8 de abril de 2014: que la STS de 18 de enero de 1996 se refería a hechos acaecidos con la legislación anterior al IVA, que la misma no constituía jurisprudencia, al faltar el elemento de la reiteración, no sirviendo a estos efectos el Auto de 13 de noviembre de 2014, y, finalmente, cita también otras sentencias del referido tribunal que sostienen el criterio contrario, en particular, las

de 15 (rec. núm. 19/2009 [NFJ059422]) y 16 de diciembre de 2011 (rec. núm. 5/2009) y de 10 de diciembre de 2009 (rec. núm. 16/2008 [NFJ037250]). La segunda sostuvo que no se veía razón para modificar el criterio contenido en la Resolución del TEAC de 8 de abril de 2014, ya que no se había producido cambio normativo o nueva doctrina legal aplicable al caso.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

El TEAC, en su fallo, realiza una síntesis de los distintos pronunciamientos jurisdiccionales (cuyo estudio remitimos al epígrafe siguiente de este comentario, para una mayor claridad expositiva) constatando la existencia de pronunciamientos que siguen la citada Sentencia de 18 de enero de 1996 y otros que parecen contener un pronunciamiento contrario.

No obstante, a la hora de decidirse por un criterio o por otro, el TEAC argumenta que la mayoría de los tribunales superiores de justicia parecen inclinarse por la aplicación de la STS de 18 de enero de 1996, por lo que el mantenimiento del criterio administrativo obliga a los ciudadanos a seguir procedimientos judiciales, necesariamente costosos, para ver satisfechos sus intereses en los citados tribunales; la reiteración del criterio del TS en los Autos del TS de 13 de noviembre de 2014 y de 23 de junio de 2016; y, finalmente, el tiempo transcurrido desde el Auto de 13 de noviembre de 2014 sin que se haya adoptado solución legislativa alguna que aclare definitivamente la cuestión.

Sobre todas estas consideraciones, el TEAC decide modificar su criterio y establecer la siguiente doctrina:

«En el caso concreto de compras a particulares de objetos usados de oro y otros metales por parte de quienes ostenten la condición de empresarios o profesionales, la operación queda fuera tanto del ámbito del impuesto sobre el valor añadido como de la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas».

3. JUICIO CRÍTICO DE LA SENTENCIA

3.1. EL DESLINDE NORMATIVO ENTRE EL IVA Y EL ITP

La relación entre el IVA y la modalidad de TPO viene marcada por dos preceptos esencialmente. En primer lugar, cabe citar el artículo 7, apartado 5, del texto refundido del ITP y AJD (TRLITP y AJD), que establece lo siguiente:

«No estarán sujetas al concepto de "transmisiones patrimoniales onerosas", regulado en el presente título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean

realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto sobre el valor añadido. No obstante, quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el impuesto sobre el valor añadido. También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al impuesto sobre el valor añadido».

Por su parte, el artículo 4.Cuatro de la Ley del IVA (LIVA) dispone lo que a continuación se transcribe:

«Cuatro. Las operaciones sujetas a este impuesto no estarán sujetas al concepto "transmisiones patrimoniales onerosas" del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las entregas y arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución o transmisión de derechos reales de goce o disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando estén exentos del impuesto, salvo en los casos en que el sujeto pasivo renuncie a la exención en las circunstancias y con las condiciones recogidas en el artículo 20.Dos».

Esta relación se ha entendido generalmente como una exclusión alternativa de la sujeción en función de la condición del transmitente en la operación cuya sujeción al IVA o a TPO se cuestiona. Así, con las excepciones que prevén estos dos apartados para determinadas operaciones relacionadas con los inmuebles, se considera que en aquellos casos en los que las operaciones sujetas se realicen por empresarios o profesionales en ejercicio de su actividad, el impuesto que resultará aplicable es el IVA; mientras que en aquellos casos en los que las operaciones se realicen por personas que no tengan la condición de empresario o profesional, el impuesto aplicable será TPO.

Tal y como señalan los citados preceptos, se establece como excepción a esta incompatibilidad de sujeción las entregas de bienes inmuebles exentas del IVA, exenciones que se prevén en los apartados 20.º (terrenos) y 22.º (segundas y ulteriores entregas de edificaciones) del artículo 20.Uno de la LIVA, así como los arrendamientos de bienes inmuebles y la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan también sobre los inmuebles, cuando les resulte aplicable la exención en el IVA prevista en el artículo 20.Uno.23.º de la LIVA.

Se añade, aunque en este caso exclusivamente lo prevé el artículo 7.5 del TRLITP y AJD, que también quedarán sujetas a TPO las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial no sujeta en el IVA. En este punto, aunque la referencia se realice a la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial, cabe

entender incluidas todas las operaciones no sujetas al IVA en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1.º de la LIVA, que incluye no solo la transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial, sino también la de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporeales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan o sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma en el transmitente, capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios. Como sabemos, este precepto fue modificado para recibir la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el alcance del supuesto de no sujeción, expresada en la Sentencia de 27 de noviembre de 2003, dictada en el Asunto C-497/01, Zita Modes Sari (NFIJ015629).

3.2. LA STS DE 18 DE ENERO DE 1996

La Sentencia de 18 de enero de 1996 examinó, como señala su fundamento jurídico primero, si las adquisiciones a particulares de objetos de oro, plata, platino y de joyería realizadas por un empresario dedicado a la compraventa de estas mercancías estaban o no sujetas al ITP y AJD, en su modalidad TPO.

Para comprobar cómo se resuelve esta cuestión, en lo que se refiere a la aplicación de IVA y TPO, hay que acudir al fundamento jurídico séptimo de la citada sentencia (por referirse los anteriores a la posible aplicación del impuesto general sobre el tráfico de empresas) en la que el TS constata los términos de la incompatibilidad entre IVA y TPO, señalando que la misma se produce con fundamento en dos criterios diferenciados contemplados ambos en el artículo 7.5 del TRLITP y AJD, precepto que hemos transcrito anteriormente, y que establece que no se encuentran sujetas a TPO las operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional ni cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA.

Deducía de esta formulación el TS que no era exactamente coincidente el ámbito de las operaciones realizadas en ejercicio de la actividad empresarial con el de las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas al IVA y postulaba como ejemplo típico de ello las reventas de bienes usados a las que se aplica el régimen especial de bienes usados, en las que el vendedor es un particular pero que considera integradas en el tráfico empresarial típico y habitual del empresario comprador. Por lo tanto, señalaba, tratándose de operaciones incluidas en el tráfico empresarial las cuestionadas, resultaban no sujetas a TPO, aunque no fueran hecho imponible del IVA.

Sobre la vigencia del criterio contenido en esta sentencia se pronunció, nuevamente, como hemos visto, el TS en el Auto de 13 de noviembre de 2014, en el que se dice:

«Y en todo caso, como señala la sentencia recurrida, sobre la cuestión litigiosa ya se ha pronunciado este Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de enero de 1996 [en realidad, es 18 de enero] –recurso de apelación 364671991–, cuya doctrina considera vigente al reiterarse en otros pronunciamientos tales como las Sentencias de 15 y 16 de diciembre de 2011 –recursos de casación para la unificación de doctrina 19/2009 y

5/2009, respectivamente—. Existiendo doctrina legal, carece de sentido el recurso de casación en interés de la ley pues, como destaca la Sentencia de esta Sala 5 de marzo de 2004 —casación en interés de ley n.º 96/2004— "el (recurso) de casación en interés de la ley tiene por finalidad la fijación de doctrina legal cuando esta no existe y resulta procedente, pero no puede utilizarse para reiterar la doctrina ya declarada". Por ello, como señala también la Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2003 —casación en interés de ley n.º 214/01— "ha de descartarse toda pretensión que propugne el obtener la declaración de una doctrina legal cuya procedencia hubiese sido anteriormente rechazada o que, por el contrario, ya estuviese fijada por este Tribunal Supremo"».

El Auto de 23 de junio de 2016, también citado por el TEAC, aunque inadmite el recurso de casación promovido, no se pronuncia nuevamente sobre la validez de la Sentencia de 18 de enero de 1996, sino que se limita a constatar la ausencia de requisitos procesales en la demanda interpuesta.

3.3. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Como señala el TEAC, numerosos tribunales superiores de justicia han examinado la sujeción a TPO de las entregas de oro y productos de joyería efectuadas por particulares a empresarios, siguiendo mayoritariamente el criterio expuesto por el TS en la tantas veces mencionada Sentencia de 18 de enero de 1996.

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de abril de 1997 (rec. núm. 24/1996 [NFJ005987]) en la que se insiste en la no sujeción de las operaciones realizadas por empresarios o profesionales en ejercicio de su actividad empresarial o profesional, entendiendo que la actividad empresarial se produce tanto en la compra como en la venta de joyas y metales preciosos; citando además la STS antes referida.

Dicho criterio ha sido también sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Sentencia de 16 de diciembre de 2003 (rec. núm. 178/2002 [NFJ059415]), en la que después de transcribir íntegramente la citada STS, se concluye con la estimación de la pretensión anulatoria del reclamante. Este tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones dicho criterio, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar las Sentencias de 16 de julio de 2015 (rec. núm. 195/2014), de 16 de diciembre de 2015 (rec. núm. 514//2014) o de 18 de mayo de 2016 (rec. núm. 339/2015). Asimismo señala en la Sentencia de 16 de diciembre de 2015 que este criterio también se sostiene por otros Tribunales Superiores de Justicia, citando la de Galicia, Sentencia de 6 de mayo de 2015 (rec. núm. 15428/2014 [NFJ059234]), y de Andalucía, Sentencias de 2 de junio de 2014 (rec. núm. 179/2013) y de 26 de marzo de 2014 (rec. núm. 905/2012 [NFJ058461]).

A los anteriores cabe añadir también el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sentencias de 21 de junio de 2007 (rec. núm. 1444/2003 [NFJ059420]) y de 29 de junio de 2007 (rec.

núm. 1442/2003 [NFJ026901]); de Andalucía, Sentencias de 7 de diciembre de 2005 (rec. núm. 997/2000 [NFJ059418]) y de 26 de septiembre de 2013 (rec. núm. 904/2012 [NFJ054392]); de Castilla y León, Sentencia de 7 de julio de 2016 (rec. núm. 342/2015); de Canarias, Sentencia de 20 de junio de 2016 (rec. núm. 371/2014), y de Baleares, Sentencia de 24 de febrero de 2016 (rec. núm. 80/2015 [NFJ062586]).

3.4. OTROS PRONUNCIAMIENTOS DEL TS INVOCADOS POR EL DIRECTOR GENERAL DE TRIBUTOS POR CONTENER UN CRITERIO APARENTEMENTE OPUESTO AL DE LA SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1996

El primero de los pronunciamientos que se invoca por el director general de tributos es la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, en la que se cuestiona la aplicabilidad de TPO a una fianza constituida por un no empresario, a favor de un empresario, y en garantía de una obligación de este con otro empresario.

La sentencia recurrida hacía depender la sujeción de la condición empresarial o no del sujeto pasivo del impuesto (en este caso, el acreedor favorecido con la fianza), invocando la no sujeción por tratarse de una operación realizada por un empresario.

El TS responde de la siguiente manera:

«En definitiva, para determinar la tributación de la constitución de una fianza no simultánea a la constitución de un préstamo, debe atenderse a la condición de quien otorgue el contrato de fianza:

- a) Si este es empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, dicha operación constituirá una prestación de servicios sujeta al IVA.
- b) Si no concurren ambos requisitos, la operación estará, en principio, sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD.

Con lo que se ha dicho se puede ya concluir que cuando la operación que se realice sea la de constitución de una fianza y esta haya sido constituida por un particular, no por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, no estaremos en el caso de no sujeción contemplado en el art. 7.5 del Texto Refundido 1/1993 de la Ley del ITP. Por eso consideramos correcta la doctrina legal que propugna el Abogado del Estado de que el art. 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993 subordina la no sujeción al ITP a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del ITP como acreedor afianzado por tal operación».

En la Sentencia de 15 de diciembre de 2011, criterio repetido en Sentencia del siguiente día 16 de diciembre, se cuestiona si la transmisión de un inmueble por un vendedor no sujeto pasivo

del IVA a un adquirente que es empresario y que lo va a destinar a su actividad empresarial está sujeta al ITP, al IVA, o a ninguno de los dos impuestos.

En este caso, el TS comienza por señalar el carácter particular de la regulación de la incompatibilidad entre el IVA y el ITP en relación con los inmuebles, que hace que la solución que se dé en este marco sea necesariamente propia y distinta de la que se dé en cualquier otra cuestión.

No obstante, cuando argumenta su decisión el tribunal aporta una consideración relevante que, evidentemente, se enfrenta con la tesis sostenida en la Sentencia de 18 de enero de 1996. Así dice el TS:

«Para defender su tesis, la recurrente emplea un argumento que parte de una premisa falsa consistente en que lo importante para que se aplique el artículo 7.5 es que en las operaciones enumeradas anteriormente (considerando como tal operación la compraventa) intervenga un empresario. Sin embargo, no es eso lo que dice la norma que se refiere a "las operaciones enumeradas anteriormente", que no son otras que las definidas en dicho artículo 7, y que en el presente supuesto es la genérica del apartado 1.A) (transmisión onerosa por acto *inter vivos*).

Es decir, cuando la transmisión la realice un empresario, la operación se sujetará al IVA si se cumplen el resto de requisitos, y cuando la realice un particular, como sucede en este caso, la operación se sujeta al ITP, sin que puedan considerarse bajo ningún concepto como expresiones de idéntico significado la "realización de una transmisión" con la "intervención en una compraventa"».

3.5. SOBRE LA SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1996

Permítaseme una pequeña nota personal antes de exponer el juicio doctrinal que debo hacer. En contadas ocasiones esta labor de comentario se antoja realmente difícil, como me ocurre en esta ocasión; pues el que suscribe no comparte, en absoluto, el criterio que se recoge en la sentencia y no por una apreciación personal de lo que debiera ser el contenido del fallo. No obstante, soy perfectamente consciente de que el TS y sus magistrados ocupan la posición que ocupan en nuestro Derecho y, es más, no es por casualidad que tanto uno como otros ocupen precisamente esa posición. Por ello, desde la humildad del estudioso, no puedo dejar de pensar si no estaré errando en mi juicio jurídico cuando discrepo del TS, lo que hace que cuanto va a continuación sea escrito, no solo desde el respeto a una decisión judicial que debe ser aplicada y así lo será sin duda, sino únicamente como ejercicio dialéctico de un criterio jurídico distinto al que inspira dicho fallo.

En primer lugar, cabe discrepar, a mi juicio, en la interpretación gramatical que del artículo 7.5 del TRLITP y AJD realiza el TS y que sirve para sostener de forma fundamental su criterio. Allí donde el citado tribunal encuentra dos condiciones alternativas que pueden determinar la no sujeción a TPO: por un lado, la realización por empresarios o profesionales de las operaciones, y,

por otro, la sujeción al IVA de las mismas; puede entenderse gramaticalmente que existe solo una. Así la unión entre las dos formulaciones que considera distintas el TS van unidas por la locución adverbial «en cualquier caso», conceptualizada gramaticalmente como un «marcador del discurso», en concreto, de los calificados como «reformuladores» y cuya función en la oración es la de presentar el miembro del discurso que introduce como una nueva formulación de un miembro anterior (María Antonia MARTÍN ZORRAQUINO y José PORTOLÉS LÁZARO, «Los marcadores del discurso», en VV. AA., dir. Ignacio BOSQUE MUÑOZ y Violeta DEMONTE BARRETO, *Gramática descriptiva de la lengua española*, Espasa-Calpe, SA, Madrid, 1999). De tal forma que, según esta explicación gramatical de los términos, la segunda expresión no sería una condición adicional de no sujeción, sino una mera explicación o nueva formulación de la anterior, siendo ambos términos equiparables.

Tampoco parece que el examen de las operaciones acogidas al régimen especial de bienes usados como paradigma de la operación empresarial no sujeta a TPO que formula el TS en la sentencia sea correcto. Dicho régimen especial, en esencia, se limita a la cuantificación de la base imponible, determinada como el margen de beneficio minorado en la cuota del IVA correspondiente a dicho margen, sin pronunciarse o no sobre la sujeción o no a la imposición indirecta de dichas adquisiciones.

Así, debe destacarse que los bienes a los que se le aplica el citado régimen especial pueden haberse encontrado sujetos en su adquisición al propio IVA (cuando se adquieren a otro empresario o profesional que aplica el mismo régimen especial) o a otros impuestos indirectos (TPO, evidentemente), formando parte dicho impuesto satisfecho parte del precio de compra a los efectos de determinar el margen de beneficio, como se deduce de la lectura sistemática de los artículos 137.Uno y 78.Dos.4.º de la LIVA.

Por ello, considero que la explicación con la que completa el TS su razonamiento tampoco aporta un elemento de juicio razonable para sostener su tesis.

Ahora bien, aunque los argumentos anteriores no son definitivos para entender que la mencionada sentencia no resulta jurídicamente acertada, la razón definitiva nos la ofrece, a mi personal juicio, una interpretación sistemática del precepto.

En primer lugar, cabe traer a colación el artículo 4, apartado Cuatro, de la LIVA, antes transcrito. Este precepto, aunque situado en la LIVA, regula el alcance de la no sujeción en TPO, justificándose su ubicación por la necesaria coordinación con el IVA que impone la normativa comunitaria a los restantes tributos indirectos que recaigan sobre las operaciones incluidas en el ámbito del IVA. Este precepto, según ha sido interpretado de forma generalizada por la doctrina, tiene el mismo alcance que el artículo 7.5 del TRLITP y AJD. Conviene resaltar este hecho porque en la LIVA no se utiliza la fórmula recargada que lleva a la compleja interpretación que realiza el TS en su sentencia, aquí se sienta la incompatibilidad entre ambas figuras con una clara y única formulación: las operaciones sujetas a IVA, con las excepciones que la propia ley cita, no se encuentran sujetas a TPO; y no hay más.

Cabe también añadir en este análisis sistemático el artículo 45.I.B).17 del TRLITP y AJD, que dispone la exención para las siguientes operaciones:

«17. Las transmisiones de vehículos usados con motor mecánico para circular por carretera, cuando el adquirente sea un empresario dedicado habitualmente a la compraventa de los mismos y los adquiera para su reventa.

La exención se entenderá concedida con carácter provisional y para elevarse a definitiva deberá justificarse la venta del vehículo adquirido dentro del año siguiente a la fecha de su adquisición».

El precepto que transcribimos establece de forma clara la exención en TPO para determinadas adquisiciones realizadas por un empresario de bienes que se integran en su tráfico habitual: las de vehículos de motor que se vendan en el plazo de un año.

Conviene en este punto recordar que los casos de no sujeción son supuestos que quedan fuera del ámbito material del hecho imponible, tal y como señala el artículo 20.2 de la LGT («La ley podrá completar la delimitación del hecho imponible mediante la mención de supuestos de no sujeción»); mientras que los supuestos de exención son supuestos incluidos en el ámbito material del hecho imponible y en los que una segunda norma, la norma de exención, exime de la obligación tributaria, tal y como los define el artículo 22 de la ya citada LGT («Son supuestos de exención aquellos en que, a pesar de realizarse el hecho imponible, la ley exime del cumplimiento de la obligación tributaria principal»).

Resulta claro, pues, a juicio de quien suscribe, que cuando el legislador ha decidido establecer una exención para una operación realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, tan incardinada en su tráfico habitual empresarial que se exige que se complete el ciclo comercial en el plazo de un año, lo hace porque no existe una no sujeción generalizada para estas operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, como sería el caso si la interpretación que sostiene el TS fuera la que quiso el legislador.

3.6. LA RESOLUCIÓN DEL TEAC DE 20 DE OCTUBRE DE 2016

Aunque en una primera lectura poco parece que quepa decir sobre la resolución, que se limitaría a recibir el criterio del TS, un examen más detenido ofrece otras perspectivas.

Evidentemente, lo más destacable sería reflexionar el motivo para promover esta unificación de criterio. Es una de las primeras ocasiones en las que se utiliza la facultad otorgada al presidente del TEAC por la reforma de la LGT operada por la Ley 34/2015 para unificar la doctrina, sin que exista una reclamación suscitada ante el TEAC.

No existe, realmente, jurisprudencia a la que avenirse, pues el Auto de 13 de noviembre de 2014 no sirve para su formación, y el Auto de 23 de junio de 2016 ni siquiera ratifica la doctrina de la Sentencia de 18 de enero de 1996; y por el contenido del fallo no parece, ni siquiera, que el TEAC considere que su criterio anterior deba ser revisado por no resultar correcto.

Ciertamente resulta loable que se trate de beneficiar al ciudadano, evitando pleitos innecesarios, pero podemos legítimamente preguntarnos si es realmente el revendedor de oro, que además está logrando que su actividad quede eximida de toda tributación indirecta, quien más merece esta atención.

El fallo no aporta grandes argumentos jurídicos para inclinarse por una nueva posición; como ya hemos avanzado, el TEAC parece seguir considerando (como también lo hace el que suscribe) que el fallo del recurso de alzada extraordinario para la unificación de criterio de fecha 8 de abril de 2014 es jurídicamente correcto.

Finalmente, lo que resulta más sorprendente y criticable, y quizá pueda explicar todas las dudas que nos planteábamos en los párrafos anteriores, es que el TEAC señala que el criterio que está aprobando se restringe a las adquisiciones de oro y otros objetos de joyería efectuadas por empresarios de particulares.

Como señalara el TS en sus Sentencias de 15 y 16 de diciembre de 2011, los inmuebles tienen un régimen especial en cuanto a la aplicación del IVA y TPO, pero no ocurre así con el oro y objetos de joyería, que deben recibir el mismo tratamiento exactamente que cualquier otro bien. ¿Cuál es, entonces, la razón para restringir el alcance de este pronunciamiento que trata de evitar pleitos innecesarios? Realmente no podemos ofrecer una contestación fundada en Derecho a esa cuestión.

SUPUESTO GENERAL SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSPECCIÓN Y SANCIONADOR. INCIDENCIA DE LA LEY 34/2015

José M.^a Díez-Ochoa y Azagra

*Inspector de Hacienda del Estado
Profesor del CEF.-*

EXTRACTO

A continuación se reproduce un caso práctico en el que se analizan las diferentes implicaciones de los procedimientos de gestión y recaudación, con el objetivo de ofrecer al lector un análisis y comentario sobre las cuestiones novedosas y relevantes. A la hora de solucionar el supuesto el autor ha tenido en cuenta tanto la normativa derogada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de reforma de la Ley General Tributaria, con fecha 12 de octubre de 2015, como la vigente a partir de dicho momento, a los efectos de apreciar los cambios realizados y de determinar la normativa aplicable.

Palabras clave: procedimiento de inspección, procedimiento sancionador, caso práctico, Ley General Tributaria y Ley 34/2015.

ENUNCIADO

La Inspección de los tributos notificó el día **20 de septiembre de 2015** a la entidad NIUNDURO, SA el inicio de actuaciones inspectoras, de alcance general, para verificar su situación tributaria de los **ejercicios 2012 y 2013** por el impuesto sobre **sociedades**.

Posteriormente con fecha **30 de marzo de 2016** se notificó a la entidad la modificación de la extensión de las actuaciones, incluyendo el impuesto sobre el valor añadido (**IVA**), **periodos incluidos en los años 2012 y 2013**.

A lo largo del procedimiento inspector el representante legal de la entidad se retrasó en la aportación de la documentación que se le requería por un total de 55 días. Asimismo no compareció en la fecha fijada en una de las diligencias, teniendo que reiterarse por tres veces la comparecencia del mismo. Con la tercera reiteración, finalmente compareció, justificando su incomparecencia en el hecho de que había estado de viaje, por motivos profesionales. Entre la fecha de la primera comparecencia incumplida y la fecha de la comparecencia final transcurrieron 35 días.

Los resultados obtenidos tras las actuaciones de comprobación e investigación se reflejaron en las correspondientes actas, **TODAS ELLAS** de fecha **10 de octubre de 2016**, y son:

A) Impuesto sobre sociedades 2012

El sujeto pasivo presentó el **25 de julio de 2013** la autoliquidación del impuesto con solicitud de devolución de la normativa del tributo por importe de 6.000 euros. El sujeto pasivo declaró una base imponible negativa por importe de 160.000 euros, así como unos créditos de impuesto por importe de **5.000 euros** del año 2012, y unas retenciones y pagos fraccionados por importe de **6.000 euros**.

La cantidad solicitada a devolver se encuentra pendiente de devolución a la fecha de dictarse el acto de liquidación que deriva del acta.

Asimismo incorporó en la autoliquidación de **2012** información sobre las bases imponibles negativas correspondientes a periodos anteriores con el siguiente detalle:

Impuesto sobre sociedades	Bases imponibles negativas
Periodo 2010	80.000
Periodo 2011	70.000

Del resultado de las actuaciones inspectoras se desprende que los datos declarados se modifican en los siguientes ajustes:

Concepto	Importe del ajuste en base imponible de 2012
Gastos no justificados documentalmente	+35.000
Excesos de amortización por aplicación de coeficientes superiores a los legalmente establecidos	+20.000
Ingresos efectuados en cuentas corrientes que no están contabilizados ni declarados en el impuesto sobre sociedades	+40.000
Gastos fiscalmente no deducibles que se consideran NO SANCIONABLES	+25.000
Total ajustes en base imponible	+120.000

En relación con la regularización de las **deducciones de la cuota del ejercicio 2012** se consideran correctas, motivo por el cual no se efectúa ajuste alguno.

Por lo que se refiere a la comprobación de las **bases imponibles negativas procedentes de ejercicios anteriores** se comprueba que la correspondiente al año **2010** es **INEXISTENTE** por cuanto se incluyeron entre los gastos excesos de amortización y multas por importe de 90.000 euros. La del año **2011** se considera correcta.

Detalle de las magnitudes declaradas en ejercicios comprobadas:

Impuesto sobre sociedades	Autoliquidación	Ajustes procedimiento inspector	Base imponible comprobada
Base imponible negativa 2010	(80.000)	+90.000	+10.000
Base imponible negativa 2011	(70.000)	0	(70.000)

Los resultados de la comparación de los datos que proceden de la liquidación que deriva del acta con los datos declarados por la entidad son:

Impuesto sobre sociedades 2012	Autoliquidación (25-07-2013)	Ajustes procedimiento inspector	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
Base imponible negativa 2012	(160.000)	+120.000	(40.000)
Cuota íntegra (30 %)	0		0
			.../...

Impuesto sobre sociedades 2012	Autoliquidación (25-07-2013)	Ajustes procedimiento inspector	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
.../...			
Deducciones de cuota	0		0
Cuota líquida	0		0
Retenciones y pagos fraccionados	6.000		6.000
Total cuota a devolver			6.000
Solicitud de devolución	6.000		
Cuota a devolver			6.000
Intereses de demora			680,47
(25-01-2014 a 11-08-2016)			
Total a devolver			6.680,47
Base imponible negativa 2010	(80.000)	+90.000	0
Base imponible negativa 2011	(70.000)	0	(70.000)
Créditos de impuesto de 2012 para ejer- cicios futuros	5.000	0	5.000

El acta se firmó en DISCONFORMIDAD el **10 de octubre de 2016**, dictándose el acto de liquidación el **8 de noviembre de 2016**, notificado el 22 del mismo mes.

B) Impuesto sobre sociedades 2013

El sujeto pasivo presentó el 25 de julio de 2014 la autoliquidación del impuesto declarando una base imponible positiva por importe de 150.000 euros, aplicando la base imponible negativa del año 2010 (80.000 €), la del año 2011 (70.000 €). En la autoliquidación se solicitó una cuota a devolver por importe de 13.000 euros, devolución que a la fecha de dictarse el acuerdo de liquidación está pendiente de hacerse efectiva.

El obligado tributario declaró unas deducciones de créditos de impuesto (deducciones en la cuota) a deducir en ejercicios futuros, por importe de 7.000 euros.

Como consecuencia de la actuación inspectora desarrollada se efectuaron los siguientes ajustes:

Concepto	Importe del ajuste en base imponible de 2013
Minoración de la BIN, año 2010 aplicada en la autoliquidación de 2013	80.000
Gastos no justificados documentalmente en 2013	25.000
Gastos no deducibles en concepto de multas y excesos de amortización en 2013	40.000
Ingresos no declarados en 2013	60.000
Gastos justificados mediante facturas falsas en 2013	15.000
Gastos fiscalmente no deducibles que se consideran no sancionables en 2013	20.000
Total ajustes en base imponible	240.000 (total aumento)
Minoración en la BIN, año 2012 aplicada pendiente de aplicación en la autoliquidación de 2013 (parte correctamente declarada)	-40.000
Aumento neto en la base imponible de 2013	+200.000

Las deducciones de la cuota declaradas en el año **2013 no se consideran correctas** en su totalidad, estimándose **sancionables** 4.000 euros de los 7.000 euros declarados.

No obstante en la liquidación que deriva del año **2013** la entidad solicitó que se le aplicara por la Inspección en la liquidación que se practique tanto la base imponible negativa del año **2012** pendiente de compensación como los créditos de impuesto pendientes de deducir procedentes del año **2012** y que fueron considerados correctos por la Inspección, solicitud que fue atendida por la Inspección de los tributos.

Los resultados de la comparación de los datos que derivan de la liquidación que procede del acta con los datos declarados por la entidad, son:

Impuesto sobre sociedades 2013	Autoliquidación (25-07-2014)	Ajustes	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
Base imponible previa 2013	150.000	+160.000	310.000
Base imponible negativa año 2010	(80.000)	+80.000	0
Base imponible negativa año 2011	(70.000)	0	-70.000
			.../...

Impuesto sobre sociedades 2013	Autoliquidación (25-07-2014)	Ajustes	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
.../...			
Base imponible 2013	0	+240.000	240.000
Resto base imponible negativa año 2012 ..		-40.000	-40.000
Base imponible año 2013	0	+200.000	200.000
Cuota íntegra (30 %)	0		60.000
Deducciones de cuota 2012			-5.000
Cuota líquida	0		55.000
Retenciones y pagos fraccionados	13.000		13.000
Solicitud de devolución (pendiente de devolución)	13.000		
Cuota a ingresar			42.000
Restitución devolución efectuada			0
Cuota a ingresar por acta			42.000
Intereses de demora			4.104,98
(25-07-2014 a 08-11-2016)			
Total deuda			46.104,98
Otras magnitudes sin incidencia en la liquidación			
Base imponible negativa año 2010	0		
Base imponible negativa año 2011	0		
Base imponible negativa año 2012	160.000	40.000 aplicados en 2013 por la Inspección	0
Créditos de impuestos a compensar año 2012	5.000	Aplicados en 2013 por la Inspección	0
Créditos de impuestos a compensar año 2013	7.000	-7.000	0

El acta se firmó en DISCONFORMIDAD el **10 de octubre de 2016**, dictándose el acto de liquidación el **8 de noviembre de 2016**, notificado el 22 del mismo mes.

C) IVA

Las únicas contingencias observadas se refieren a la autoliquidación correspondiente al **4.º trimestre de 2012 y 1.º trimestre de 2013** en las que se efectuaron los siguientes ajustes:

4.º Trimestre de 2012 (fin del periodo voluntario de declaración: 30-01-2013)

4.º trimestre de 2012	Autoliquidación	Ajustes	Liquidación acta A01 (10-11-2016)
IVA devengado	55.000	+15.000	70.000
IVA soportado	60.000	-20.000	40.000
Resultado del periodo	-5.000	+35.000	30.000
IVA a compensar de periodos anteriores	10.000		(10.000)
Cuota a ingresar			20.000
Intereses de demora			3.441,04
(30-01-2013 a 10-11-2016)			
Total deuda			23.441,04
IVA a compensar en periodos posteriores	15.000 (10.000 + 5.000)	-10.000 (aplicado en liquidación)	0

La totalidad de los ajustes en IVA **devengado** se consideran sancionables al tratarse de ventas no declaradas y no contabilizadas, y respecto del IVA **soportado** no deducible se refiere a que no ha quedado probada la afectación a la actividad desarrollada si bien se aportaron los justificantes de las operaciones, pero no se llegó al convencimiento de que se tratara de bienes y servicios afectos, por lo que **se consideran sancionables**.

No obstante en la liquidación que deriva del **4.º trimestre de 2012** la entidad solicitó la aplicación del saldo de las cantidades a compensar de periodos anteriores por importe de 10.000 euros, se aplicará a la minoración de la cuota que resulta a ingresar, solicitud que fue atendida por la Inspección de los tributos.

1.ª trimestre de 2013 (fin del periodo voluntario de declaración: 20-04-2013)

1.ª trimestre de 2013	Autoliquidación	Ajustes	Liquidación acta A01 (10-11-2016)
IVA devengado	40.000	+10.000	50.000
IVA soportado	25.000	-5.000	20.000
Resultado del periodo	15.000	+15.000	30.000
IVA a compensar de periodos anteriores (4.º trimestre 2012: 5.000. Anteriores: 10.000)	15.000	-15.000	0
Cuota a ingresar	0	30.000	30.000
Intereses de demora (20-04-2013 a 10-11-2016)			4.832,79
Total deuda			34.832,79
IVA a compensar en periodos posteriores	0		0

(Téngase en cuenta que la entidad solicitó la aplicación del saldo de las cantidades a compensar de periodos anteriores por importe de 10.000 €, se aplicará a la minoración de la cuota que resulta a ingresar del 4.º trimestre de 2012).

La totalidad de los ajustes en IVA **devengado** se consideran sancionables al tratarse de ventas no declaradas y no contabilizadas. Respecto del IVA soportado no deducible **se consideran NO sancionables**.

El acta por IVA se firmó en **conformidad** con fecha **10 de octubre de 2016**.

Por otro lado, se observa en la comprobación que se ha incorporado en la autoliquidación del 1.ª trimestre de 2013 y dentro del IVA devengado una operación que no está sujeta a IVA, estando sujeta al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Con fecha 23 de agosto de 2016 por la Inspección de los tributos se procedió a comunicar a la comunidad autónoma dicha circunstancia a los efectos de iniciar, en su caso, el correspondiente procedimiento de aplicación de los tributos respecto del citado tributo.

Otros datos a tener en cuenta:

El historial fiscal de la entidad presenta las siguientes vicisitudes: El sujeto pasivo había sido sancionado anteriormente por las varias **infracciones**, según el siguiente detalle:

- **Impuesto sobre sociedades (ejercicio 2007): Acta de definitiva de disconformidad.** Fecha de firmeza: **10 de octubre de 2013**. Infracción 191 de la Ley 58/2003. Calificación: Grave.
- **Retenciones (4.º trimestre de 2007):** Sanción por una infracción grave que deriva de una liquidación definitiva practicada por la Dependencia de Inspección, fecha de **firmesa** en vía administrativa el **10 de octubre de 2013**. Infracción 191 de la Ley General Tributaria (LGT). Calificación: Muy grave.

Al margen de lo anteriormente expuesto, la entidad presentó con fecha 20 de octubre de 2016 una autoliquidación complementaria del impuesto sobre sociedades, ejercicio **2014**, con el siguiente detalle:

Impuesto sobre sociedades 2014	Autoliquidación originaria	Autoliquidación complementaria
Base imponible previa 2014	120.000	120.000
Base imponible negativa año 2012	(120.000)	0
Resto base imponible negativa año 2014	0	120.000
Cuota íntegra (30 %)	0	36.000
Deducciones de cuota 2014	0	0
Cuota líquida	0	36.000
Retenciones y pagos fraccionados	15.000	15.000
Solicitud de devolución (devolución 10-09-2015)	15.000	
Cuota a ingresar		21.000
Restitución de devolución		15.000
Cuota a ingresar		36.000

Se pide:

1. Analizar todas las cuestiones referidas al procedimiento inspector, de acuerdo con los datos del enunciado.
2. Analizar la prescripción del derecho a comprobar la situación tributaria del sujeto pasivo y de la acción para sancionar.

3. Tipificación y calificación de las infracciones tributarias cometidas. Determinación de las magnitudes sancionables y cuantificación de las sanciones.
4. Analizar las consecuencias que derivan de la autoliquidación complementaria del año 2014.

SOLUCIÓN

1. ANALIZAR TODAS LAS CUESTIONES REFERIDAS AL PROCEDIMIENTO INSPECTOR, DE ACUERDO CON LOS DATOS DEL ENUNCIADO

Plazo de duración del procedimiento inspector

Mediante Ley 34/2015, de 21 de septiembre, con entrada en vigor el 12 de octubre de 2015, se ha introducido una importante modificación, entre otras cuestiones, en la relativa a la duración del procedimiento inspector, si bien dicha modificación será de aplicación a los procedimientos inspectores que se inicien a partir del 12 de octubre de 2015, como es el caso del enunciado.

En efecto, la nueva regulación del plazo del procedimiento inspector ha quedado así:

Plazo general	Plazo especial
18 meses	27 meses, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias en cualquiera de las obligaciones tributarias o periodos objeto de comprobación: • Que la cifra anual de negocios del obligado tributario sea igual o superior al requerido para auditar sus cuentas. • Que el obligado tributario esté integrado en un grupo sometido al régimen de consolidación fiscal o al régimen especial de grupo de entidades que esté siendo objeto de comprobación inspectora.

Como se recordará, en la redacción vigente hasta el 11 de octubre de 2015, el plazo de duración del procedimiento inspector era de 12 meses, el cual podía ser ampliado por otros 12 meses cuando concurrieran ciertas circunstancias (cuando revistieran una especial complejidad, en los términos que reglamentariamente se detallaran o cuando en el transcurso de las mismas se descubra que el obligado tributario ha ocultado a la Administración tributaria alguna de las actividades empresariales o profesionales que realice), ampliación que debería ser acordada de forma expresa por el inspector-jefe, atendiendo a las circunstancias.

No obstante, hay que tener en cuenta que dichos plazos (de 12 meses, ampliable por otros 12 meses) resultan de aplicación a los siguientes procedimientos:

- Procedimientos que habiéndose iniciado antes del 12 de octubre de 2015, a dicha fecha, no hubieran concluido.
- Procedimientos que hubieran concluido antes del 12 de octubre de 2012 y que, como consecuencia de la resolución de reclamaciones o sentencias, hubiera que retrotraerse las actuaciones inspectoras.
- Procedimientos que hubieran quedado suspendidos antes del 12 de octubre de 2012 como consecuencia de la remisión al Ministerio Fiscal, por apreciarse indicios de delito fiscal y con posterioridad a dicha fecha, se hubiera dictado sentencia sobreseyendo la causa penal y ordenando la continuación del procedimiento en vía administrativa.

En el caso del enunciado, al haberse iniciado el procedimiento inspector antes del 12 de octubre de 2015, resulta de aplicación la normativa anterior y ello aun cuando la finalización del mismo se produzca con posterioridad a dicha fecha.

En consecuencia, habiéndose iniciado el procedimiento inspector el **20 de septiembre de 2015**, deberá dictarse y notificarse el acuerdo resolutorio por el que finaliza el mismo como máximo el **19 de septiembre de 2016**.

Ahora bien, a dicho plazo habrá de adicionarse los periodos de dilaciones producidas a lo largo del procedimiento inspector por causa no imputable a la Administración y los periodos de interrupciones justificadas que se hubieran producido.

Retraso en la aportación de documentación e incomparecencia reiterada

Por lo que se refiere al retraso en la aportación de la documentación por el representante del obligado tributario y la incomparecencia reiterada, hay que tener en cuenta que dichas conductas se consideran como dilaciones por causa no imputable a la Administración, y como tal, conlleva que dichos periodos se adionen al plazo máximo de resolución del procedimiento.

En este sentido, el artículo 104 de la LGT regula los «Plazos de resolución y efectos de la falta de resolución expresa», y a estos efectos, dispone que:

«2. A los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución.

Los periodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente, las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración tribu-

taria y los periodos de suspensión del plazo que se produzcan conforme a lo previsto en esta ley no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución».

Por su parte, el artículo 104 del Real Decreto 1065/2007 contiene el desarrollo reglamentario de las «Dilaciones por causa no imputable a la Administración» y dispone que:

«A efectos de lo dispuesto en el artículo 104.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se considerarán dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración tributaria, entre otras, las siguientes:

a) Los retrasos por parte del obligado tributario al que se refiera el procedimiento en el cumplimiento de comparecencias o requerimientos de aportación de documentos, antecedentes o información con trascendencia tributaria formulados por la Administración tributaria. La dilación se computará desde el día siguiente al de la fecha fijada para la comparecencia o desde el día siguiente al del fin del plazo concedido para la atención del requerimiento hasta el íntegro cumplimiento de lo solicitado. Los requerimientos de documentos, antecedentes o información con trascendencia tributaria que no figuren íntegramente cumplimentados no se tendrán por atendidos a efectos de este cómputo hasta que se cumplimenten debidamente, lo que se advertirá al obligado tributario, salvo que la normativa específica establezca otra cosa.

b) [...]»

En consecuencia, el plazo de duración del procedimiento, de acuerdo con los datos del enunciado, habría de ampliarse en 55 días más otros 35 días por incomparecencia. Total: 90 días. No obstante, si dichos periodos de dilación se simultanearan en el tiempo, evidentemente se netearían, esto es, se excluirían del cómputo los días que fueran coincidentes en el mismo periodo.

Dando por buenas las dilaciones por un periodo total de 90 días, el plazo del procedimiento inspector finalizaría el **18 de diciembre de 2016** (19 de septiembre de 2016 más 90 días).

De los datos del enunciado se desprende que no se ha sobrepasado dicho plazo toda vez que las liquidaciones que derivan de las actas firmadas en disconformidad con relación al impuesto sobre sociedades, años 2012 y 2013, se notificaron con fecha **22 de noviembre de 2016**, mientras que los acuerdos de liquidación que derivan del acta incoada por el IVA, firmadas en conformidad, se entienden dictados y notificados el **10 de noviembre de 2016**, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 157 de la LGT y 188 del Real Decreto 1065/2007, para las actas dictadas en disconformidad y artículos 156 de la LGT y 187 del Real Decreto 1065/2007, para las actas dictadas en conformidad.

Por otro lado, el procedimiento inspector finaliza no con la firma del acta ni con el acuerdo de liquidación sino con la notificación de la liquidación que deriva del acta. En este sentido, el artículo 150.1 de la Ley 58/2003, en la redacción vigente hasta el 12 de octubre de 2015, disponía que:

«1. Las actuaciones del procedimiento de inspección deberán concluir en el plazo de 12 meses contado desde la fecha de notificación al obligado tributario del inicio del mismo. Se entenderá que las actuaciones finalizan en la fecha en que se notifique o se entienda notificado el acto administrativo resultante de las mismas. A efectos de entender cumplida la obligación de notificar y de computar el plazo de resolución serán aplicables las reglas contenidas en el apartado 2 del artículo 104 de esta ley».

Por su parte, el artículo 104 de la citada ley dispone que:

«2. A los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución».

Incidencia de la reforma llevada a cabo por la Ley 34/2015

Con la reforma de la LGT llevada a cabo mediante Ley 34/2015, y con efectos para los **procedimientos inspectores** que se inicien a partir de su entrada en vigor (12 de octubre de 2015), se han introducido importantes novedades, entre otras y por lo que a la resolución del supuesto se refiere:

- Ampliación del plazo de duración del procedimiento inspector (18 meses o 27 meses).
- Supresión de las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración (desarrollados en el art. 104 del RD 1065/2007).
- Supresión de los periodos de interrupción justificada (desarrollados en el art. 104 del RD 1065/2007).
- Eliminación del plazo de seis meses de interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras.

La finalidad de la reforma operada por la Ley 34/2015 en los términos expuestos respecto del procedimiento inspector responde a la idea de evitar precisamente alguno de los motivos que más conflictividad habían producido con relación a la viabilidad de las actuaciones inspectoras, es decir, la apreciación por los tribunales de las causas determinantes de la ampliación del plazo de 12 a 24 meses, la apreciación de si las circunstancias determinantes de las dilaciones o de los periodos de interrupción justificada eran o no confirmadas posteriormente por los órganos revisores.

No obstante, hay que tener en cuenta que, si bien se ha ampliado el plazo de duración del procedimiento inspector, la concurrencia de las circunstancias que se consideraban dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración o los periodos de interrupción justificada del procedimiento pasan a considerarse como causas de suspensión del cómputo del plazo del procedimiento inspector o causas de extensión del cómputo del plazo de dicho procedimiento.

En este sentido, el artículo 150.3 a 5 de la Ley 58/2003 dispone que:

«3. El cómputo del plazo del procedimiento inspector se suspenderá desde el momento en que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) La remisión del expediente al Ministerio Fiscal o a la jurisdicción competente sin practicar la liquidación de acuerdo con lo señalado en el artículo 251 de esta ley.

b) La recepción de una comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la suspensión o paralización respecto de determinadas obligaciones tributarias o elementos de las mismas de un procedimiento inspector en curso.

c) El planteamiento por la Administración tributaria que esté desarrollando el procedimiento de inspección de un conflicto ante las Juntas Arbitrales previstas en la normativa relativa a las comunidades autónomas, en la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra y en la Ley 12/2002, de 23 de mayo, del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco o la recepción de la comunicación del mismo.

d) La notificación al interesado de la remisión del expediente de conflicto en la aplicación de la norma tributaria a la Comisión consultiva.

e) El intento de notificación al obligado tributario de la propuesta de resolución o de liquidación o del acuerdo por el que se ordena completar actuaciones a que se refiere el artículo 156.3 b) de esta ley.

f) La concurrencia de una causa de fuerza mayor que obligue a suspender las actuaciones.

[...]

4. El obligado tributario podrá solicitar antes de la apertura del trámite de audiencia, en los términos que reglamentariamente se establezcan, uno o varios periodos en los que la inspección no podrá efectuar actuaciones con el obligado tributario y quedará suspendido el plazo para atender los requerimientos efectuados al mismo. Dichos periodos no podrán exceder en su conjunto de 60 días naturales para todo el procedimiento y supondrán una extensión del plazo máximo de duración del mismo.

El órgano actuante podrá denegar la solicitud si no se encuentra suficientemente justificada o si se aprecia que puede perjudicar el desarrollo de las actuaciones. La denegación no podrá ser objeto de recurso o reclamación económico-administrativa.

5. Cuando durante el desarrollo del procedimiento inspector el obligado tributario manifieste que no tiene o no va a aportar la información o documentación solicitada o no la aporta íntegramente en el plazo concedido en el tercer requerimiento, su aportación posterior determinará la extensión del plazo máximo de duración del procedimiento inspector por un periodo de tres meses, siempre que dicha aportación se

produzca una vez transcurrido al menos nueve meses desde su inicio. No obstante, la extensión será de seis meses cuando la aportación se efectúe tras la formalización del acta y determine que el órgano competente para liquidar acuerde la práctica de actuaciones complementarias.

Asimismo, el plazo máximo de duración del procedimiento inspector se extenderá por un periodo de seis meses cuando tras dejar constancia de la apreciación de las circunstancias determinantes de la aplicación del método de estimación indirecta, se aporten datos, documentos o pruebas relacionados con dichas circunstancias».

De la comparación de ambas normativas, se extraen las siguientes diferencias:

Artículo 150 LGT	Redacción vigente hasta el 12 de octubre de 2015	Redacción dada por la Ley 34/2015
Ambito de aplicación	Procedimientos iniciados antes del 12 de octubre de 2015	Procedimientos iniciados a partir del 12 de octubre 2015
Plazo general	12 meses	18 meses
Plazo especial	24 meses (previa ampliación motivada)	27 meses
Dilaciones	Sí. Artículos 104.2 LGT y 104 RD 1065/2007	No
Interrupciones justificadas	Sí. Artículos 104.2 LGT y 103 RD 1065/2007	No
Interrupción injustificada por más de seis meses	Sí. Artículo 150.2 LGT	No
Suspensión cómputo plazo	No	Sí. Artículo 150.3 LGT
Extensión del plazo por solicitud del obligado tributario de inactividad de la Inspección	No	Sí. Artículo 150.4 LGT
Extensión del plazo por conducta del obligado tributario		Sí. Artículo 150.5 LGT
Efectos del incumplimiento	Artículo 150.2 y 150.3 LGT	Artículo 150.6 LGT
Ejecución de resoluciones y sentencias ...	Artículo 150.5 LGT	Artículo 150.7 LGT

Por tanto, y aun cuando no hay una identidad total entre la regulación de dichas circunstancias, hay que concluir que alguna de las circunstancias que con la normativa anterior se consideraban bien interrupciones justificadas o bien dilaciones por causa no imputable a la Administración se

han incluido como circunstancias que permiten bien la suspensión del procedimiento bien como causas de extensión del plazo del mismo.

En este sentido y sin ánimo de exhaustividad, puede hacerse el siguiente análisis comparativo de ambas normativas:

Suspensión del plazo del procedimiento inspector (art. 150.3 LGT)	Periodos de interrupción justificada (art. 104 RD 1065/2007)
Sin incidencia.	a) Cuando, por cualquier medio, se pidan datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos a otros órganos o unidades administrativas de la misma o de otras Administraciones, por el tiempo que transcurra desde la remisión de la petición hasta la recepción de aquellos por el órgano competente para continuar el procedimiento, sin que la interrupción por este concepto pueda exceder, para todas las peticiones de datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos que pudieran efectuarse, de seis meses. Cuando se trate de solicitudes formuladas a otros Estados, este plazo será de 12 meses
Sin incidencia.	b) Cuando, por cualquier medio, se pidan datos, informes, dictámenes o valoraciones a otro Estado o entidad internacional o supranacional como consecuencia de la información previamente recibida de los mismos en el marco de la asistencia mutua, por el tiempo que transcurra desde la remisión de la petición a la autoridad competente del otro Estado o entidad hasta la recepción de aquellos por el órgano competente para continuar el procedimiento, sin que la interrupción por este concepto pueda exceder, para todas las peticiones, de 12 meses. Este plazo de interrupción es independiente del regulado en el párrafo a) anterior.
a) La remisión del expediente al Ministerio Fiscal o a la jurisdicción competente sin practicar la liquidación de acuerdo con lo señalado en el artículo 251 de esta ley. (remisión al Ministerio Fiscal sin practicarse la liquidación de la cuota vinculada al delito denunciado)	c) Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 180.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se remita el expediente al Ministerio Fiscal o a la jurisdicción competente, por el tiempo que transcurra desde dicha remisión hasta que, en su caso, se produzca la recepción del expediente devuelto o de la resolución judicial por el órgano competente para continuar el procedimiento.
.../...	

Suspensión del plazo del procedimiento inspector (art. 150.3 LGT)	Periodos de interrupción justificada (art. 104 RD 1065/2007)
.../...	
d) La notificación al interesado de la remisión del expediente de conflicto en la aplicación de la norma tributaria a la Comisión consultiva.	d) Cuando se solicite a la Comisión consultiva el informe preceptivo a que se refiere el artículo 159 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, por el tiempo que transcurra desde la notificación al interesado a que se refiere el artículo 194.2 de este reglamento hasta la recepción del informe por el órgano competente para continuar el procedimiento o hasta el transcurso del plazo máximo para su emisión.
b) La recepción de una comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la suspensión o paralización respecto de determinadas obligaciones tributarias o elementos de las mismas de un procedimiento inspector en curso.	e) Cuando la determinación o imputación de la obligación tributaria dependa directamente de actuaciones judiciales en el ámbito penal, por el tiempo transcurrido desde que se tenga conocimiento de la existencia de dichas actuaciones y se deje constancia de este hecho en el expediente o desde que se remita el expediente a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal hasta que se conozca la resolución por el órgano competente para continuar el procedimiento. No obstante, cuando ello sea posible y resulte procedente podrán practicarse liquidaciones provisionales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
f) La concurrencia de una causa de fuerza mayor que obligue a suspender las actuaciones.	f) Cuando concorra alguna causa de fuerza mayor que obligue a la Administración a interrumpir sus actuaciones, por el tiempo de duración de dicha causa. No obstante, cuando sea posible y resulte procedente podrán practicarse liquidaciones provisionales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
c) El planteamiento por la Administración Tributaria que esté desarrollando el procedimiento de inspección de un conflicto ante las Juntas Arbitrales previstas en la normativa relativa a las comunidades autónomas, en la Ley 28/1990, de 26 de	g) Cuando se plantee el conflicto de competencias ante las Juntas Arbitrales previstas en los artículos 24 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, 66 de la Ley 12/2002, de 23 de mayo,
	.../...

Suspensión del plazo del procedimiento inspector (art. 150.3 LGT)	Periodos de interrupción justificada (art. 104 RD 1065/2007)
.../... diciembre, del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra y en la Ley 12/2002, de 23 de mayo, del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco o la recepción de la comunicación del mismo.	por la que se aprueba el Concierto Económico entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco, y 51 de la Ley 25/2003, de 15 de julio, por la que se aprueba la modificación del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, por el tiempo que transcurra desde el planteamiento del conflicto hasta la resolución dictada por la respectiva Junta Arbitral.
	Dilaciones por causa no imputable a la Administración (art. 103 RD 1065/2007)
e) El intento de notificación al obligado tributario de la propuesta de resolución o de liquidación o del acuerdo por el que se ordena completar actuaciones a que se refiere el artículo 156.3 b) de esta ley.	e) El retraso en la notificación de las propuestas de resolución o de liquidación o en la notificación del acuerdo por el que se ordena completar actuaciones a que se refiere el artículo 156.3 b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, por el tiempo que transcurra desde el día siguiente a aquel en que se haya realizado un intento de notificación hasta que dicha notificación se haya producido.
Suspensión del plazo del procedimiento inspector (art. 150.4 LGT)	Dilaciones por causa no imputable a la Administración (art. 103 RD 1065/2007)
4. El obligado tributario podrá solicitar antes de la apertura del trámite de audiencia, en los términos que reglamentariamente se establezcan, uno o varios periodos en los que la inspección no podrá efectuar actuaciones con el obligado tributario y quedará suspendido el plazo para atender los requerimientos efectuados al mismo. Dichos periodos no podrán exceder en su conjunto de 60 días naturales para todo el procedimiento y supondrán una extensión del plazo máximo de duración del mismo.	c) La concesión por la Administración de la ampliación de cualquier plazo, así como la concesión del aplazamiento de las actuaciones solicitado por el obligado, por el tiempo que medie desde el día siguiente al de la finalización del plazo previsto o la fecha inicialmente fijada hasta la fecha fijada en segundo lugar.
Extensión del plazo del procedimiento inspector (art. 150.5 LGT)	Dilaciones por causa no imputable a la Administración (art. 103 RD 1065/2007)
5. Cuando durante el desarrollo del procedimiento inspector el obligado tributario manifieste que	a) Los retrasos por parte del obligado tributario al que se refiera el procedimiento en el cumplimiento .../...

Extensión del plazo del procedimiento inspector (art. 150.5 LGT)	Dilaciones por causa no imputable a la Administración (art. 103 RD 1065/2007)
.../... no tiene o no va a aportar la información o documentación solicitada o no la aporta íntegramente en el plazo concedido en el tercer requerimiento, su aportación posterior determinará la extensión del plazo máximo de duración del procedimiento inspector por un periodo de tres meses, siempre que dicha aportación se produzca una vez transcurrido al menos nueve meses desde su inicio. No obstante, la extensión será de seis meses cuando la aportación se efectúe tras la formalización del acta y determine que el órgano competente para liquidar acuerde la práctica de actuaciones complementarias. Asimismo, el plazo máximo de duración del procedimiento inspector se extenderá por un periodo de seis meses cuando tras dejar constancia de la apreciación de las circunstancias determinantes de la aplicación del método de estimación indirecta, se aporten datos, documentos o pruebas relacionados con dichas circunstancias.	miento de comparecencias o requerimientos de aportación de documentos, antecedentes o información con trascendencia tributaria formulados por la Administración tributaria. La dilación se computará desde el día siguiente al de la fecha fijada para la comparecencia o desde el día siguiente al del fin del plazo concedido para la atención del requerimiento hasta el íntegro cumplimiento de lo solicitado. Los requerimientos de documentos, antecedentes o información con trascendencia tributaria que no figuren íntegramente cumplimentados no se tendrán por atendidos a efectos de este cómputo hasta que se cumplimenten debidamente, lo que se advertirá al obligado tributario, salvo que la normativa específica establezca otra cosa. b) La aportación por el obligado tributario de nuevos documentos y pruebas una vez realizado el trámite de audiencia o, en su caso, de alegaciones. La dilación se computará desde el día siguiente al de finalización del plazo de dicho trámite hasta la fecha en que se aporten. Cuando los documentos hubiesen sido requeridos durante la tramitación del procedimiento se aplicará lo dispuesto en el párrafo a) anterior. f) La aportación por el obligado tributario de datos, documentos o pruebas relacionados con la aplicación del método de estimación indirecta desde que se deje constancia en el expediente, en los términos establecidos en el artículo 158.3 a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

En consecuencia, **de haberse iniciado el procedimiento inspector después del 12 de octubre de 2015**, esto es, estando ya en vigor la reforma efectuada por la Ley 34/2015, y por lo que se refiere **al retraso en la aportación de la documentación** que se le había requerido, podría apreciarse como una causa que determine la extensión del plazo del procedimiento inspector si concurriesen las siguientes circunstancias:

- Que se hubiera aportado tras haberse efectuado el tercer requerimiento.
- Que la aportación se hubiera producido una vez transcurridos al menos nueve meses desde el inicio del mismo.
- La extensión del procedimiento será por un periodo de tres meses. No obstante, entendemos que si el retraso en la aportación es inferior, como en el caso del enunciado (55 días), la extensión no debería ser por un periodo superior al que dura el retraso en la aportación.

Por lo que se refiere a la falta de comparecencia del obligado tributario hay que tener en cuenta que, de los datos del enunciado no parece desprenderse que se hubieran llevado a cabo mediante solicitud del obligado tributario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.4 de la LGT. En consecuencia, el procedimiento inspector no debe suspenderse, pudiendo la Inspección seguir actuando.

Con la redacción vigente hasta el 12 de octubre de 2015 dicha circunstancia sería considerada como una dilación por causa no imputable a la Administración (art. 103 a) del RD 1065/2007). Con la normativa actualmente en vigor, no tendrá ya dicha consideración.

Ahora bien, la conducta del obligado tributario (incomparecencia injustificada) puede ser constitutiva de la infracción tipificada en el artículo 203 de la Ley 58/2003, que tipifica la infracción tributaria por resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria.

Conviene recordar que el artículo 90.5 del Real Decreto 1065/2007 regula el «Lugar y horario de las actuaciones de aplicación de los tributos» y en su apartado 5 dispone que:

«5. Cuando el obligado tributario justifique la concurrencia de circunstancias que le impidan comparecer en el lugar, día y hora que le hubiesen fijado, podrá solicitar un aplazamiento dentro de los tres días siguientes al de la notificación del requerimiento. En el supuesto de que la circunstancia que impida la comparecencia se produzca transcurrido el citado plazo de tres días, se podrá solicitar el aplazamiento antes de la fecha señalada para la comparecencia.

En tales casos, se señalará nueva fecha para la comparecencia».

En otro orden de ideas, si bien el procedimiento inspector se inició el **20 de septiembre de 2015** con relación al impuesto sobre sociedades, años 2012 y 2013, con fecha **30 de marzo de 2016** se amplió la extensión de las actuaciones al IVA, 2012 y 2013.

Pues bien, la modificación de la extensión de las actuaciones inspectoras se regula en el artículo **178 del Real Decreto 1065/2007** («Extensión y alcance de las actuaciones del procedimiento de inspección»), en cuyo apartado 5 se dice:

«5. Cuando en el curso del procedimiento se pongan de manifiesto razones que así lo aconsejen, el órgano competente podrá acordar de forma motivada:

a) La modificación de la extensión de las actuaciones para incluir obligaciones tributarias o periodos no comprendidos en la comunicación de inicio o excluir alguna obligación tributaria o periodo de los señalados en dicha comunicación.

b) La ampliación o reducción del alcance de las actuaciones que se estuvieran desarrollando respecto de las obligaciones tributarias y periodos inicialmente señalados. Asimismo, se podrá acordar la inclusión o exclusión de elementos de la obligación tributaria que esté siendo objeto de comprobación en una actuación de alcance parcial».

La competencia para modificar el alcance o la extensión de las actuaciones no es el inspector actuuario sino el inspector-jefe, como órgano liquidador.

No obstante, lo que hay que tener en cuenta es que el procedimiento es único y que se inició con fecha 20 de septiembre de 2015, por lo que deberá finalizar en todo caso en el plazo de 12 meses más los 90 días de dilaciones, según lo ya expuesto, esto es, deberá finalizar antes del **18 de diciembre de 2016**.

De los datos del enunciado se desprende que el procedimiento finalizó con fecha 22 de noviembre de 2016 para las actuaciones relativas al impuesto sobre sociedades y el 10 de noviembre para las actuaciones relativas al IVA

Liquidaciones que derivan de las actas incoadas

Comprobación de magnitudes procedentes de ejercicios prescritos

En la autoliquidación del ejercicio **2012** el obligado tributario declaró que tenía pendientes de compensación las bases imponible negativas generadas en los años 2010 y 2011 por importe de 80.000 euros y 70.000 euros, respectivamente.

Al igual que en otros aspectos de la Ley 58/2003, dicha cuestión ha generado bastante litigiosidad en las relaciones de la Administración y los ciudadanos, lo que ha producido jurisprudencia no siempre uniforme en sus pronunciamientos.

Al objeto de dar una solución uniforme sobre esta cuestión, se introduce un nuevo artículo (66 bis) que regula el «Derecho a comprobar e investigar» y dispone:

«1. La prescripción de derechos establecida en el artículo 66 de esta ley no afectará al derecho de la Administración para realizar comprobaciones e investigaciones conforme al artículo 115 de esta ley, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente».

Esto es, se regula:

- La prescripción de los diferentes derechos recogidos en el artículo 66 de la LGT, que podría considerarse como prescripción de derechos de contenido económico y que recordemos son:
 - a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.
 - b) El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas.
 - c) El derecho a solicitar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.
 - d) El derecho a obtener las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.
- De forma independiente el derecho de la Administración para realizar comprobaciones e investigaciones conforme al artículo 115 de la LGT, que ha sido objeto de nueva redacción por la Ley 34/2015, con efectos de 12 de octubre de 2015 y resulta de aplicación en los procedimientos de comprobación e investigación ya iniciados a la entrada en vigor de la misma en los que, a dicha fecha, no se hubiese formalizado propuesta de liquidación (disp. trans. única.2 de la Ley 34/2015).

De la lectura conjunta de los artículos 66, 66 bis y 115 de la LGT, tras la reforma efectuada por la Ley 34/2015, y con efectos a partir del 12 de octubre de 2015, aplicable a los procedimientos de comprobación e investigación ya iniciados a 12 de octubre de 2015, en los que a dicha fecha no se hubiese formalizado propuesta de liquidación, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Prescripción de derechos de contenido económico (art. 66 de la LGT): 4 años.
- Prescripción del derecho a comprobar e investigar magnitudes procedentes de ejercicios en los que ya hubiera prescrito el derecho de contenido económico:
 - Regla general: Imprescriptibilidad (art. 115.1 de la LGT).
 - Regla especial: Comprobación de bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o de deducciones aplicadas o pendientes de aplicación: 10 años (art. 66 bis.2 de la LGT).

No obstante y como cautela, la LGT establece que dicha imprescriptibilidad o la comprobación de bases imponibles negativas procedentes de ejercicios en los que ya hubiera prescrito

el derecho a comprobar y liquidar (art. 66 a) de la LGT) solo podrá ejercitarse en tanto en cuanto dicha comprobación o investigación respecto de magnitudes procedentes de ejercicios ya prescritos resulte precisa en relación con la de alguno de los derechos a los que se refiere el artículo 66 de esta ley que no hubiesen prescrito, esto es, respecto de los derechos a los que hemos definido como de contenido económico.

Pues bien, en el caso del enunciado, se está comprobando el impuesto sobre sociedades de los ejercicios 2012 y 2013 que a la fecha de inicio del procedimiento inspector no ha prescrito el derecho a liquidar (artículo 66 a) de la LGT), por lo que podrán comprobarse igualmente las magnitudes procedentes generadas en los años 2010 y 2011, al no haber transcurrido 10 años desde que se declararon (25 de julio de 2011 y 25 de julio de 2012, respectivamente).

Impuesto sobre sociedades 2012

Del enunciado se desprende que el acta se firmó en DISCONFORMIDAD el **10 de octubre de 2016**, dictándose el acto de liquidación el **8 de noviembre de 2016**, notificado el 22 del mismo mes, y que la devolución inicialmente solicitada está pendiente de hacerse efectiva.

El detalle de la liquidación será:

Impuesto sobre sociedades 2012	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
Base imponible negativa 2012	(40.000)
Cuota íntegra (30 %)	0
Deducciones de cuota	0
Cuota líquida	0
Retenciones y pagos fraccionados	6.000
Total cuota a devolver	6.000
Solicitud de devolución	
Cuota a devolver	6.000
Intereses de demora (25-01-2014 a 11-08-2016)	680,47
Total a devolver	6.680,47

El cálculo de los intereses de demora respecto de la cantidad solicitada con fecha 25 de julio de 2013 abarcará desde el 25 de enero de 2014 (a partir de los seis meses siguientes al fin del plazo

voluntario de declaración, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 de la LGT) hasta la fecha en la que se practica la liquidación reconociendo el derecho a la devolución (8 de noviembre de 2016), descontando los periodos de dilaciones imputables al obligado tributario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 del Real Decreto 1065/2007, a tenor del cual:

«4. Cuando la Administración tributaria acuerde la devolución en un procedimiento de verificación de datos, de comprobación limitada o de inspección por el que se haya puesto fin al procedimiento de devolución, deberán satisfacerse los intereses de demora que procedan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. **A efectos del cálculo de los intereses de demora no se computarán los periodos de dilación por causa no imputable a la Administración a que se refiere el artículo 104 de este reglamento y que se produzcan en el curso de dichos procedimientos».**

En consecuencia, la fecha final de cálculo de intereses sería el **11 de agosto de 2016**, es decir, el 8 de noviembre de 2016 menos 90 días de dilaciones, con el siguiente detalle:

Periodo	Días	Tipo
25-01-2014 a 31-12-2014	341 días	5 %
01-01-2015 a 31-12-2015	335 días	4,375 %
01-01-2016 a 11-08-2016	224 días	3,75 %

Impuesto sobre sociedades 2013

Impuesto sobre sociedades 2013	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
Base imponible previa 2013	310.000
Base imponible negativa año 2010	-0
Base imponible negativa año 2011	-70.000
Base imponible año 2013	240.000
Base imponible negativa año 2012	-40.000
Cuota íntegra (30 %)	60.000
	.../...

Impuesto sobre sociedades 2013	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
.../...	
Deducciones de cuota 2012	-5.000
Cuota líquida	55.000
Retenciones y pagos fraccionados	13.000
Cuota a ingresar	42.000
Restitución devolución efectuada	0
Cuota a ingresar por acta	42.000
Intereses de demora (25-07-2014 a 08-11-2016)	4.104,98
Total deuda	46.104,98

El cálculo de los intereses de demora respecto de la cantidad dejada de ingresar abarcará desde el 25 de julio de 2014 hasta la fecha en la que se practica la liquidación (8 de noviembre de 2016).

En consecuencia, la fecha final de cálculo de intereses sería el **8 de noviembre de 2016**, con el siguiente detalle:

Periodo	Días	Tipo
25-07-2014 a 31-12-2014	160 días	5 %
01-01-2015 a 31-12-2015	335 días	4,375 %
01-01-2016 a 08-11-2016	313 días	3,75 %

IVA 4.º trimestre de 2012 (fin del periodo voluntario de declaración: 30 de enero de 2013)

4.º trimestre de 2012	Liquidación acta A01 (10-11-2016)
IVA devengado	70.000
IVA soportado	40.000
	.../...

4.º trimestre de 2012	Liquidación acta A01 (10-11-2016)
.../...	
Resultado del periodo	30.000
IVA a compensar de periodos anteriores	(10.000)
Cuota a ingresar	20.000
Intereses de demora (30-01-2013 a 10-11-2016)	3.441,04
Total deuda	23.441,04
IVA a compensar en periodos posteriores	0

El cálculo de los intereses de demora respecto de la cantidad dejada de ingresar abarcará desde el 30 de enero de 2013 hasta la fecha en la que se practica la liquidación (10 de noviembre de 2016).

En consecuencia, la fecha final de cálculo de intereses sería el **10 de noviembre de 2016**, con el siguiente detalle:

Periodo	Días	Tipo
30-01-2013 a 31-12-2013	336 días	5 %
01-01-2014 a 31-12-2014	365 días	5 %
01-01-2015 a 31-12-2015	335 días	4,375 %
01-01-2016 a 10-11-2016	315 días	3,75 %

IVA 1.º trimestre de 2013 (fin del periodo voluntario de declaración: 20 de abril de 2013)

1.º trimestre de 2013	Autoliquidación	Ajustes	Liquidación acta A01 (10-11-2016)
IVA devengado (21 %)	40.000	+10.000	50.000
IVA soportado	25.000	-5.000	20.000
Resultado del periodo	15.000	+15.000	30.000
.../...			

1.º trimestre de 2013	Autoliquidación	Ajustes	Liquidación acta A01 (10-11-2016)
.../...			
IVA a compensar de periodos anteriores (4.º trimestre 2012: 5.000. Anteriores: 10.000)	15.000	-15.000	0
Cuota a ingresar	0	30.000	30.000
Intereses de demora (20-04-2013 a 10-11-2016)			4.832,79
Total deuda			34.832,79
IVA a compensar en periodos posteriores	0		0

El cálculo de los intereses de demora respecto de la cantidad dejada de ingresar abarcará desde el 30 de enero de 2013 hasta la fecha en la que se practica la liquidación (10 de noviembre de 2016).

En consecuencia, la fecha final de cálculo de intereses sería el **10 de noviembre de 2016**, con el siguiente detalle:

Periodo	Días	Tipo
20-04-2013 a 31-12-2013	256 días	5 %
01-01-2014 a 31-12-2014	365 días	5 %
01-01-2015 a 31-12-2015	335 días	4,375 %
01-01-2016 a 10-11-2016	315 días	3,75 %

2. ANALIZAR LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A COMPROBAR LA SITUACIÓN TRIBUTARIA DEL SUJETO PASIVO Y DE LA ACCIÓN PARA SANCIONAR LAS POSIBLES CONDUCTAS INFRACTORAS

Impuesto sobre sociedades e IVA

Del enunciado se desprende que mediante el procedimiento inspector se va a comprobar en un principio el impuesto sobre sociedades de los años 2012 y 2013 y posteriormente se modifica la extensión incluyendo el IVA de 2012 y 2013.

En ausencia de datos, la interrupción de la prescripción se produciría con la comunicación de inicio del procedimiento inspector (**20 de septiembre de 2015**), para el impuesto sobre so-

ciudades, ejercicios 2012 y 2013 y por lo que se refiere al IVA, periodos incluidos en los años 2012 y 2013, la interrupción de la prescripción se produciría en la fecha en la que se notifica la extensión del procedimiento (**30 de marzo de 2016**) por lo que, a dicha fecha, no se encontraría prescrito ningún periodo impositivo.

Como se expuso en el apartado anterior y dando por buenas las dilaciones acaecidas a lo largo del procedimiento, el plazo máximo de duración del procedimiento finalizaría el **19 de diciembre de 2016**, por lo que no se ha incumplido dicho plazo.

Por tanto, a la fecha de comunicación de inicio del procedimiento inspector, la situación sería:

Prescripción del derecho a comprobar y liquidar (arts. 66 y 68 de la LGT)

Tributo/Periodo	Fin plazo declaración	Prescripción	Acto interruptivo	Consecuencia
Impuesto sobre sociedades 2012 ...	25-07-2013	25-07-2017	20-09-2015	No prescrito derecho a liquidar
Impuesto sobre sociedades 2013 ...	25-07-2014	25-07-2018	20-09-2015	No prescrito derecho a liquidar
IVA 1.º trimestre 2012	20-04-2012	20-04-2016	30-03-2016	No prescrito derecho a liquidar
IVA 2.º trimestre 2012	20-07-2012	20-07-2016	30-03-2016	No prescrito derecho a liquidar
IVA 3.º trimestre 2012	20-07-2012	20-10-2016	30-03-2016	No prescrito derecho a liquidar
IVA 4.º trimestre 2012	30-01-2013	30-01-2017	30-03-2016	No prescrito derecho a liquidar
IVA 1.º trimestre 2013	20-04-2013	20-04-2017	30-03-2016	No prescrito derecho a liquidar
IVA 2.º trimestre 2013	20-07-2013	20-07-2017	30-03-2016	No prescrito derecho a liquidar
IVA 3.º trimestre 2013	20-07-2013	20-10-2017	30-03-2016	No prescrito derecho a liquidar
IVA 4.º trimestre 2013	30-01-2014	30-01-2018	30-03-2016	No prescrito derecho a liquidar

Prescripción del derecho a imponer sanciones (art. 189 de la LGT en relación con el art. 68 de la LGT)

Tributo/Periodo	Fin plazo declaración	Prescripción	Acto interruptivo	Consecuencia
Impuesto sobre sociedades 2012 ..	25-07-2013	25-07-2017	20-09-2015	No prescrito derecho a sancionar
Impuesto sobre sociedades 2013 ..	25-07-2014	25-07-2018	20-09-2015	No prescrito derecho a sancionar
IVA 1.º trimestre 2012	20-04-2012	20-04-2016	30-03-2016	No prescrito derecho a sancionar
IVA 2.º trimestre 2012	20-07-2012	20-07-2016	30-03-2016	No prescrito derecho a sancionar
IVA 3.º trimestre 2012	20-07-2012	20-10-2016	30-03-2016	No prescrito derecho a sancionar
IVA 4.º trimestre 2012	30-01-2013	30-01-2017	30-03-2016	No prescrito derecho a sancionar
IVA 1.º trimestre 2013	20-04-2013	20-04-2017	30-03-2016	No prescrito derecho a sancionar
IVA 2.º trimestre 2013	20-07-2013	20-07-2017	30-03-2016	No prescrito derecho a sancionar
IVA 3.º trimestre 2013	20-07-2013	20-10-2017	30-03-2016	No prescrito derecho a sancionar
IVA 4.º trimestre 2013	30-01-2014	30-01-2018	30-03-2016	No prescrito derecho a sancionar

Prescripción del derecho a comprobar las magnitudes procedentes de ejercicios anteriores (bases imponibles negativas años 2010 y 2011 [art. 66 bis de la LGT])

Dicha cuestión fue analizada anteriormente, por lo que, al objeto de evitar reiteraciones, analizamos los datos del enunciado.

La prescripción del derecho a comprobar las magnitudes procedentes de ejercicios anteriores se produciría:

Tributo/Periodo	Fin plazo declaración	Prescripción art. 66 bis LGT	Acto interruptivo	Consecuencia
Impuesto sobre sociedades 2010	25-07-2011	25-07-2021	20-09-2015	No prescrito derecho a comprobar BIN
Impuesto sobre sociedades 2011	25-07-2012	25-07-2022	20-09-2015	No prescrito derecho a comprobar BIN

Prescripción del derecho a sancionar las magnitudes procedentes de ejercicios anteriores que se hubieran considerado incorrectas (bases imponibles negativas falsas procedente de años prescritos)

Es claro que la Ley 34/2015 permite la comprobación de la exactitud y realidad de las magnitudes procedentes de ejercicios prescritos, por un periodo de 10 años. La cuestión estriba en determinar si, una vez analizadas dichas magnitudes y comprobadas que son falsas o improcedentes, pueden ser sancionadas dichas conductas y en este sentido conviene tener en cuenta que el artículo 189 de la LGT, que regula la prescripción del derecho a sancionar, no ha sido modificado por la Ley 34/2015.

Dicho artículo dispone que:

«La responsabilidad derivada de las infracciones tributarias se extinguirá por el fallecimiento del sujeto infractor y por el transcurso del plazo de prescripción para imponer las correspondientes sanciones.

2. El plazo de prescripción para imponer sanciones tributarias será de cuatro años y comenzará a contarse **desde el momento en que se cometieron las correspondientes infracciones**».

Por tanto, en estos supuestos hay que distinguir dos situaciones diferentes:

- Que en el ejercicio objeto de comprobación y liquidación no se hubiera aplicado aún la magnitud procedente de un ejercicio prescrito y que como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 66 bis de la LGT se determinara que su importe es falso.

En este caso se habría cometido la infracción tributaria tipificada en el artículo 195.1.1.º de la Ley 58/2003, es decir:

«1. Constituye infracción tributaria determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios a compensar o deducir en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros».

Pues bien, en este caso, es evidente que la comisión de dicha infracción se habría cometido en el momento en el que se presentó la autoliquidación declarando la magnitud falsa, que en caso del enunciado sería el 25 de julio de 2011 (para la BIN del año 2010) y el 25 de julio de 2012 (para la BIN del año 2011), por lo que a la fecha a la que se inicia el procedimiento inspector (20 de septiembre de 2015) ya habría prescrito el derecho a sancionar la infracción tipificada en el artículo 195.1.1.º de la LGT.

En este caso, la prescripción de los distintos derechos sería:

Tributo/Periodo	Fin plazo declaración	Prescripción art. 66 bis LGT	Prescripción del derecho a sancionar la infracción tipificada en el art. 195.1.1.º LGT	Acto interruptivo	Consecuencia
Impuesto sobre sociedades 2010. Art. 66 bis LGT	25-07-2011	25-07-2021	25-07-2015	20-09-2015	Prescrito derecho a sancionar BIN
Impuesto sobre sociedades 2011. Art. 66 bis LGT	25-07-2012	25-07-2022	25-07-2016	20-09-2015	No prescrito derecho a sancionar BIN

- Que en el ejercicio objeto de comprobación y liquidación se hubiera aplicado la magnitud procedente de un ejercicio prescrito y que como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 66 bis de la LGT se determinara que su importe es falso.

En este caso, al haberse aplicado ya la magnitud falsa procedente de ejercicios anteriores y prescritos, en la regularización que se efectúe, habrá dejado de ingresar la parte de cuota que derive de la compensación de dicha magnitud falsa, es decir, habría cometido la infracción tipificada en el artículo 191 de la LGT («Infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación») o la infracción tipificada en el artículo 193 de la LGT («Infracción tributaria por obtener indebidamente devoluciones») o, en su caso, la tipificada en el artículo 194 («Infracción tributaria por solicitar indebidamente devoluciones, beneficios o incentivos fiscales»).

Conviene tener en cuenta que la infracción tipificada en el artículo 195.1.1.º de la LGT es una infracción de peligro, por ser preparatoria de la que posteriormente se cometería como consecuencia de la aplicación en ejercicios posteriores de las magnitudes falsas declaradas con anterioridad, y por tal razón, se sanciona por el artículo 195.1.1.º y posteriormente, cuando se produzca la falta de ingreso (como consecuencia de la aplicación de la base imponible falsa), se habrá cometido la infracción del artículo 191 de la LGT (o la tipificada en los arts. 193 o 194, ambos de la LGT), y por tal razón, se deducirá de la sanción impuesta por la infracción de los artículos 191, 193 o 194 la sanción impuesta por el artículo 195.1.1.º de la LGT, de acuerdo con lo establecido en el artículo 195.3 de la LGT.

De entenderse así, esto es, que se ha cometido una nueva infracción por dejar de ingresar o por la obtención indebida de devoluciones, se habría cometido una nueva infracción en el año en que se produce el perjuicio económico y ello, al margen de la prescripción del derecho a sancionar una conducta ilícita, desarrollada en ejercicios ya prescritos y respecto de la que ya prescribió el derecho a sancionar la conducta tipificada en el artículo 195 de la LGT, como conducta infractora preparatoria.

Es decir, se estaría rehabilitando la prescripción del derecho a sancionar una conducta ilícita de carácter preparatorio, desarrollada en un ejercicio prescrito, trasladando la culpabilidad al ejercicio en el que se produce el perjuicio para la Hacienda Pública.

La aplicación del principio de reserva de ley que ha de imperar fundamentalmente en el ámbito sancionador habría aconsejado que la Ley 34/2015 hubiera contemplado dicha situación de forma expresa, incluyendo el nuevo artículo 66 bis de la LGT y modificando asimismo los artículos 191, 193 y 194 de la LGT para contemplar de forma clara y expresa dicha situación.

Prescripción del derecho a comprobar la operación sujeta a ITP, declarada erróneamente en el IVA

Del enunciado se desprende que hay una determinada operación, incluida en el 1.º trimestre de IVA de 2013 que debería estar sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITP y AJD). Se dice igualmente en el enunciado que el **23 de agosto de 2016** por la Inspección de los tributos del Estado se procedió a comunicar a la comunidad autónoma dicha circunstancia a los efectos de iniciar, en su caso, el correspondiente procedimiento de aplicación de los tributos respecto del citado tributo.

Como se recordará, la prescripción del derecho a comprobar el IVA se produjo el 30 de marzo de 2016, con la comunicación de la modificación de la extensión de las actuaciones inspectoras, toda vez que hasta dicho momento se venían desarrollando con relación al impuesto sobre sociedades.

Determinadas operaciones pueden estar sujetas tanto al IVA como al ITP, y para dichos supuestos, pueden considerarse como «obligaciones tributarias conexas».

Nuevamente la Ley 34/2015 aborda dicha cuestión en el artículo 68.9 de la LGT en los siguientes términos:

«9. La interrupción del plazo de prescripción del derecho a que se refiere la letra a) del artículo 66 de esta ley relativa a una obligación tributaria determinará, asimismo, la interrupción del plazo de prescripción de los derechos a que se refieren las letras a) y c) del citado artículo relativas a las obligaciones tributarias conexas del propio obligado tributario cuando en estas se produzca o haya de producirse una tributación distinta como consecuencia de la aplicación, ya sea por la Administración tributaria o por los obligados tributarios, de los criterios o elementos en los que se fundamente la regularización de la obligación con la que estén relacionadas las obligaciones tributarias conexas.

A efectos de lo dispuesto en este apartado, se entenderá por obligaciones tributarias conexas aquellas en las que alguno de sus elementos resulten afectados o se determinen en función de los correspondientes a otra obligación o periodo distinto».

Esto es, tratándose de obligaciones conexas, la interrupción del derecho a comprobar un tributo y periodo concreto conlleva la interrupción de la prescripción del derecho a comprobar y liquidar (y asimismo a obtener el reconocimiento del derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos o de la normativa del tributo) de la obligación conexas.

Pues bien, en estos casos, al tratarse de obligaciones conexas, hay que tener en cuenta si la comunicación de inicio del procedimiento inspector respecto del IVA (30 de marzo de 2016) interrumpe o no la prescripción del derecho a comprobar el ITP, como obligación conexas.

De la literalidad de la norma (art. 68.9 de la LGT) parece desprenderse que así es.

No obstante, hay que integrar dicho precepto con otros artículos del ordenamiento jurídico tributario.

Así, la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, regula en su artículo 58 el «Alcance de la delegación de competencias en relación con la inspección tributaria», y a estos efectos dispone que:

«1. Respecto de los impuestos sobre el patrimonio, sobre sucesiones y donaciones, sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, tributos sobre el juego, impuesto especial sobre determinados medios de transporte e impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos **corresponden a las comunidades autónomas las funciones previstas en el artículo 141 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria**, aplicando las normas legales y reglamentarias que regulen las actuaciones inspectoras del Estado en materia tributaria y siguiendo los planes de actuación inspectora, que habrán de ser elaborados conjuntamente por ambas Administraciones, y de cuya ejecución darán cuenta anualmente las comunidades autónomas al Ministerio de Economía y Hacienda, al Congreso de los Diputados y al Senado.

2. Cuando la Inspección de los tributos del Estado o de las comunidades autónomas conocieren, con ocasión de sus actuaciones comprobadoras e investigadoras, hechos con trascendencia tributaria para otras administraciones, lo comunicarán a estas en la forma que reglamentariamente se determine».

En sintonía con lo anterior, el artículo 95 de la LGT regula el «Carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria» y dispone que:

«1. Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y solo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomen-

dada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto:

a) [...]

b) La colaboración con otras Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias».

El desarrollo reglamentario de dicho precepto se encuentra recogido en el artículo 167 del Real Decreto 1065/2007, que regula la «Colaboración de los órganos de inspección con otros órganos y Administraciones», a tenor del cual:

«1. Las actuaciones inspectoras podrán realizarse mediante colaboración entre las distintas Administraciones tributarias, de oficio o a solicitud de la otra Administración.

Cuando los órganos de inspección de una Administración tributaria conozcan hechos o circunstancias con trascendencia tributaria para otras Administraciones tributarias, los pondrán en conocimiento de estas y los acompañarán de los elementos probatorios que procedan.

[...]

2. Los órganos de inspección comunicarán a otros órganos de la misma Administración tributaria cuantos datos conozcan con trascendencia para el adecuado desempeño de las funciones que tengan encomendadas. A estos efectos, tendrán en cuenta sus respectivas competencias funcionales o territoriales».

En consecuencia, la Inspección de los tributos del Estado ha actuado de acuerdo con la citada normativa. Cuestión distinta es si la comunicación de inicio de la comprobación del IVA (30 de marzo de 2016) interrumpe el derecho a comprobar el ITP, como obligación tributaria conexa y cuya competencia inspectora le corresponde a la comunidad autónoma.

Entendemos que no por cuanto el artículo 68 de la LGT al regular los actos interruptivos de la prescripción del derecho a liquidar dispone que:

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

a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria que proceda, aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario».

Por tanto, estando atribuida de forma exclusiva la competencia inspectora sobre el ITP (entre otros) a los órganos de la comunidad, de entender que las actuaciones inspectoras por el Estado

interrumpen el derecho a comprobar obligaciones tributarias respecto de las que no ostenta facultad alguna en su comprobación, estaríamos dando validez a un acto nulo de pleno derecho de acuerdo con lo establecido en el artículo 217 de la LGT, a tenor del cual:

«1. Podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos, que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos:

a) [...]

b) Que hayan sido dictados por órgano manifiestamente **incompetente por razón de la materia** o del territorio».

En consecuencia, estimamos que la interrupción de la prescripción del derecho a liquidar el ITP devengado como consecuencia de dicha operación deberá hacerse por los órganos de la comunidad autónoma a través de sus propios procedimientos de aplicación de los tributos, sin que hubiera tenido efecto alguno sobre la interrupción de la prescripción del derecho a comprobar el ITP las actuaciones inspectoras desarrolladas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria con relación al IVA.

3. TIPIFICACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES TRIBUTARIAS COMETIDAS. DETERMINACIÓN DE LAS MAGNITUDES SANCIONABLES Y CUANTIFICACIÓN DE LAS SANCIONES

Impuesto sobre sociedades 2012

De la comparación de las magnitudes declaradas y de los datos resultantes de la liquidación se obtienen los siguientes resultados:

Impuesto sobre sociedades 2012	Autoliquidación (25-07-2013)	Ajustes procedimiento inspector	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
Base imponible negativa 2012	(160.000)	+120.000	(40.000)
Cuota íntegra (30 %)	0		0
Deducciones de cuota	0		0
Cuota líquida	0		0
			.../...

Impuesto sobre sociedades 2012	Autoliquidación (25-07-2013)	Ajustes procedimiento inspector	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
.../...			
Retenciones y pagos fraccionados	6.000		6.000
Total cuota a devolver			6.000
Solicitud de devolución	6.000		
Cuota a devolver			6.000
Intereses de demora (25-01-2014 a 11-08-2016)			680,47
Total a devolver			6.680,47
Base imponible negativa 2010	(80.000)	+90.000	0
Base imponible negativa 2011	(70.000)	0	(70.000)
Créditos de impuesto de 2012 para ejercicios futuros	5.000	0	5.000

Por otro lado, los motivos de regularización son:

Concepto	Importe del ajuste en base imponible de 2012
Gastos no justificados documentalmente	+35.000
Excesos de amortización por aplicación de coeficientes superiores a los legal- mente establecidos	+20.000
Ingresos efectuados en cuentas corrientes que no están contabilizados ni decla- rados en el impuesto sobre sociedades	+40.000
Gastos fiscalmente no deducibles que se consideran NO SANCIONABLES	+25.000
Total ajustes en base imponible	+120.000

Deducciones de la cuota del ejercicio 2012: Correctas.

Bases imponibles negativas procedentes de ejercicios anteriores:

- Año 2010: Incorrecta.
- Año 2011: Se considera correcta.

- 1.º Infracción tributaria por acreditar bases imponibles negativas procedentes de ejercicios prescritos (**año 2010**): Prescrito el derecho a sancionar según lo expuesto en apartados anteriores.
- 2.º Infracción tributaria por acreditar bases imponibles negativas generadas en el **año 2012**:

Base de sanción: $95.000/120.000 = 79,1666 \%$.

Base de sanción: $120.000 \times 79,1666 \% = 95.000$ euros

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2012
Tipificación	Artículo 195.1.1.º
Calificación	GRAVE
Base de sanción	95.000
% Sanción	15 %
Sanción íntegra	14.250
Reducción conformidad	0
Sanción reducida	14.250
Posible reducción art. 188.3 LGT	3.562,5
Sanción a ingresar	10.687,5

Dicha sanción será deducible de la que, con posterioridad se cometa por falta de ingreso o por devoluciones excesivas como consecuencia de la deducción de la base imponible negativa incorrecta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 195.3 de la LGT, a tenor del cual:

«3. Las sanciones impuestas conforme a lo previsto en este artículo serán deducibles en la parte proporcional correspondiente de las que pudieran proceder por las infracciones cometidas ulteriormente por el mismo sujeto infractor como consecuencia de la compensación o deducción de los conceptos aludidos, sin que el importe a deducir pueda exceder de la sanción correspondiente a dichas infracciones».

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la reducción de la sanción recogida en el artículo 188.1 b) de la LGT (reducción del 30% de la sanción íntegra por conformidad con la propuesta de regularización) es independiente de la contemplada en el artículo 188.3 de la LGT (reducción del 25% de la sanción ya reducida, en su caso) y que está condicionada a:

«a) Que se realice el ingreso total del importe restante de dicha sanción en el plazo del apartado 2 del artículo 62 de esta ley o en el plazo o plazos fijados en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento que la Administración tributaria hubiera concedido con garantía de aval o certificado de seguro de caución y que el obligado al pago hubiera solicitado con anterioridad a la finalización del plazo del apartado 2 del artículo 62 de esta ley.

b) Que no se interponga recurso o reclamación contra la liquidación o la sanción».

Criterios de calificación implícitos en la base de sanción:

Aun cuando la calificación de esta infracción es grave, las circunstancias que determinan la calificación de la infracción producirán su efecto en el ejercicio en el que, como consecuencia de la aplicación de la magnitud declarada incorrecta, se produzca el perjuicio económico para la Hacienda pública, cometándose en ese momento la infracción tipificada en el artículo 191 o 193 de la Ley 58/2003, de ahí que haya de calcularse en el ejercicio en el que se comete la infracción del artículo 195.1.1.º de la LGT, aunque de momento resulte indiferente.

	Ocultación (1)	Factura falsa	Anomalía contable (1)	Persona interpuesta	No incidencia
Gastos no justificados documentalmente: 35.000	35.000		35.000		
Excesos de amortización: 20.000					20.000
Ingresos no declarados: 40.000	40.000		40.000		
Total ajustes sancionables: 95.000	75.000	0	75.000		20.000
	75.000/95.000 = 78,94 %		75.000/95.000 = 78,94 %		

(1) El artículo 4 del Real Decreto 2063/2004 regula las «Circunstancias determinantes de la calificación de una infracción» y dispone que:

«1. Se entenderá que existe **ocultación** de datos a la Administración tributaria cuando se produzcan las circunstancias previstas en el artículo 184.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, aun cuando la Administración tributaria pudiera conocer la realidad de las operaciones o los datos omitidos por declaraciones de terceros, por requerimientos de información o por el examen de la contabilidad, libros o registros y demás documentación del propio sujeto infractor.

2. A efectos de lo dispuesto en el artículo 184.3 a).3.º de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se entenderá que **existen asientos, registros o importes falsos** cuando en los libros de contabilidad o en los libros o registros establecidos por la normativa tributaria se reflejen hechos u operaciones inexistentes o con magnitudes dinerarias o de otra naturaleza superiores a las reales.

Se entenderá que existe **omisión de operaciones cuando no se contabilicen** o registren operaciones realizadas o cuando se contabilicen o registren parcialmente, por magnitudes dinerarias o de otra naturaleza inferiores a las reales.

Se entenderá que existe contabilización en cuentas incorrectas cuando, tratándose de libros de contabilidad o de libros o registros establecidos por la normativa tributaria, se anoten operaciones incumpliendo la normativa que los regula, de forma que se altere su consideración fiscal y de ello se haya derivado la comisión de la infracción tributaria.

3. A efectos de lo dispuesto en el artículo 184.3 b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se entenderá que son **facturas, justificantes u otros documentos o soportes falsos** o falseados aquellos que reflejen operaciones inexistentes o magnitudes dinerarias o de otra naturaleza distintas de las reales y hayan sido el instrumento para la comisión de la infracción».

Impuesto sobre sociedades 2013

De la comparación de las magnitudes declaradas y de los datos resultantes de la liquidación se obtienen los siguientes resultados:

Impuesto sobre sociedades 2013	Autoliquidación (25-07-2014)	Ajustes	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
Base imponible previa 2013	150.000	+160.000	310.000
Base imponible negativa año 2010	(80.000)	+80.000	0
Base imponible negativa año 2011	(70.000)	0	-70.000
Base imponible 2013	0	+240.000	240.000
Resto base imponible negativa año 2012		-40.000	-40.000
Base imponible año 2013	0	+200.000	200.000
Cuota íntegra (30 %)	0		60.000
Deducciones de cuota 2012			-5.000
Cuota líquida	0		55.000
Retenciones y pagos fraccionados	13.000		13.000
Solicitud de devolución (pendiente de devolución)	13.000		
Cuota a ingresar			42.000
Restitución devolución efectuada			
Cuota a ingresar por acta			42.000
Intereses de demora (25-07-2014 a 08-11-2016) ...			4.104,98
Total deuda			46.104,98
Otras magnitudes sin incidencia en la liquidación			
Base imponible negativa año 2010	0		
Base imponible negativa año 2011	0		
.../...			

Impuesto sobre sociedades 2013	Autoliquidación (25-07-2014)	Ajustes	Liquidación acta A02 (08-11-2016)
.../...			
Base imponible negativa año 2012	160.000	Aplicados en 2013 por la Inspección	0
Créditos de impuestos a compensar año 2012	5.000	Aplicados en 2013 por la Inspección	0
Créditos de impuestos a compensar año 2013	7.000	-7.000	0

Por otro lado, los motivos de regularización son:

Concepto	Importe del ajuste en base imponible de 2013
Minoración de la BIN, año 2010 aplicada en la autoliquidación de 2013	80.000
Gastos no justificados documentalmente en 2013	25.000
Gastos no deducibles en concepto de multas y excesos de amortización en 2013	40.000
Ingresos no declarados en 2013	60.000
Gastos justificados mediante facturas falsas en 2013	15.000
Gastos fiscalmente no deducibles que se consideran no sancionables en 2013	20.000
Total ajustes en base imponible	240.000 (total aumento)
Minoración en la BIN, año 2012 aplicada pendiente de aplicación en la autoliquidación de 2013 (parte correctamente declarada)	-40.000
Aumento neto en la base imponible de 2013	+200.000

De los datos del enunciado se desprende que se habrían cometido las siguientes infracciones:

- **Artículo 191 LGT. Por la cantidad dejada de ingresar:** Infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación. Importe no ingresado: **42.000 euros.**

- **Artículo 195.1.2.º de la LGT.** Por la aplicación de la BIN del año **2012 (importe correcto)**, neutralizándose parte del efecto en la cuota dejada de ingresar que deriva de los aumentos en la base imponible regularizados en 2013: **40.000 euros.**
- **Artículo 195.1.2.º de la LGT.** Por la aplicación crédito impuesto del año **2012** neutralizándose parte del efecto en la cuota dejada de ingresar que deriva de los aumentos en la base imponible regularizados en 2013: **5.000 euros.**
- **Artículo 194 de la LGT.** Por la solicitud indebida de devoluciones de la normativa del tributo: **13.000 euros.**
- **Artículo 195.1.1.º de la LGT.** Por los créditos falsos de 2013: Infracción tributaria por determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes. Importe sancionable: **4.000 euros.**

Ahora bien, aun cuando dichas cantidades son las que se han aplicado en la regularización, la base de la sanción no tiene por qué coincidir necesariamente con ellas, por cuanto dentro de los ajustes efectuados hay parte que se considera sancionable y otra que se considera no sancionable y la base de la sanción estará constituida con la magnitud regularizada que derive exclusivamente de ajustes sancionables, por lo que deberán hacerse los siguientes cálculos.

Cálculo de las magnitudes sancionables

Para determinar la magnitud sancionable hay que resolver previamente la cuestión relativa a la sancionabilidad de las conductas ilícitas desarrolladas en ejercicios prescritos que producen efectos en ejercicios no prescritos y a la que ya se ha aludido anteriormente.

Ya comentamos que no se podría sancionar por el artículo 195.1.1.º de la LGT la acreditación de la base imponible negativa incorrecta del año 2010.

Sin embargo, en el ejercicio 2013, al haberse aplicado dicha magnitud, produce el perjuicio para la Hacienda Pública en dicho ejercicio.

Dos son las posiciones:

- Que se entienda cometida la infracción tipificada en el artículo 191 de la LGT (o en el art. 193 o, en su caso, 194) en el año en que se produce el perjuicio, independientemente de cuándo se generó la magnitud procedente de ejercicios anteriores.
- Que, al haberse cometido la infracción preparatoria por la acreditación de bases imponibles negativas en ejercicios respecto de los que ha prescrito el derecho a sancionar dicha conducta ilícita, ya no se podrá sancionar cuando produzca el perjuicio económico.

Veamos cómo quedaría la situación con ambas opciones:

• PRIMERA OPCIÓN:

Concepto	Ajuste en base imponible de 2013	Sancionable	No sancionable
Minoración de la BIN, año 2010 aplicada en la autoliquidación de 2013	80.000	80.000	0
Gastos no justificados documentalmente en 2013	25.000	25.000	
Gastos no deducibles en concepto de multas y excesos de amortización en 2013	40.000	40.000	
Ingresos no declarados en 2013	60.000	60.000	
Gastos justificados mediante facturas falsas en 2013	15.000	15.000	
Gastos fiscalmente no deducibles que se consideran no sancionables en 2013	20.000		20.000
Total ajustes en base imponible (aumento)	240.000	220.000	20.000
Porcentaje que representa las magnitudes sancionables en base imponible sobre el total de los ajustes en base imponible		$220.000/240.000 = 91,66 \%$	$20.000/240.000 = 8,33 \%$

Según esta primera opción, dicho porcentaje se aplicaría para el cálculo de la base de la sanción de las siguientes infracciones:

Bases de sanción	
191 LGT: 42.000	38.500 ($42.000 \times 91,66 \%$)
195.1.2.º: Aplicación BIN 2012: 40.000	36.666,66 ($40.000 \times 91,66 \%$)
195.1.2.º: Aplicación crédito impuesto 2012: 5.000	15.277,76 ($5.000 \times 91,66 \% = 4.583,33/30 \%$)

Criterios de calificación implícitos en la base de la sanción:

	Sancionable	Ocultación	Factura falsa	Anomalía contable	Persona interpuesta	No incidencia
BIN 2010 (1)	80.000					80.000
						.../...

	Sancionable	Ocultación	Factura falsa	Anomalía contable	Persona interpuesta	No incidencia
.../...						
Gastos no justificados documentalmen- te en 2013	25.000	25.000		25.000		
Gastos no deducibles en concepto de multas y excesos de amortización en 2013	40.000					40.000
Ingresos no declarados	60.000	60.000		60.000		
Facturas falsas	15.000	15.000	15.000	15.000		
Total	220.000	100.000	15.000	100.000		120.000

- (1) La base imponible negativa de 2010 por importe de 80.000 que se considera sancionable deriva de la inclusión de la contabilización como gasto en 2010 de excesos de amortización y de gastos por multas impuestas a la entidad, por lo que no puede apreciarse ningún criterio de calificación de la infracción cometida.

La ocultación, como criterio de calificación de la infracción se encuentra regulada en el artículo 10 del Real Decreto 2063/2004, que regula el «Cálculo de la incidencia de la ocultación» y dispone:

«1. La incidencia de la deuda derivada de la ocultación sobre la base de la sanción se determinará por el coeficiente regulado en el apartado 2.

2. El coeficiente a que se refiere el apartado anterior se determinará multiplicando por 100 el resultante de una fracción en la que figuren:

a) En el numerador, la suma del resultado de multiplicar los incrementos realizados en la base imponible o liquidable en los que se haya apreciado ocultación por el tipo de gravamen del tributo, si dichos incrementos se producen en la parte de la base gravada por un tipo proporcional o, si se producen en la parte de la base gravada por una tarifa, por el tipo medio de gravamen resultante de su aplicación, más los incrementos realizados directamente en la cuota del tributo o en la cantidad a ingresar en los que se haya apreciado ocultación.

b) En el denominador, la suma del resultado de multiplicar todos los incrementos sancionables que se hayan regularizado en la base imponible o liquidable por el tipo de gravamen del tributo, si dichos incrementos se producen en la parte de la base gravada por un tipo proporcional o, si se producen en la parte de la base gravada por una tarifa, por el tipo medio de gravamen resultante de su aplicación, más los incrementos sancionables realizados directamente en la cuota del tributo o en la cantidad a ingresar.

Este coeficiente se expresará redondeado con dos decimales.

3. Cuando en la regularización se hayan realizado ajustes en la base, en la cuota o en la cantidad a ingresar que minoren la deuda tributaria, su cuantía no se tendrá en cuenta a efectos de los cálculos previstos en el apartado anterior.

4. Para el cálculo de la incidencia de la ocultación se tendrán en cuenta todos los importes que hubiesen sido regularizados, con independencia de lo que resulte de la aplicación de los artículos 191, 192, 193 y 195 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

5. En el supuesto de falta de presentación de la declaración o autoliquidación, se entenderá que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación sobre la base de la sanción es del 100 por cien».

Por otro lado, la **anomalía contable**, como criterio de calificación de la infracción, se encuentra regulada en el artículo 11 del Real Decreto 2063/2004, que regula el «Cálculo de la incidencia de la llevanza incorrecta de libros o registros» y dispone:

«1. La incidencia de la llevanza incorrecta de los libros o registros sobre la base de la sanción se determinará por el coeficiente regulado en el apartado 2.

2. El coeficiente a que se refiere el apartado anterior se determinará multiplicando por 100 el resultante de una fracción en la que figuren:

.../...

.../...

- a) En el numerador, la suma del resultado de multiplicar los incrementos realizados en la base imponible o liquidable cuya regularización esté originada por la llevanza incorrecta de los libros o registros por el tipo de gravamen del tributo, si dichos incrementos se producen en la parte de la base gravada por un tipo proporcional o, si se producen en la parte de la base gravada por una tarifa, por el tipo medio de gravamen resultante de su aplicación, más los incrementos realizados directamente en la cuota del tributo o en la cantidad a ingresar cuya regularización esté originada por la llevanza incorrecta de libros o registros.
- b) En el denominador, la suma del resultado de multiplicar todos los incrementos sancionables que se hayan regularizado en la base imponible o liquidable por el tipo de gravamen del tributo, si dichos incrementos se producen en la parte de la base gravada por un tipo proporcional o, si se producen en la parte de la base gravada por una tarifa, por el tipo medio de gravamen resultante de su aplicación, más los incrementos sancionables realizados directamente en la cuota del tributo o en la cantidad a ingresar. Este coeficiente se expresará redondeado con dos decimales.

3. Cuando en la regularización se hayan realizado ajustes en la base, en la cuota o en la cantidad a ingresar que minoren la deuda tributaria, su cuantía no se tendrá en cuenta a efectos de los cálculos previstos en el apartado anterior.

4. Para el cálculo de la incidencia de la llevanza incorrecta de los libros o registros se tendrán en cuenta todos los importes que hubiesen sido regularizados, con independencia de lo que resulte de la aplicación de los artículos 191, 192, 193 y 195 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

Facturas falsas. Por último, el artículo 12 del Real Decreto 2063/2004 regula el «Cálculo de la incidencia de la utilización de facturas, justificantes o documentos falsos o falseados» y a estos efectos dispone que:

«1. La incidencia de los documentos o soportes falsos o falseados sobre la base de la sanción se determinará por el coeficiente regulado en el apartado 2.

2. El coeficiente a que se refiere el apartado anterior se determinará multiplicando por 100 el resultante de una fracción en la que figuren:

a) En el numerador, la suma del resultado de multiplicar los incrementos realizados en la base imponible o liquidable cuya regularización esté originada por la utilización de facturas, justificantes u otros documentos o soportes falsos o falseados por el tipo de gravamen del tributo, si dichos incrementos se producen en la parte de la base gravada por un tipo proporcional o, si se producen en la parte de la base gravada por una tarifa, por el tipo medio de gravamen resultante de su aplicación, más los incrementos realizados directamente en la cuota del tributo o en la cantidad a ingresar cuya regularización esté originada por la utilización de facturas, justificantes u otros documentos o soportes falsos o falseados.

b) En el denominador, la suma del resultado de multiplicar todos los incrementos sancionables que se hayan regularizado en la base imponible o liquidable por el tipo de gravamen del tributo, si dichos incrementos se producen en la parte de la base gravada por un tipo proporcional o, si se producen en la parte de la base gravada por una tarifa, por el tipo medio de gravamen resultante de su aplicación, más los incrementos sancionables realizados directamente en la cuota del tributo o en la cantidad a ingresar.

Este coeficiente se expresará redondeado con dos decimales.

3. Cuando en la regularización se hayan realizado ajustes en la base, en la cuota o en la cantidad a ingresar que minoren la deuda tributaria, su cuantía no se tendrá en cuenta a efectos de los cálculos previstos en el apartado anterior.

4. Para el cálculo de la incidencia de los documentos o soportes falsos o falseados se tendrán en cuenta todos los importes que hubiesen sido regularizados, con independencia de lo que resulte de la aplicación de los artículos 191, 192, 193 y 195 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

En consecuencia, el porcentaje que representa las magnitudes en las que se aprecian criterios de calificación sobre la base de la sanción es:

$$\text{Ocultación: } \frac{100.000 \times 30\%}{220.000 \times 30\%} = \frac{30.000}{66.000} = 45,45\%$$

$$\text{Anomalía contable: } \frac{100.000 \times 30\%}{220.000 \times 30\%} = \frac{30.000}{66.000} = 45,45\%$$

$$\text{Factura falsa: } \frac{15.000 \times 30\%}{220.000 \times 30\%} = \frac{4.500}{66.000} = 6,81\%$$

Incidencia de dichas circunstancias en las infracciones tributarias cometidas:

A) Por la cantidad dejada de ingresar

El artículo 191 de la LGT regula la «Infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación» y a los efectos de su calificación dispone que:

«2. La infracción tributaria será leve cuando la base de la sanción sea inferior o igual a 3.000 euros o, siendo superior, no exista ocultación.

La infracción no será leve, cualquiera que sea la cuantía de la base de la sanción, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se hayan utilizado facturas, justificantes o documentos falsos o falseados, aunque ello no sea constitutivo de medio fraudulento.

b) Cuando la incidencia de la llevanza incorrecta de los libros o registros represente un porcentaje superior al 10 por ciento de la base de la sanción.

c) Cuando se hayan dejado de ingresar cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta.

La sanción por infracción leve consistirá en multa pecuniaria proporcional del 50 por ciento.

3. La infracción será grave cuando la **base de la sanción sea superior a 3.000 euros y exista ocultación.**

La infracción también será grave, cualquiera que sea la cuantía de la base de la sanción, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se hayan utilizado facturas, justificantes o documentos falsos o falseados, **sin que ello sea constitutivo de medio fraudulento.**

b) Cuando la incidencia de la llevanza incorrecta de los libros o registros represente un porcentaje **superior al 10 por ciento e inferior o igual al 50 por ciento de la base de la sanción.**

c) Cuando se hayan dejado de ingresar cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, siempre que las retenciones practicadas y no ingresadas, y los ingresos a cuenta repercutidos y no ingresados, representen un porcentaje inferior o igual al 50 por ciento del importe de la base de la sanción».

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 184.3 b) de la LGT:

«El empleo de facturas, justificantes u otros documentos falsos o falseados, siempre que la incidencia de los documentos o soportes falsos o falseados represente un porcentaje superior al 10 por ciento de la base de la sanción, por lo que, si no supera dicho porcentaje, no constituye medio fraudulento».

Criterio de calificación	Calificación de la infracción
Ocultación (45,45 %)	Grave
Anomalía contable (45,45 %)	Grave
Factura falsa (6,81 %)	Grave

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
Tipificación	Artículo 191
Base de sanción (42.000 × 91,66 %)	38.500
Calificación	Grave
Mínimo	50 pp
Perjuicio 38.500/42.000 = 91,66 %	+25 pp
Comisión reiterada (1)	+25 pp
% Sanción	100 %
Sanción íntegra	38.500
Reducción conformidad (2)	0
Sanción	38.500
Posible reducción artículo 188.3 LGT (2)	9.625
Sanción a ingresar	28.875

(1) **Comisión reiterada.** Artículo 187 de la Ley 58/2003. *Criterios de graduación de las sanciones tributarias.*

«1. Las sanciones tributarias se graduarán exclusivamente conforme a los siguientes criterios, en la medida en que resulten aplicables:

a) Comisión repetida de infracciones tributarias.

Se entenderá producida esta circunstancia cuando el sujeto infractor hubiera sido sancionado por una infracción de la misma naturaleza, ya sea leve, grave o muy grave, en virtud de resolución firme en vía administrativa dentro de los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción.

.../...

.../...

A estos efectos se considerarán de la misma naturaleza las infracciones previstas en un mismo artículo del capítulo III de este título. No obstante, las infracciones previstas en los artículos 191, 192 y 193 de esta ley se considerarán todas ellas de la misma naturaleza.

Cuando concorra esta circunstancia, la sanción mínima se incrementará en los siguientes porcentajes, salvo que se establezca expresamente otra cosa:

Cuando el sujeto infractor hubiera sido sancionado por una infracción leve, el incremento será de cinco puntos porcentuales.

Cuando el sujeto infractor hubiera sido sancionado por una infracción grave, el incremento será de 15 puntos porcentuales.

Cuando el sujeto infractor hubiera sido sancionado por una infracción muy grave, el incremento será de 25 puntos porcentuales.

[...].

El desarrollo reglamentario se encuentra recogido en el artículo 5 del Real Decreto 2063/2004, que regula la «Comisión repetida de infracciones tributarias» y a estos efectos dispone que:

«1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 187.1 a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuando el sujeto infractor hubiese sido sancionado por varias infracciones de la misma naturaleza, en virtud de resolución que hubiese adquirido firmeza en vía administrativa dentro de los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción, de todas ellas se computará como único antecedente la infracción cuya calificación haya resultado más grave».

Periodo a tener en cuenta: 25 de julio de 2010 a 25 de julio de 2014.

Antecedentes	Fecha firmeza	Tipificación y calificación	Incidencia
Impuesto sobre sociedades 2007	10-10-2013	Art. 191 LGT. Grave	Si antecedente
Retenciones 4.º trimestre de 2007	10-10-2013	Art. 191 LGT. Muy grave	Si antecedente

(2) **Reducción sanción por conformidad (art. 188.1 a) de la LGT).** «Reducción de las sanciones».

- Reducción por conformidad (art. 188.1 de la LGT).

Aun cuando de los datos del enunciado no procede la aplicación de la reducción de la sanción por conformidad, conviene tener en cuenta que dicha reducción pueden otorgarse bien antes de la incoación del acta como en los casos en los que se hubiera firmado el acta en disconformidad, en el trámite posterior a la incoación del acta se presta la conformidad antes de dictarse el acto de liquidación que deriva del acta. En este sentido el artículo 7.2 del Real Decreto 2063/2004, que regula la «Conformidad del obligado tributario», dispone que:

«2. En los procedimientos de inspección, se entenderá otorgada la conformidad cuando el obligado tributario suscriba un acta de conformidad o cuando, una vez el inspector-jefe haya rectificado la propuesta de regularización contenida en un acta, el obligado tributario manifieste su conformidad con la nueva propuesta contenida en el acuerdo de rectificación en el plazo concedido al efecto.

También se entenderá otorgada la conformidad cuando el obligado tributario que hubiese suscrito un acta de disconformidad manifieste expresamente su conformidad antes de que se dicte el acto administrativo de liquidación».

- Reducción por «pronto pago» (art. 188.3 de la LGT).

Dicha reducción no está condicionada a que la propuesta de liquidación se hubiera firmado en conformidad, siendo por tanto independiente de la reducción del artículo 188.1 b) de la LGT:

«3. El importe de la sanción que deba ingresarse por la comisión de cualquier infracción, una vez aplicada, en su caso, la reducción por conformidad a la que se refiere el párrafo b) del apartado 1 de este artículo, se reducirá en el 25 por ciento si concurren las siguientes circunstancias:

a) Que se realice el ingreso total del importe restante de dicha sanción en el plazo del apartado 2 del artículo 62 de esta ley o en el plazo o plazos fijados en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento que la Administración tributaria hubiera concedido con garantía de aval o certificado de seguro de caución y que el obligado al pago hubiera solicitado con anterioridad a la finalización del plazo del apartado 2 del artículo 62 de esta ley.

.../...

.../...

b) Que no se interponga recurso o reclamación contra la liquidación o la sanción.

El importe de la reducción practicada de acuerdo con lo dispuesto en este apartado se exigirá sin más requisito que la notificación al interesado, cuando se haya interpuesto recurso o reclamación en plazo contra la liquidación o la sanción.

La reducción prevista en este apartado no será aplicable a las sanciones que procedan en los supuestos de actas con acuerdo.

[...].».

B) Por la aplicación de la base imponible negativa del año 2012, neutralizándose parte del efecto en la cuota dejada de ingresar que deriva de los aumentos en la base imponible regularizados en 2013: 40.000 euros

Infracción cometida:

Artículo 195.1.º, párrafo 2.º LGT, «Infracción tributaria por determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes»:

«1. [...]

También se incurre en esta infracción cuando se declare incorrectamente la renta neta, las cuotas repercutidas, las cantidades o cuotas a deducir o los incentivos fiscales de un periodo impositivo sin que se produzca falta de ingreso u obtención indebida de devoluciones por haberse compensado en un procedimiento de comprobación o investigación cantidades pendientes de compensación, deducción o aplicación.

La infracción tributaria prevista en este artículo será grave.

[...] En el supuesto previsto en el segundo párrafo de este apartado, se entenderá que la cantidad indebidamente determinada o acreditada es el incremento de la renta neta o de las cuotas repercutidas, o la minoración de las cantidades o cuotas a deducir o de los incentivos fiscales, del periodo impositivo.

2. La sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional del 15 por ciento si se trata de partidas a compensar o deducir en la base imponible, o del 50 por ciento si se trata de partidas a deducir en la cuota o de créditos tributarios aparentes.

[...].».

Artículo 13 del Real Decreto 2063/2004, «Infracción tributaria por determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes»:

«1. Cuando la infracción a que se refiere el artículo 195.1, párrafo segundo, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, concorra con las infracciones reguladas en los artículos 191, 192 y 193 de esta ley, la base de la sanción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en los apartados siguientes de este artículo.

2. Cuando lo que se haya declarado incorrectamente sea la renta neta, la sanción proporcional del 15 por ciento se aplicará sobre la base de sanción calculada de la siguiente forma:

a) Si la aplicación de cantidades pendientes solo se ha llevado a cabo en la base del tributo, la base de la sanción será el incremento de renta neta sancionable que hubiese sido objeto de compensación».

Base de la sanción: 36.666,66 ($40.000 \times 91,66\%$)

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
Tipificación aplicación BIN a minorar incrementos en 2013	Artículo 195.1.2. ^º
Base de sanción ($40.000 \times 91,66\%$)	36.666,66
Calificación	Grave
% Sanción	15 %
Sanción íntegra	5.500
Reducción conformidad	0
Posible reducción artículo 188.3 LGT ($25\% \times 5.500$; según art. 188.3 LGT transcrito anteriormente)	1.375
Sanción a ingresar	4.125

C) Por la aplicación del crédito impuesto del año 2012 neutralizándose parte del efecto en la cuota dejada de ingresar que deriva de los aumentos en la base imponible regularizados en 2013: 5.000 euros

Artículo 195.1.2.º de la LGT (transcrito).

Artículo 13.2 del Real Decreto 2063/2004, «Infracción tributaria por determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes»:

«2. Cuando lo que se haya declarado incorrectamente sea la renta neta, la sanción proporcional del 15 por ciento se aplicará sobre la base de sanción calculada de la siguiente forma:

a) Si la aplicación de cantidades pendientes solo se ha llevado a cabo en la base del tributo, la base de la sanción será el incremento de renta neta sancionable que hubiese sido objeto de compensación.

b) Si la aplicación de cantidades pendientes solo se ha llevado a cabo en la cuota del tributo o en la cantidad a ingresar, la base de la sanción se determinará multiplicando las cantidades que hubiesen sido objeto de compensación o deducción en la cuota o cantidad a ingresar por el resultado, redondeado en dos decimales, de un cociente en el que figuren:

1.º En el numerador, la renta neta sancionable declarada incorrectamente.

2.º En el denominador, la diferencia entre la cuota íntegra regularizada y la declarada inicialmente.

c) [...]».

Debe tenerse en cuenta que, aun cuando se aplican deducciones de cuota, los ajustes efectuados son en la base imponible del año 2013, cuyo efecto en cuota es objeto de neutralización mediante la aplicación de las deducciones de 2012, por lo que se aplicará la sanción del 15 % sobre el importe de los aumentos sancionables regularizados.

Cálculos:

$$\text{Base de sanción: } \frac{183.320 (200.000 \times 91,66\%)}{60.000 - 0} = 3,05 ; 5.000 \times 3,055 = 15.276 \text{ euros}$$

(Nota: Otra fórmula de cálculo más simple es determinando el importe de las deducciones de la cuota de 2012 destinados a neutralizar aumentos en la base imponible de 2013: $5.000 \times 91,666666\% = 4.583$.)

Una vez que se obtienen las deducciones de la cuota, se divide por el tipo de gravamen y se obtiene el aumento en la base imponible neutralizado con dichos créditos: $4.583/0,3 = 15.276 \text{ €}$).

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
Tipificación aplicación créditos de 2012 a minorar incrementos en base imponible del año 2013 sancionables	Artículo 195.1.2. ^º
Base de sanción (Base imponible de 2013 neutralizada con $4.583/0,3 = 15.276$)	15.276
Calificación	Grave
% Sanción	15 %
Sanción íntegra	2.291,5
Reducción conformidad	0
	.../...

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
.../...	
Posible reducción artículo 188.3 LGT (2.291,5 × 25 %; según art. 188.3 LGT transcrito anteriormente)	572,87
Sanción a ingresar	1.718,63

- **SEGUNDA OPCIÓN (exclusión del cálculo de la base de la sanción la magnitud que deriva de la base imponible negativa procedente del año 2010 al haberse cometido la infracción preparatoria por la acreditación de bases imponibles negativas en ejercicios respecto de los que ha prescrito el derecho a sancionar dicha conducta ilícita):**

En esta opción, las infracciones tributarias sancionadas serían las mismas que con la opción anterior, difiriendo únicamente en el cálculo de la base de la sanción de las diferentes infracciones y, a su vez, en los criterios de calificación.

Según esta opción, los cálculos serían:

Concepto	Ajuste en base imponible de 2013	Sancionable	No sancionable
Minoración de la BIN, año 2010 aplicada en la autoliquidación de 2013	80.000		80.000
Gastos no justificados documentalmente en 2013	25.000	25.000	
Gastos no deducibles en concepto de multas y excesos de amortización en 2013	40.000	40.000	
Ingresos no declarados en 2013	60.000	60.000	
Gastos justificados mediante facturas falsas en 2013	15.000	15.000	
Gastos fiscalmente no deducibles que se consideran no sancionables en 2013	20.000		20.000
Total ajustes en base imponible (aumento)	240.000	140.000	100.000
Porcentaje que representa las magnitudes sancionables en base imponible sobre el total de los ajustes en base imponible		140.000/240.000 = = 58,33 %	100.000/240.000 = = 41,67 %

Según esta segunda opción, dicho porcentaje se aplicaría para el cálculo de la base de la sanción de las siguientes infracciones:

Bases de sanción	
191 LGT: 42.000	24.500 (42.000 × 58,33 %)
195.1.2.º: Aplicación BIN 2011: 40.000	23.332 (40.000 × 58,33 %)
195.1.2.º: Aplicación crédito impuesto 2012: 5.000	9.721,67 (5.000 × 58,33 % = 2.916,5/30 %)

Criterios de calificación implícitos en la base de sanción:

	Sancionable	Ocultación	Factura falsa	Anomalía contable	Persona interpuesta	No incidencia
Gastos no justificados documentalmente en 2013	25.000	25.000		25.000		
Gastos no deducibles en concepto de multas y excesos de amortización en 2013	40.000					40.000
Ingresos no declarados	60.000	60.000		60.000		
Facturas falsas	15.000	15.000	15.000	15.000		
Total	140.000	100.000	15.000	100.000		120.000

La incidencia de los criterios de calificación a los efectos de calificar la infracción tributaria tipificada en el artículo 191 de la LGT se habrá de efectuar sobre la base de la sanción calculada según esta opción.

En consecuencia, el porcentaje que representa las magnitudes en las que se aprecian criterios de calificación sobre la base de la sanción es:

$$\text{Ocultación: } \frac{100.000 \times 30\%}{140.000 \times 30\%} = \frac{30.000}{42.000} = 71,42\%$$

$$\text{Anomalía contable: } \frac{100.000 \times 30\%}{140.000 \times 30\%} = \frac{30.000}{42.000} = 71,42\%$$

$$\text{Factura falsa: } \frac{15.000 \times 30\%}{140.000 \times 30\%} = \frac{4.500}{42.000} = 10,71\%$$

Incidencia de dichas circunstancias en las infracciones tributarias cometidas:

A) Por la cantidad dejada de ingresar (art. 191 de la LGT)

Criterio de calificación	Calificación de la infracción
Ocultación (71,42 %)	Grave
Anomalía contable (71,42 %)	Muy grave (superior al 50 %)
Factura falsa (10,71 %)	Muy grave (superior al 10 %)

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
Tipificación	Artículo 191
Base de sanción (42.000 × 58,33 %)	24.500
Calificación	Muy grave
Mínimo	100 pp
Perjuicio 24.500/42.000 = 58,33 %	+20 pp
Comisión reiterada (1)	+25 pp
% Sanción	145 %
Sanción íntegra	35.525
Reducción conformidad (2)	0
Sanción	35.525
Posible reducción artículo 188.3 LGT (2)	8.893,75
Sanción a ingresar	26.631,25
(1) Comisión reiterada: Artículo 187 de la Ley 58/2003. No cambia respecto de la opción primera. (2) Reducción sanción por conformidad (art. 188.1 a) de la LGT). No cambia respecto de la opción primera. Reducción por «pronto pago». No cambia respecto de la opción primera, pero se aplicaría sobre la nueva sanción calculada de acuerdo con esta segunda opción.	

B) Por la aplicación de la base imponible negativa del año 2012, neutralizándose parte del efecto en la cuota dejada de ingresar que deriva de los aumentos en la base imponible regularizados en 2013: 40.000 euros

Infracción cometida:

Artículo 195.1.º, párrafo 2.º de la LGT, «Infracción tributaria por determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes» (transcrito).

Base de la sanción: 23.332 ($40.000 \times 58,33\%$)

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
Tipificación aplicación BIN a minorar incrementos en 2013	Artículo 195.1.2.º
Base de sanción ($40.000 \times 91,66\%$)	23.332
Calificación	Grave
% Sanción	15 %
Sanción íntegra	3.500
Reducción conformidad	0
Possible reducción artículo 188.3 LGT ($3.500 \times 25\%$; según art. 188.3 LGT transcrito anteriormente)	875
Sanción a ingresar	2.625

C) Por la aplicación crédito impuesto del año 2012 neutralizándose parte del efecto en la cuota dejada de ingresar que deriva de los aumentos en la base imponible regularizados en 2013: 5.000 euros

Artículo 195.1.2.º de la LGT (transcrito).

Debe tenerse en cuenta que, aun cuando se aplican deducciones de cuota, los ajustes efectuados son en la base imponible del año 2013, cuyo efecto en cuota es objeto de neutralización mediante la aplicación de las deducciones de 2012, por lo que se aplicará la sanción del 15 % sobre el importe de los aumentos sancionables regularizados.

Cálculos:

$$\text{Base de sanción: } \frac{116.660 (200.000 \times 58,33\%) - 60.000 - 0}{60.000 - 0} = 1,94 ; 5.000 \times 1,94 = 9.721,67 \text{ euros}$$

(Nota: Otra fórmula de cálculo más simple es determinando el importe de las deducciones de la cuota de 2012 destinados a neutralizar aumentos en la base imponible de 2013: $5.000 \times 58,33\% = 2.916,5 \text{ €}$).

Una vez que se obtienen las deducciones de la cuota, se divide por el tipo de gravamen y se obtiene el aumento en la base imponible neutralizado con dichos créditos: $2.916,5/0,3 = 9.721,5 \text{ €}$).

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
Tipificación aplicación créditos de 2012 a minorar incrementos en base imponible del año 2013 sancionables	Artículo 195.1.2.º
Base de sanción (Base imponible de 2013 neutralizada con 2.916,5/0,3 = 9.721,67)	9.721,67
Calificación	Grave
% Sanción	15 %
Sanción íntegra	1.458,25
Reducción conformidad	0
Posible reducción artículo 188.3 LGT ($1.458,25 \times 25\%$; según art. 188.3 LGT transcrito anteriormente)	364,56
Sanción a ingresar	1.093,69

• **Infracción tipificada en el artículo 195.1.1.º de la LGT:**

Por los créditos falsos declarados en 2013: Infracción tributaria por determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes. Importe sancionable: **4.000 euros**.

En esta infracción no incidirían las dos opciones analizadas en el apartado anterior.

Base de la sanción. Deducciones incorrectas que se consideran sancionables: 4.000 euros.

Porcentaje de sanción: Al tratarse de deducciones en la cuota se sancionarán al 50 %.

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
Tipificación: créditos falsos de 2013	Artículo 195.1.1.º
	.../...

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
.../...	
Base de sanción	4.000
Calificación	Grave
% Sanción	50 %
Sanción íntegra	2.000
Reducción conformidad	0
Possible reducción artículo 188.3 LGT (25% × 2.000; según art. 188.3 LGT transcrito anteriormente)	500
Sanción a ingresar	1.500

• **Infracción tipificada en el artículo 194 de la LGT:**

Por la solicitud indebida de devoluciones de la normativa del tributo: **13.000 euros**.

Del enunciado se desprende que dicha devolución está pendiente de hacerse efectiva por lo que no se ha llegado a producir el perjuicio económico para la Hacienda Pública.

El artículo 194 recoge dicha conducta como constitutiva de infracción y dispone a estos efectos:

«1. Constituye infracción tributaria solicitar indebidamente devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo mediante la **omisión** de datos relevantes o la inclusión de datos **falsos** en autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes, sin que las devoluciones se hayan obtenido.

La infracción tributaria prevista en este apartado será grave.

La base de la sanción será la cantidad indebidamente solicitada.

La sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional del 15 por ciento».

La base de la sanción se configura no en relación a las magnitudes sancionables sino en torno a las magnitudes que siendo sancionables se aprecia que la devolución excesiva solicitada procede de datos que se **hubieran omitido o que fueran falsos**. No obstante, los resultados son los mismos en cualquiera de las dos opciones a las que hemos hecho referencia vuelvan a tener incidencia.

Así:

• *Primera opción analizada anteriormente*

Solicitud indebida (sancionable): $13.000 \times 91,66\% = 11.915,8$ euros.

Importe que representa el porcentaje que deriva de los datos ocultos sobre la magnitud sancionable: 5.415,73 euros ($45,45\% \times 11.915 \text{ €}$).

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
Tipificación: solicitud indebida de devoluciones de 2013	Artículo 194
Base de sanción	5.415,73
Calificación	Grave
% Sanción	15 %
Sanción íntegra	812,36
Reducción conformidad	0
Posible reducción artículo 188.3 LGT (25 % $\times$ 812,36; según art. 188.3 LGT transcrito anteriormente)	203,09
Sanción a ingresar	609,27

• *Segunda opción analizada anteriormente*

Solicitud indebida (sancionable): $13.000 \times 58,33\% = 7.582,9$ euros.

Importe que representa el porcentaje que deriva de los datos ocultos sobre la magnitud sancionable: 5.415,73 € ($71,42\% \times 7.582,9 \text{ €}$).

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
Tipificación: solicitud indebida de devoluciones de 2013	Artículo 194
Base de sanción	5.415,73
Calificación	Grave
% Sanción	15 %
Sanción íntegra	812,36
	.../...

Tributo/Periodo	Impuesto sobre sociedades 2013
.../...	
Reducción conformidad	0
Possible reducción artículo 188.3 LGT (25 % $\times$ 812,36; según art. 188.3 LGT transcrito anteriormente)	203,09
Sanción a ingresar	609,27

IVA 4.º trimestre de 2012. Magnitudes regularizadas y sancionables: 35.000 euros

De la comparación de las magnitudes declaradas y de los datos resultantes de la liquidación se obtienen los siguientes resultados:

4.º trimestre de 2012	Autoliquidación	Ajustes	Liquidación acta A01 (10-11-2016)
IVA devengado	55.000	+15.000	70.000
IVA soportado	60.000	-20.000	40.000
Resultado del periodo	-5.000	+35.000	30.000
IVA a compensar de periodos anteriores	10.000		(10.000)
Cuota a ingresar			20.000
Intereses de demora (30-01-2013 a 10-11-2016)			3.441,04
Total deuda			23.441,04
IVA a compensar en periodos posteriores ...	15.000 (10.000 + 5.000)	-10.000 (aplicado en liquidación)	0

De los datos del enunciado se desprende que se habrían cometido las siguientes infracciones:

- Por la acreditación de cuotas a deducir en ejercicios futuros (art. 195.1.1.º de la LGT): **5.000 euros**.
- Por la cantidad dejada de ingresar (art. 191 de la LGT): **20.000 euros**.
- Por la aplicación de las cuotas a deducir de periodos anteriores, aplicadas en la regularización efectuada (art. 195.1.2.º de la LGT): **10.000 euros**.

	Sancionable	Ocultación	Factura falsa	Anomalía contable	Persona interpuesta	No incidencia
IVA devengado	15.000	15.000		15.000		
IVA soportado	20.000					20.000
Total ajustes	35.000	15.000		15.000		
		42,86 % (15.000/35.000)		42,86 % (15.000/35.000)		

Por otro lado, la infracción del artículo 195.1.1.º y 195.1.2.º llevan incluidos un 42,86 % de ocultación y de anomalía contable que aun cuando no tengan incidencia en la calificación de dichas infracciones, producirán su efecto en el periodo en el que se produzca el perjuicio económico como consecuencia de su aplicación.

	Art. 191 LGT	Art. 195.1.1.º LGT	Art. 195.1.2.º LGT
Calificación	Grave	Grave	Grave
Base sanción	20.000	5.000	10.000
Mínimo	50 pp	50 pp	50 pp
Perjuicio (20.000/20.000)	+25 pp		
Comisión reiterada (1)	0		
Total sanción	75 pp	50 pp	50 pp
Conformidad	-22,5 pp	-15 pp	-15 pp
Sanción reducida	52,5 %	35 %	35 %
Total sanción reducida (art. 188.1 b) LGT)	10.500	1.750	3.500
Reducción artículo 188.3 LGT	2.625 (25 % s/10.500)	437,5 (25 % s/1.750)	875 (25 % s/3.500)
Sanción a ingresar	7.875	1.312,5	2.625
(1) Comisión reiterada: Artículo 187 de la Ley 58/2003, «Criterios de graduación de las sanciones tributarias» y artículo 5 del Real Decreto 2063/2004 (transcritos).			

No hay antecedente.

Periodo a tener en cuenta: 30 de enero de 2009 a 30 de enero de 2013.

Antecedentes	Fecha firmeza	Tipificación y calificación	Incidencia
Impuesto sobre sociedades 2007	10-10-2013	Art. 191 LGT. Grave	Si antecedente
Retenciones 4.º trimestre de 2007	10-10-2013	Art. 191 LGT. Muy grave	Si antecedente

IVA 1.º trimestre de 2013. Magnitudes regularizadas: 30.000 euros

De la comparación de las magnitudes declaradas y de los datos resultantes de la liquidación se obtienen los siguientes resultados:

1.º trimestre de 2013	Autoliquidación	Ajustes	Liquidación acta A01 (10-11-2016)
IVA devengado	40.000	+10.000	50.000
IVA soportado	25.000	-5.000	20.000
Resultado del periodo	15.000	+15.000	30.000
IVA a compensar de periodos anteriores	15.000	-15.000	0
(4.º trimestre 2012: 5.000. Anteriores: 10.000)			
Cuota a ingresar	0	30.000	30.000
Intereses de demora (20-04-2013 a 10-11-2016)			4.832,79
Total deuda			34.832,79
IVA a compensar en periodos posteriores	0		0

Téngase en cuenta que la entidad solicitó la aplicación del saldo de las cantidades a compensar de periodos anteriores por importe de 10.000 euros, se aplicará a la minoración de la cuota que resulta a ingresar del 4.º trimestre de 2012.

De los datos del enunciado se desprende que se habría cometido la siguiente infracción:

- Infracción tributaria cometida: artículo 191 de la LGT.

Detalle de los ajustes efectuados:

- Importe de los ajustes efectuados en el 1.º trimestre de 2013: 15.000 euros.
- Aumento de la cuota a ingresar en el 1.º trimestre de 2013 por la deducción procedente del 4.º trimestre de 2012 que se consideró incorrecta y sancionable: 5.000.

- Aumento de la cuota a ingresar en el 1.º trimestre de 2013 por la aplicación de la deducción procedente de periodos anteriores al 4.º trimestre de 2012 que se considera correcta pero que se aplicó en la liquidación del 4.º trimestre de 2012 a solicitud del obligado tributario: 10.000 euros.

Cálculo de la base de la sanción:

	Total ajuste	No sancionable	Sancionable
IVA devengado en 2013	10.000		10.000
IVA soportado 2013	5.000	5.000	
IVA a compensar 4.º trimestre 2012	5.000		5.000
IVA a compensar 3.º trimestre 2012	10.000		10.000
Total cantidad dejada de ingresar ..	30.000	5.000	25.000
Porcentaje magnitud sancionable sobre la totalidad de los ajustes		$5.000/30.000 = 16,66 \%$	$25.000/30.000 = 83,33 \%$

	Sancionable	Ocultación	Factura falsa	Anomalía contable	Persona interpuesta	No incidencia
IVA devengado	10.000	10.000		10.000		
IVA a compensar 4.º trimestre 2012	5.000	2.143 ($42,86 \% \times 5.000$)		2.143 ($42,86 \% \times 5.000$)		
IVA a compensar 3.º trimestre 2012	10.000	4.286 ($42,86 \% \times 10.000$)		4.286 ($42,86 \% \times 10.000$)		
Total	25.000	16.429		16.429		
		65,71 %		65,71 %		

	Artículo 191 LGT
Calificación	Muy grave
Base sanción	25.000
Mínimo	100 pp
	.../...

	Artículo 191 LGT
.../...	
Perjuicio 25.000/30.000 = 83,33 %	+25 pp
Comisión reiterada (1)	0
Total sanción	125 pp
Conformidad	-37,5 pp
Sanción reducida	87,5 %
Total sanción reducida	21.875
Artículo 195.3 LGT: A deducir sanción 195.1.1.º 4.º trimestre	-1.750
Artículo 195.3 LGT: A deducir sanción 195.1.2.º 4.º trimestre	-3.500
Sanción reducida	16.625
Reducción artículo 188.3	-4.156,25
Sanción a ingresar	12.468,75
(1) Comisión reiterada: Artículo 187 de la Ley 58/2003, «Criterios de graduación de las sanciones tributarias» y artículo 5 del Real Decreto 2063/2004 (transcritos).	

No hay antecedente.

Periodo a tener en cuenta: 20 de abril de 2009 a 20 de abril de 2013.

Antecedentes	Fecha firmeza	Tipificación y calificación	Incidencia
Impuesto sobre sociedades 2007	10-10-2013	Art. 191 LGT. Grave	Si antecedente
Retenciones 4.º trimestre de 2007	10-10-2013	Art. 191 LGT. Muy grave	Si antecedente

4. ANALIZAR LAS CONSECUENCIAS QUE DERIVAN DE LA AUTOLIQUIDACIÓN COMPLEMENTARIA DEL AÑO 2014

Al margen de lo anterior, el obligado tributario presentó con fecha 20 de octubre de 2016 una autoliquidación complementaria del año 2014 por el impuesto sobre sociedades que no es

objeto del procedimiento inspector mediante la que ella misma minora el importe de la base imponible negativa procedente del año 2012 por importe de 120.000 euros que en el procedimiento inspector se había considerado incorrecta.

El detalle de las autoliquidaciones presentadas, de acuerdo con el enunciado, es:

Impuesto sobre sociedades 2014	Autoliquidación originaria	Autoliquidación complementaria
Base imponible previa 2014	120.000	120.000
Base imponible negativa año 2012	(120.000)	0
Resto base imponible negativa año 2014	0	120.000
Cuota íntegra (30 %)	0	36.000
Deducciones de cuota 2014	0	0
Cuota líquida	0	36.000
Retenciones y pagos fraccionados	15.000	15.000
Solicitud de devolución (devolución 10-09-2015)	15.000	
Cuota a ingresar		21.000
Restitución de devolución		15.000
Cuota a ingresar		36.000

Como se expuso anteriormente, en 2012 declaró una base imponible negativa por importe de 160.000 euros, de los que 40.000 euros se consideraron correctos y 120.000 euros se consideran incorrectos. De los 120.000 euros se consideraron sancionables tan solo 95.000 euros (79,166 € s/ 120.000 €).

Por otro lado, los 40.000 euros de base imponible negativa del año 2012 que se consideraron correctos fueron aplicados por la Inspección en la regularización del año 2013, a solicitud del propio obligado tributario.

En consecuencia, la entidad ha presentado una autoliquidación complementaria y voluntaria del año 2014, minorando el importe de la base imponible negativa del año 2012 y efectuando el ingreso correspondiente.

Dicha conducta conlleva la aplicación del recargo de extemporaneidad regulado en el artículo 27 de la LGT, «Recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo», a tenor del cual:

«1. Los recargos por declaración extemporánea son prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria.

A los efectos de este artículo, se considera requerimiento previo cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria.

2. Si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa dentro de los 3, 6 o 12 meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso, el recargo será del 5, 10 o 15 por ciento, respectivamente. Dicho recargo se calculará sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración.

Si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa una vez transcurridos 12 meses desde el término del plazo establecido para la presentación, el recargo será del 20 por ciento y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse. En estos casos, se exigirán los intereses de demora por el periodo transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en que la autoliquidación o declaración se haya presentado.

En las liquidaciones derivadas de declaraciones presentadas fuera de plazo sin requerimiento previo no se exigirán intereses de demora por el tiempo transcurrido desde la presentación de la declaración hasta la finalización del plazo de pago en periodo voluntario correspondiente a la liquidación que se practique, sin perjuicio de los recargos e intereses que corresponda exigir por la presentación extemporánea.

3. Cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso ni presenten solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación al tiempo de la presentación de la autoliquidación extemporánea, la liquidación administrativa que proceda por recargos e intereses de demora derivada de la presentación extemporánea según lo dispuesto en el apartado anterior no impedirá la exigencia de los recargos e intereses del periodo ejecutivo que correspondan sobre el importe de la autoliquidación.

4. Para que pueda ser aplicable lo dispuesto en este artículo, las autoliquidaciones extemporáneas deberán identificar expresamente el periodo impositivo de liquidación al que se refieren y deberán contener únicamente los datos relativos a dicho periodo.

5. El importe de los recargos a que se refiere el apartado 2 anterior se reducirá en el 25 por ciento siempre que se realice el ingreso total del importe restante del recargo en el plazo del apartado 2 del artículo 62 de esta ley abierto con la notificación de la liquidación de dicho recargo y siempre que se realice el ingreso total del importe de la

deuda resultante de la autoliquidación extemporánea o de la liquidación practicada por la Administración derivada de la declaración extemporánea, al tiempo de su presentación o en el plazo del apartado 2 del artículo 62 de esta ley, respectivamente, o siempre que se realice el ingreso en el plazo o plazos fijados en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento de dicha deuda que la Administración tributaria hubiera concedido con garantía de aval o certificado de seguro de caución y que el obligado al pago hubiera solicitado al tiempo de presentar la autoliquidación extemporánea o con anterioridad a la finalización del plazo del apartado 2 del artículo 62 de esta ley abierto con la notificación de la liquidación resultante de la declaración extemporánea.

El importe de la reducción practicada de acuerdo con lo dispuesto en este apartado se exigirá sin más requisito que la notificación al interesado, cuando no se hayan realizado los ingresos a que se refiere el párrafo anterior en los plazos previstos incluidos los correspondientes al acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento».

La cuestión estriba en determinar la base sobre la que se aplica el recargo de extemporaneidad, esto es, si se aplica sobre la cuota que habría tenido que ingresar inicialmente (21.000 €) o sobre el importe que resulta a ingresar que deriva de la autoliquidación complementaria (36.000 €), teniendo en cuenta que en esta se incluye no solo la cantidad dejada de ingresar inicialmente (21.000 €) sino también la restitución de la devolución obtenida (15.000 €).

Tras la discrepancia de criterios que ha dado lugar a diversos pronunciamientos de los órganos económico-administrativos y jurisprudenciales no siempre uniformes, la cuestión parece zanjada con la Sentencia del **Tribunal Supremo de fecha 23 de noviembre de 2015** (NFJ061299), en la que se dice que en el caso de las autoliquidaciones cuya regularización dé lugar a una devolución inferior a la inicialmente solicitada, lo mismo que si da lugar a un ingreso superior al inicialmente realizado, el procedimiento a seguir es la presentación por el sujeto pasivo de una autoliquidación complementaria, cuyo resultado es a ingresar en ambos casos. Y a esa liquidación si es extemporánea, sin mediar requerimiento previo de la Administración, con resultado a ingresar le resulta aplicable el régimen de recargos del artículo 27 de la Ley 58/2003, que se calculará sobre la cantidad que haya de ingresarse, sea por el concepto de cuota inicialmente no ingresada o por de reintegro de devoluciones improcedentes o por cuantía superior.

En consecuencia, el recargo de extemporaneidad será:

Retraso en la presentación (25-07-2015 a 20-10-2016)	Superior a 12 meses
Base del recargo	36.000
Porcentaje de recargo (20 %)	7.200
Intereses de demora (25-07-2016 a 20-10-2016) 88 días al 3,75 %	324,59
	.../...

.../...	
Total recargo	7.524,59
Reducción del 25 % (1)	-1.881,15
Recargo reducido	5.643,44
(1) Entendemos que el recargo es el importe total, esto es, que tiene dos componentes, uno fijo (20 %) y otro variable (interés de demora) y que la reducción se ha de aplicar sobre el importe total así calculado y no exclusivamente sobre el importe fijo, criterio este que es el mantenido por la Administración.	

Por otro lado, la reducción está condicionada no solo a que se pague la deuda autoliquidada (o que se aplase con aval bancario o seguro de caución) sino también a que se pague el propio recargo en periodo voluntario.

Por último, la sanción que se impuso en la regularización del año 2012 (15 % s/ 95.000 €) no será deducible del recargo y ello por cuanto el artículo 195.3 de la LGT tan solo permite la deducción de dicha sanción de las sanciones que se cometan con posterioridad como consecuencia de la aplicación de las magnitudes sancionadas por el artículo 195 de la LGT.

NORMAS INTERNACIONALES DE AUDITORÍA ADAPTADAS PARA SU APLICACIÓN EN ESPAÑA (NIA-ES) REVISADAS. ¿CÓMO VA A SER EL NUEVO INFORME DE AUDITORÍA DE CUENTAS?

Elena Cabal García

*Profesora Titular de Universidad del Departamento de Contabilidad.
Universidad de Oviedo*

EXTRACTO

Mediante Resolución de 15 de junio de 2016, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas ha sometido a información pública la modificación de varias Normas Internacionales de Auditoría adaptadas para su aplicación en España (NIA-ES), entre las cuales se encuentran las que afectan al informe de auditoría. Dichas normas resultarán de aplicación a las auditorías de cuentas correspondientes a los ejercicios económicos iniciados a partir de 17 de junio de 2016, de modo que determinarán la configuración de los futuros informes de auditoría. El objetivo de este trabajo es precisamente analizar en detalle la estructura del que será el futuro informe de auditoría, así como compararla con la que es su estructura actual, con el fin de identificar los principales cambios que se van a producir en el documento a consecuencia de los recientes cambios normativos.

Palabras clave: informe de auditoría y NIA-ES sobre informes revisadas.

Fecha de entrada: 05-10-2016 / Fecha de aceptación: 15-11-2016

REVISED INTERNATIONAL AUDITING STANDARDS AS ADOPTED BY SPAIN (NIA-ES): WHAT WILL THE NEW AUDIT REPORT LOOK LIKE?

Elena Cabal García

ABSTRACT

In accordance with the terms of the Institute of Accounting and Auditing Resolution of 15 June 2016, various International Auditing Standards which were adapted for use in Spain (NIA-ES), have been amended and open for public comment. Specifically, such revised standards will be effective for audits of financial statements for financial years starting after 17 June 2016, and will affect the form and content of the audit report. This paper aims to provide an in-depth analysis of the form and content of the future audit report, thoroughly comparing it with the current audit report in order to point out the key changes brought about by the new regulations.

Keywords: audit report and revised International Auditing Standards on auditor reporting, as adopted by Spain (NIA-ES).

Sumario

1. Introducción
2. Contenido mínimo del informe según la legislación auditora
3. Elementos del informe de auditoría en las NIA-ES revisadas
 - 3.1. Elementos básicos del informe conforme a la NIA-ES 700 revisada. Descripción y principales cambios
 - 3.2. Otros elementos en el informe: párrafos de énfasis y de otras cuestiones (NIA-ES 706 revisada). Descripción y principales cambios
4. Conclusiones

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La evolución de la normativa reguladora del contenido del informe de auditoría de cuentas anuales ha venido marcada por las reformas producidas en la Ley de auditoría de cuentas (LAC) a consecuencia de su adaptación a las disposiciones comunitarias.

Así, los primeros informes de auditoría emitidos en nuestro país debían cumplir los requerimientos establecidos en las Normas Técnicas de Auditoría (NTA, 1991), que constituían un desarrollo de la primera LAC nacional (LAC, 1988), promulgada para adaptar la legislación nacional a la Octava Directiva comunitaria (1984), relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables.

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Octava Directiva (1984), los cambios acaecidos en el entorno económico y financiero y, sobre todo, la falta de un planteamiento armonizado de la auditoría en el ámbito de la Unión Europea (UE), hicieron necesario acometer un proceso de reforma en el ámbito comunitario que culminó con la Directiva 2006/43/CE, que derogaba la anterior y que requería la aplicación de las Normas Internacionales de Auditoría (NIA) adoptadas por la UE.

La Directiva 2006/43/CE se transpuso a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 12/2010, que introduce modificaciones en la LAC (1988), parte de las cuales afectan precisamente al informe de auditoría. En concreto, se presenta una nueva configuración del contenido del documento para que converja al previsto en las NIA emitidas por la Federación Internacional de Contadores (International Federation of Accountants, IFAC), al no haber adoptado aún la UE su propia normativa.

Ello motivó que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) dictase la Resolución de 21 de diciembre de 2010, por la que se publica la modificación de la sección tercera de las NTA (1991), relativa a las Normas Técnicas sobre Informes.

Dicha resolución, aplicable a los informes de auditoría emitidos a partir de 1 de enero de 2011, incorporó cambios en el formato y estructura del informe, al diferenciar entre elementos básicos y otros elementos en el mismo, pero, sobre todo, modificó las circunstancias con efecto en la opinión del auditor recogidas en las NTA (1991). En particular, eliminó del catálogo de salvedades, o circunstancias condicionantes de la opinión del auditor, los cambios significativos en los principios y normas contables aplicados y las incertidumbres o circunstancias supeditadas al desenlace de hechos futuros no controlables por la empresa.

Sin embargo, la aplicación de esta resolución tuvo carácter temporal, ya que finalmente el ICAC, a través de la Resolución de 15 de octubre de 2013, publicó las nuevas Normas Técni-

cas de Auditoría, resultado de la adaptación de las NIA para su aplicación en España (NIA-ES). Entre dichas normas se incluían las tres siguientes, que específicamente afectan al contenido del informe, derogando las anteriores resoluciones del ICAC referentes al mismo y que resultarían de aplicación obligatoria a los ejercicios económicos iniciados a partir de enero de 2014:

- **NIA-ES 700:** «Formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre los estados financieros», que trata de la responsabilidad que tiene el auditor de formarse una opinión sobre los estados financieros de la entidad auditada y delimita la estructura y contenido genéricos del informe de auditoría a emitir.
- **NIA-ES 705:** «Opinión modificada en el informe de auditoría independiente», que indica el modo en que la estructura y contenido del informe de auditoría se ven afectados cuando el auditor emite una opinión modificada, entendiendo por tal cualquiera que sea distinta de la favorable.
- **NIA-ES 706:** «Párrafos de énfasis y párrafos sobre otras cuestiones en el informe emitido por un auditor independiente», que especifica cómo la estructura y contenido del informe de auditoría se ven afectados cuando el auditor incluye en su informe estos componentes sin efecto en su opinión.

Una vez más, la evolución experimentada en el contexto económico-financiero desde la entrada en vigor de la Directiva 2006/43/CE llevó a cuestionar la suficiencia y adecuación del marco comunitario, abriéndose un proceso de debate que culminó con la aprobación y publicación de la Directiva 2014/56/UE relativa a la auditoría legal de cuentas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE, y del Reglamento (UE) n.º 537/2014, del Parlamento europeo y del Consejo, que establece requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público (EIP). El objetivo de estas disposiciones era reforzar la confianza de los usuarios en la información económico-financiera mediante la mejora de la calidad de las auditorías de cuentas en el ámbito de la UE, con la particularidad de que se desarrolla un instrumento normativo separado para las EIP.

La Ley 22/2015 de auditoría de cuentas, plenamente vigente desde 17 de junio de 2016, ha traspuesto al ordenamiento jurídico español las exigencias requeridas por ambas disposiciones comunitarias, estableciendo nuevos requerimientos a los auditores en relación con el contenido del informe de auditoría, al que con carácter general se incorporan nuevas exigencias informativas que se ven acentuadas en el caso de las auditorías de EIP, lo que origina que por primera vez se van a producir en el contenido de los informes en función de la naturaleza de la entidad auditada.

En paralelo al proceso de reforma comunitario la IFAC ha finalizado el proceso de revisión de determinadas NIA entre las que se incluyen las específicamente relacionadas con el contenido del informe (NIA 700, 705 y 706). Asimismo, se ha incorporado una nueva NIA, la 701, que determina la obligación de incluir en el documento información sobre las cuestiones clave del trabajo de auditoría realizado.

Con el propósito de trasladar a la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas en España las NIA revisadas y dar cumplimiento a los nuevos requerimientos de la LAC (2015) y del Reglamento específico de las auditorías de EIP, se ha procedido a la adaptación de las NIA revisadas al marco jurídico nacional, proceso que culmina con la publicación de la Resolución de 15 de julio de 2016, del ICAC por la que se somete a información pública la modificación de las NIA-ES 260, 510, 570, 720 y 805 así como las que afectan específicamente al contenido del informe, 700, 705 y 706, a las que se incorpora la nueva NIA-ES 701. Estas nuevas NIA-ES, que en el caso de las revisadas sustituirán a sus predecesoras, resultarán de aplicación a los trabajos de auditoría de cuentas correspondientes a ejercicios iniciados a partir de 17 de junio de 2016.

Así pues, desde el año 2010 las sucesivas reformas normativas han supuesto que auditores y usuarios han tenido que adaptarse a la preparación y revisión de diferentes formatos de informes de auditoría:

- Los correspondientes a las cuentas anuales relativas a los ejercicios económicos 2010 a 2013, que debían atender a los requerimientos de la Resolución del ICAC de 21 de diciembre de 2010.
- Los relativos a las cuentas anuales de los ejercicios 2014 a 2016, preparados conforme a las NIA-ES 700, 705 y 706.
- Los que acompañarán a las cuentas anuales de los ejercicios 2017 en adelante, que deberán cumplir, en esencia, las versiones revisadas de las anteriores NIA-ES, y la nueva NIA-ES 701.

Según las NIA-ES 700 y 705 revisadas, se mantienen los tradicionales tipos de opinión (Favorable o no modificada y Modificada, bien con salvedades, bien desfavorable o bien denegada), así como las circunstancias condicionantes de su emisión (incorrecciones materiales y limitaciones al alcance materiales), afectando las modificaciones a la estructura y contenido del informe, produciéndose en relación con el mismo tres tipos de modificaciones:

- La necesidad de preparar informes de auditoría con un contenido específico cuando la entidad auditada sea una EIP.
- Cambios de índole cualitativa, al alterarse el orden de presentación de los elementos en el informe.
- Modificaciones de tipo cuantitativo, motivadas tanto por la incorporación de nuevos elementos y el cambio de finalidad de otros como por la ampliación de la información requerida en algunos de los elementos ya existentes.

El objetivo de este trabajo es analizar en detalle la estructura del que será el futuro informe de auditoría, así como compararla con la que es su estructura actual, con el fin de identificar los principales cambios que se van a producir en el documento con el propósito de que sirva de guía tanto a auditores como a usuarios del mismo.

2. CONTENIDO MÍNIMO DEL INFORME SEGÚN LA LEGISLACIÓN AUDITORA

Como ya se indicó, con la LAC (2015) se produce el primer cambio sustancial al que deberán hacer frente los auditores de cuentas, la preparación de informes de auditoría que serán distintos en función de que la entidad auditada sea o no una EIP. Los auditores de dichas entidades están sujetos a mayores exigencias informativas pues deberán presentar:

- Un informe de auditoría de cuentas anuales, con el mismo contenido que el requerido a entidades no EIP al que deben añadirse informaciones adicionales a las que nos referiremos a continuación (art. 10 del Reglamento (UE) n.º 537/2014).
- Un informe adicional para el comité de auditoría u órgano equivalente de la EIP, en el que se explicará en mayor detalle el trabajo efectuado por el auditor (art. 11 del Reglamento (UE) n.º 537/2014).
- Un informe anual de transparencia, que tiene por objeto la divulgación en el sitio web de la sociedad auditora de sus características estructurales, de su sistema de control de calidad, del listado de clientes EIP del ejercicio anterior y declaraciones sobre sus políticas de independencia y competencia profesional (art. 13 del Reglamento (UE) n.º 537/2014).
- Asimismo, deberán en determinados casos entregar informes adicionales a las entidades supervisoras de las EIP (art. 12.1 del Reglamento (UE) n.º 537/2014).

La LAC (1988) recogía un contenido mínimo obligatorio para el informe de auditoría de cuentas anuales que ha sido modificado, y en concreto ampliado, únicamente en su última reforma. El **cuadro 1** siguiente sintetiza las precisiones que tanto la LAC inicial como la actualmente vigente establecen respecto a dicho contenido mínimo.

Cuadro 1. Evolución legal del contenido mínimo del informe de auditoría de cuentas anuales

LAC (1988) (art. 2)	LAC (2015)	
	Informes entidades no EIP (art. 5)	Informes de EIP (art. 35 LAC y 10 del Reglamento UE)
a) Identificación de la entidad auditada, de las cuentas anuales auditadas, del marco normativo de información financiera aplicable, de quienes encargaron el	a) Se mantiene.	Se mantiene. Se añade: indicar la fecha de la designación y el periodo total de contratación ininterrumpida, incluyendo .../...

LAC (1988) (art. 2)	LAC (2015)	
	Informes entidades no EIP (art. 5)	Informes de EIP (art. 35 LAC y 10 del Reglamento UE)
.../...		
trabajo, y de sus destinatarios; así como la referencia a que las cuentas anuales han sido formuladas por el órgano de administración de la entidad auditada.		las renovaciones y nuevas designaciones de auditores legales o de sociedades de auditoría realizadas con anterioridad.
b) Descripción general del alcance de la auditoría, con referencia a las normas de auditoría aplicables y a los procedimientos previstos en las mismas que no se pudieron aplicar. Asimismo, se informará sobre la responsabilidad del auditor de expresar una opinión sobre las citadas cuentas en su conjunto.	b) Se mantiene.	
c) La opinión del auditor sobre la razonabilidad de las cuentas, que podrá ser favorable, con salvedades, desfavorable o denegada.	e) Se mantiene. Se añade: La obligación de informar sobre las incertidumbres significativas relacionadas con la continuidad de la empresa hace referencia a las cuestiones que el auditor considere necesario enfatizar.	
d) Una opinión sobre la concordancia o no del informe de gestión con las cuentas anuales.	f) Se mantiene. Se añade: el deber de opinar sobre si el contenido del informe de gestión es conforme al requerido por la normativa, indicando las incorrecciones materiales que se hayan detectado al respecto.	
e) Fecha y firma del auditor que lo realizó.	g) Se mantiene.	
	c) Se añade: Explicación de que la auditoría se ha planificado y ejecutado para obtener una seguridad razonable de que las cuentas anuales están libres de incorrecciones materiales, incluidas las derivadas del fraude. Descripción de los riesgos considerados más significativos de la existencia de incorrecciones materiales y resumen de las respuestas del auditor a dichos riesgos.	
	.../...	

LAC (1988) (art. 2)	LAC (2015)	
	Informes entidades no EIP (art. 5)	Informes de EIP (art. 35 LAC y 10 del Reglamento UE)
.../...		
	d) Se añade: Declaración de que no se han prestado servicios incompatibles con la auditoría de cuentas.	La misma declaración a la que se debe añadir la identificación específica de todos los servicios adicionales prestados.
		Confirmación de la coherencia entre informe de auditoría e informe dirigido al comité de auditoría u órgano equivalente.
Fuente: elaboración propia a partir de LAC (1988) y LAC (2015).		

Como se puede apreciar en el cuadro 1, el contenido mínimo previsto en la LAC (1988) en esencia se mantiene y se ve afectado por tres tipos de modificaciones:

1. Las que añaden consideraciones al contenido mínimo existente, que en concreto son dos:
 - La referencia expresa al deber de recoger en el informe información acerca de las incertidumbres por continuidad. Esto ya se viene haciendo desde los informes de auditoría correspondientes al ejercicio 2010 por ser una obligación impuesta a los auditores desde la entrada en vigor de la Resolución del ICAC de 21 de diciembre de 2010.
 - La necesidad de informar no solo sobre la concordancia entre cuentas anuales e informe de gestión, sino también de pronunciarse sobre la adecuación de su contenido a la normativa aplicable, exigido por primera vez en la LAC (2015).
2. Las que suponen la incorporación de nuevos elementos en el informe:
 - La obligación de describir los riesgos significativos identificados en el desarrollo de la auditoría.
 - La declaración expresa de que no se han prestado servicios incompatibles con el desempeño de la auditoría de cuentas.
3. Las precisiones adicionales requeridas en los informes de auditoría de las EIP:

- La necesidad de añadir detalles sobre su designación.
- El deber de incorporar a la declaración de independencia la relación de los servicios adicionales prestados a la entidad auditada y a empresas controladas por esta.
- El deber de confirmar la coherencia entre el informe de auditoría de cuentas anuales y el complementario a este que deben facilitar al comité de auditoría o equivalente de la entidad auditada.

Así pues, la LAC (2015) impone a los auditores nuevas exigencias informativas, acentuadas en el caso de las auditorías de EIP. Dichas exigencias tienen por objeto precisar en mayor medida el trabajo efectuado por el auditor incidiendo especialmente en destacar su independencia respecto de la entidad auditada.

Para trasladar a la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas en España, en concreto a las NIA-ES, tanto los nuevos requerimientos exigidos por la LAC (2015) y el Reglamento (UE) n.º 537/2014 como las NIA revisadas por el IAASB, el ICAC ha sometido a información pública la Resolución de 15 de julio de 2016, que modifica, entre otras, las NIA-ES específicamente relativas al informe de auditoría (700, 705 y 706) a las que se añade una nueva NIA-ES 701 referente a la obligación de comunicar en el informe las cuestiones clave de la auditoría. Estas NIA-ES sustituirán a las existentes a partir de su entrada en vigor, que corresponderá a los trabajos de auditoría de cuentas sobre estados financieros de ejercicios económicos que se inicien a partir de 17 de junio de 2016.

En los siguientes apartados se analizan los elementos que, conforme a las NIA-ES revisadas, configurarán los futuros informes de auditoría de cuentas anuales. Además se efectuará simultáneamente una comparación con los que constituyen los actuales elementos del documento a fin de resaltar los principales cambios que se van a producir en su estructura y contenido.

3. ELEMENTOS DEL INFORME DE AUDITORÍA EN LAS NIA-ES REVISADAS

La NIA 700 revisada delimita la estructura y contenido general del informe, de modo que continúa recogiendo los elementos básicos del mismo, es decir, aquellos que deben figurar en el informe en todo caso o de darse ciertas circunstancias. Del mismo modo, la NIA-ES 706 revisada continúa refiriéndose a los otros elementos del informe, pues alude a los párrafos de énfasis y otras cuestiones, cuya inclusión en el informe queda, con carácter general, a juicio del auditor.

El **cuadro 2** siguiente muestra los elementos que han de configurar el contenido del informe conforme a las NIA-ES vigentes y sus correspondientes versiones revisadas, actualmente sujetas a información pública y que marcarán el contenido del futuro informe.

Cuadro 2. Enumeración de los elementos del informe de auditoría de cuentas anuales

Informe actual	Futuro informe
Elementos básicos (NIA-ES 700)	Elementos básicos (NIA-ES 700 revisada)
1. Título del informe. 2. Identificación de los destinatarios (y de quienes efectuaron el encargo). 3. Párrafo introductorio. 4. Responsabilidad de la dirección en relación con los estados financieros. 5. Responsabilidad del auditor. 6. Opinión del auditor. 7. Informe sobre otros requerimientos legales y reglamentarios (párrafo sobre el informe de gestión). 8. Firma del auditor. 9. Fecha del informe de auditoría. 10. Dirección y datos registrales del auditor.	1. Título del informe. 2. Identificación de los destinatarios (y de quienes efectuaron el encargo). 3. Opinión del auditor. 4. Fundamento de la opinión. 5. Incertidumbres por continuidad. 6. Cuestiones clave en la auditoría. 7. Otra información (informe de gestión y/u otra). 8. Responsabilidad de la dirección en relación con los estados financieros. 9. Responsabilidad del auditor. 10. Otras responsabilidades de información del auditor: Informe sobre otros requerimientos legales y reglamentarios. 11. Nombre del auditor. 12. Firma del auditor. 13. Fecha del informe de auditoría. 15. Dirección y datos registrales del auditor.
Otros elementos (NIA-ES 705 y 706)	Otros elementos (NIA-ES 706 revisada)
Párrafos de fundamento de la opinión modificada. Párrafos de énfasis. Párrafos sobre otras cuestiones.	Párrafos de énfasis. Párrafos sobre otras cuestiones.
Fuente: elaboración propia a partir de las NIA-ES 700, 705 y 706 y sus versiones revisadas.	

Con la simple enumeración de los elementos ya se aprecia un primer cambio cuantitativo en el contenido del informe al que se incorporan nuevos elementos, en concreto las secciones de «Incertidumbres por continuidad», «Cuestiones clave en la auditoría» y «Otra información». También se observa como el párrafo de fundamento ha pasado de ser un elemento que solo existe en caso de emitirse una opinión modificada o distinta de la favorable a verse obligados los auditores a fundamentar en todo caso su opinión, aspecto en el que incidiremos en el apartado siguiente.

Asimismo, otra de las modificaciones recogidas en las NIA-ES revisadas es la que afecta al orden que estos elementos deben ocupar en el informe. Así, las NIA-ES iniciales establecen un

orden taxativo, excepto para los párrafos de otras cuestiones a los que se les permitía ocupar posiciones alternativas en función de su contenido. Por su parte, la versión revisada de la NIA-ES 700 matiza que debe respetarse en todo caso el orden de las dos primeras secciones del informe, «Opinión» y «Fundamento de la opinión». Para las restantes secciones indica que el orden también debe respetarse, salvo que, en circunstancias especiales, el auditor considere que una modificación del mismo fuera necesaria para lograr una mejor comprensión por parte de los usuarios.

El **cuadro 3** recoge el orden de los elementos conforme a las NIA-ES y sus versiones revisadas. En el mismo se presentan entre paréntesis los elementos que no figurarían en todo caso en los informes y en la parte relativa a las NIA-ES revisadas se muestran de forma diferenciada los elementos que deben aparecer en los informes que correspondan a EIP y a entidades que no tengan esa condición. Asimismo, se añaden algunas cuestiones básicas sobre el contenido de los elementos que serán comentadas en detalle en el apartado siguiente dedicado a la descripción de los mismos.

Cuadro 3. Orden de los elementos en el informe

Informe actual (NIA-ES 700, 705 y 706)			Futuro informe (NIA-ES revisadas 700, 705 y 706)	
Título del informe			Entidades no EIP	Entidades EIP
Identificación de los destinatarios			Título del informe	
Párrafo introductorio	• Identificación de la entidad auditada. • Integrantes de las cuentas anuales y período/s a que van referidas.		Destinatarios	
Responsabilidad de la dirección	• Adecuada formulación de las cuentas anuales. • Implantación y mantenimiento de un buen control interno.		Párrafo de opinión: dos componentes: • Párrafo introductorio que recoge la denominación de la entidad auditada y de cada uno de los integrantes de las cuentas anuales del ejercicio auditado con la especificación del periodo de tiempo al que van referidas. • Párrafo de opinión.	
Responsabilidad del auditor	• Opinar sobre las cuentas anuales. • Cumplir las normas de auditoría. • Describir su trabajo. • Obtener evidencia suficiente y adecuada para fundamentar la opinión.		Párrafo de fundamento de la opinión: pasa a estar presente en todos los informes incluido el favorable.	
(Párrafo de fundamento de la opinión modificada)	Solo presente en opiniones distintas de la favorable y para explicar las causas y, de ser posible, cuantificar sus efectos sobre las cuentas anuales.		Incertidumbres por continuidad adecuadamente reveladas	
			Riesgos significativos de la auditoría (o voluntariamente «Cuestiones clave en la auditoría»)	Cuestiones clave en la auditoría • Riesgos significativos. • Cualquier otra cuestión clave.
			.../...	

Orden recomendado (cont.)	
Informe actual (NIA-ES 700, 705 y 706)	Futuro informe (NIA-ES revisadas 700, 705 y 706)
Título del informe	Entidades no EIP Entidades EIP
.../...	
Opinión del auditor	(Párrafos de énfasis)
(Párrafo de énfasis)	(Párrafos de otras cuestiones)
(Párrafo de otras cuestiones)	Otra información
Informe sobre otros requerimientos legales o reglamentarios o párrafo referente al informe de gestión	Responsabilidades de la dirección en relación con los estados financieros
Firma del auditor	(Informe sobre otros requerimientos legales o reglamentarios) Informe sobre otros requerimientos legales o reglamentarios
Fecha de emisión del informe	Fecha de emisión
Dirección y datos registrales del auditor	Nombre y firma del auditor
	Dirección y datos registrales del auditor
Fuente: elaboración propia a partir de NIA-ES y sus versiones revisadas.	

Como se observa en el cuadro 3, esta variación en el orden constituye un cambio cualitativo que afecta a la forma en que se presenta la información en el informe. En concreto se pasa de un enfoque de proceso, que comienza con la descripción del alcance del trabajo, la delimitación de las responsabilidades de las partes, la exposición de las razones que llevan a concluir en una opinión y la descripción de la misma, a un nuevo enfoque de resultado, donde se da prioridad a la descripción de la opinión emitida y su fundamento, con la obligación de informar también sobre las cuestiones clave del trabajo desempeñado y pasando aparentemente a un segundo plano la delimitación de las responsabilidades de las partes.

Tras esta primera aproximación al alcance de los cambios que se van a producir en los elementos de los futuros informes y al orden que estos deben ocupar, procedemos en los siguientes apartados a describir en detalle los elementos del informe conforme a las NIA-ES revisadas, haciendo hincapié en los principales cambios que se han producido respecto a sus redacciones originales.

3.1. ELEMENTOS BÁSICOS DEL INFORME CONFORME A LA NIA-ES 700 REVISADA. DESCRIPCIÓN Y PRINCIPALES CAMBIOS

La NIA-ES 700 revisada determina que el informe de auditoría de cuentas anuales será escrito y define los 14 elementos siguientes para el mismo:

1. **Título.** Al igual que establecía la NIA-ES en su versión inicial, el informe llevará un título que indique con claridad que se trata de un informe emitido por un auditor independiente.
2. **Destinatario.** Elemento que tampoco varía, el informe deberá identificar la persona o personas a las que vaya dirigido (normalmente los accionistas o socios de la entidad auditada) y, en caso de ser distintos, a quienes efectuaron el nombramiento del auditor.

A partir de aquí, al igual que ocurre en la actualidad, el informe irá estructurado en secciones o apartados que obligatoriamente deben ir precedidos de títulos específicos.

3. **Opinión del auditor.** Debe ser la primera sección del informe, llevará por título «Opinión» cuando esta sea favorable, u «Opinión con salvedades», «Opinión desfavorable (adversa)» o «Denegación (abstención) de opinión» según el tipo de opinión modificada que corresponda. Esta primera sección constará de dos componentes:
 - a) Un primer párrafo que recoge la denominación de la entidad auditada y de cada uno de los documentos integrantes de las cuentas anuales auditadas, con la especificación del periodo de tiempo al que van referidas.
 - b) Un segundo párrafo que contiene la opinión del auditor.

La consideración de este párrafo cambia respecto a la prevista en la normativa previa por dos motivos: (1) porque cambia su posición, pasando a ser la primera sección del informe y (2) porque se altera su contenido, pero únicamente porque pasa a incorporar como párrafo previo al de descripción de la opinión el denominado párrafo introductorio, que actualmente ocupa la primera posición en el informe. Luego respecto a este elemento solo se han producido dos cambios formales, su reubicación y la absorción de otro elemento que en la versión inicial de la norma se consideraba independiente.

4. Párrafo de fundamento de la opinión. Deberá ser el segundo párrafo que figure obligatoriamente en todo informe de auditoría, incluso en el favorable. Incluirá, con carácter general, la siguiente información¹:

- a) Una manifestación de que el trabajo se ha efectuado conforme a la normativa reguladora de la auditoría de cuentas en España.
- b) Una referencia a la sección del informe en la que se describen en detalle las responsabilidades del auditor.
- c) Una declaración del cumplimiento de los requerimientos de independencia y ética que se le exigen al auditor en la LAC y normativa de desarrollo.
- d) Una manifestación de si el auditor considera que la evidencia obtenida es suficiente y adecuada para fundamentar su opinión.
- e) Cuando la opinión sea modificada el párrafo llevará por título «Fundamento de la opinión con salvedades», «Fundamento de la opinión desfavorable (adversa)» o «Fundamento de la denegación (abstención) de opinión», según corresponda, e incluirá una descripción y, si es factible, cuantificación de las circunstancias que motivaron la opinión modificada.

En relación con lo que establece la redacción original de la NIA-ES se han producido los siguientes cambios en este elemento del informe:

- Su obligada presencia en todos los informes, cuando en la actualidad existe únicamente en caso de que el auditor decida emitir una opinión distinta de la favorable.
- Su reubicación, pasando de estar colocado sobre el párrafo de opinión cuando esta sea modificada, a figurar como segundo párrafo en todos los informes con independencia de la opinión que contengan.
- Se incrementa su contenido por dos motivos. Por un lado, pasa a incorporar información que anteriormente se recogía en el párrafo de responsabilidad del auditor, tratándose

¹ En el caso especial de que el auditor emita un informe con opinión denegada los apartados a) y c) se trasladan a la sección de descripción de las responsabilidades del auditor y no se hará referencia a la obtención de evidencia suficiente y adecuada (apartados 26, 28 y A25 de la NIA-ES 705 revisada).

por tanto de un cambio formal como el ya indicado para el párrafo de opinión. Pero, por otro, amplía su contenido informativo, al exigirse por primera vez que el auditor realice en su informe una declaración expresa de su independencia y ética profesional.

Como ya se indicó, el orden de las secciones «Opinión» y «Fundamento de la opinión» debe respetarse en todo caso. La NIA-ES 700 revisada recoge también los elementos que se describen a continuación, presentándolos en el orden siguiente que, según la propia norma, también debe respetarse, salvo que, en circunstancias especiales, el auditor considere que una modificación en el mismo contribuya a una mejor comprensión por parte de los usuarios.

5. **Incertidumbre material en relación con la empresa en funcionamiento.** Este elemento deberá incorporarse al informe cuando se den las circunstancias previstas en la NIA-ES 570 revisada «Empresa en funcionamiento». Según dicha norma, el auditor debe obtener evidencia suficiente y adecuada sobre la adecuada utilización del principio de empresa en funcionamiento por parte de la entidad auditada y concluir si existen incertidumbres que puedan generar dudas significativas e informar de conformidad con dicha NIA.

Si el auditor concluye que es adecuada la aplicación del principio, pero existen incertidumbres significativas sobre la continuidad de la empresa y se da la circunstancia de que esta las revela adecuadamente en sus estados financieros, incluirá en su informe esta sección titulada «Incertidumbre material relacionada con la empresa en funcionamiento» en la que remitirá a la nota explicativa de los estados financieros donde la empresa revela tal información y manifestará que esta circunstancia no modifica su opinión.

Las incertidumbres por continuidad de la entidad auditada adecuadamente reflejadas por la empresa ya son un elemento contemplado en la NIA-ES 706 original. En concreto, según esa norma tienen la consideración de párrafo de énfasis que obligatoriamente debe ser incluido por el auditor en su informe a continuación del párrafo de opinión y sin que afecte a la misma.

Por tanto, no se trata de un elemento nuevo, sino de un elemento que ha pasado a tener entidad propia, perdiendo su anterior consideración de párrafo de énfasis y reubicando su posición en el informe.

6. **Cuestiones clave de la auditoría.** Este componente sí que constituye una verdadera ampliación en el contenido del informe de auditoría pues es un nuevo apartado que deben pasar a incorporar los informes de auditoría de todas las entidades a consecuencia de lo establecido en la nueva NIA-ES 701, «Comunicación de cuestiones clave de la auditoría en el informe de auditoría emitido por un auditor independiente».

La NIA-ES 701 define las cuestiones clave como aquellas que a juicio del auditor han sido de mayor significatividad en la auditoría del periodo actual. El propósito de la comunicación de

estas cuestiones es, según la propia norma, mejorar el valor comunicativo del informe de auditoría al proporcionar mayor transparencia sobre el trabajo realizado, además también puede ayudar a los usuarios a conocer mejor la entidad auditada y aquellas áreas de sus estados financieros en las que la dirección aplica juicios significativos.

El auditor determinará entre las siguientes cuestiones, comunicadas a los responsables del gobierno de la entidad, aquellas que considera que son de mayor significatividad en relación con la auditoría del ejercicio actual y procederá a su comunicación en el informe de auditoría como cuestiones clave:

- a) Las áreas de mayor riesgo valorado de incorrección material o los riesgos significativos identificados.
- b) Los juicios significativos del auditor en aquellas áreas que han requerido la realización de juicios significativos por parte de la dirección, incluyendo las estimaciones contables en las que existe un alto grado de incertidumbre en la estimación.
- c) El efecto en la auditoría de hechos o transacciones significativos ocurridos en el periodo, como las transacciones significativas con partes vinculadas, las ajenas al curso normal del negocio o las que resulten inusuales.

Como precisiones respecto al contenido de esta sección la norma señala:

- 1. Que en las auditorías de las entidades no EIP solo será obligatoria la comunicación de las cuestiones clave referenciadas en el apartado a) y en tal caso la sección se denominaría «Riesgos más significativos» en lugar de «Cuestiones clave». No obstante, voluntariamente podrán tenerse en cuenta las circunstancias descritas en los apartados b) y c).
- 2. Aunque las salvedades causantes de opiniones modificadas y las incertidumbres significativas por continuidad adecuadamente reveladas son por su naturaleza e incidencia cuestiones clave, su entidad hace que esté prevista su presentación individualizada en el informe, en las ya comentadas secciones de fundamento de la opinión y de empresa en funcionamiento, respectivamente. Por ello, en la sección de «Cuestiones clave» no se describen sino que solo se remite a sus correspondientes secciones (apartado 15).
- 3. La sección «Cuestiones clave» (o en su caso «Riesgos más significativos») es, en principio, obligatoria en todo informe², pues en el caso de que el auditor determine que no hay cuestiones clave que comunicar o que las únicas son las detalladas en

² No obstante, cuando la opinión recogida en el informe sea denegada, la NIA-ES 705 revisada (apartado A26) prohíbe al auditor comunicar cuestiones clave, a menos que así lo requieran disposiciones legales o reglamentarias, por considerar que la comunicación de cualquier otra cuestión clave distinta de las que originaron la denegación de opinión podría dar a entender a los usuarios que los estados financieros en su conjunto son más creíbles en relación con esas cuestiones.

el párrafo de fundamento o en el de empresa en funcionamiento la sección «Cuestiones clave» incluirá una afirmación en este sentido (apartado 16)³.

7. **Otra información.** La NIA-ES 700 revisada indica que el auditor informará de la otra información que acompañe a las cuentas anuales auditadas en una sección separada de su informe de conformidad con la NIA 720 revisada, «Responsabilidades del auditor con respecto a otra información». El alcance de dicha NIA matiza que el término «otra información» afecta únicamente a aquella que la entidad auditada presenta acompañando a las cuentas anuales objeto de auditoría, siempre que dicha información consista en estados o documentos que sean requeridos por disposiciones legales o reglamentarias⁴. Conforme a esta definición dentro de la otra información se englobaría el informe de gestión que acompañe a las cuentas anuales de las sociedades de capital.

Cuando exista otra información acompañando a las cuentas anuales, el informe de auditoría incluirá esta sección titulada «Otra información» (u «Otra información: informe de gestión» si este es el único integrante de la misma).

Conforme a la NIA-ES 720 revisada el objetivo del auditor no es opinar sobre la otra información, sino considerar si existen incongruencias entre la misma y los estados financieros o incorrecciones en la otra información, pues tales hechos podrían menoscabar la credibilidad de los estados financieros, e informar adecuadamente de estas circunstancias. La sección «Otra información» incluirá, con carácter general⁵:

- Una declaración de que la dirección es la responsable de la otra información.
- La identificación de la otra información obtenida por el auditor.
- Una declaración de que la opinión del auditor no cubre la otra información y que no expresa opinión sobre esta.

³ Sin embargo, la NIA-ES 706 revisada, a la hora de describir el posicionamiento en el informe de los párrafos de énfasis y otras cuestiones hace referencia a la posibilidad de que no exista sección «Cuestiones clave» (apartado A16) y además recoge en su anexo 4 un ejemplo de informe de auditoría sin sección de «Cuestiones clave». Esta aparente contradicción en el contenido de NIA requiere ser clarificada.

⁴ La norma matiza que también podrá aplicarse voluntariamente en aquellas situaciones excepcionales en las que otra información acompañe a las cuentas anuales por razones de índole mercantil o financiero, tales como la concurrencia a licitaciones internacionales o para obtener recursos en mercados financieros regulados.

⁵ En el caso de que el auditor emita un informe con opinión denegada la NIA-ES 705 revisada (apartado A26) prohíbe, salvo que disposiciones legales o reglamentarias así lo exijan, la inclusión en el mismo del apartado «Otra información» por cuanto la inclusión del mismo resultaría incongruente con la abstención de opinión del auditor sobre los estados financieros en su conjunto.

- Una descripción de las responsabilidades del auditor respecto a la otra información.
- Una declaración de que el auditor no tiene nada de lo que informar respecto a la otra información o, de existir, una descripción de las incorrecciones materiales detectadas y no corregidas.

En relación con el informe de gestión deben cumplirse los requerimientos del artículo 5.1 f) de la LAC debiendo pronunciarse sobre dos aspectos:

- a) Su concordancia con las cuentas correspondientes al mismo ejercicio.
- b) Sobre si el contenido y presentación de dicho informe de gestión es conforme con lo requerido por la normativa que resulte de aplicación, y se indicarán, en su caso, las incorrecciones materiales que se hubiesen detectado a este respecto.

Los principales cambios de la NIA-ES 720 revisada que han tenido efecto en la redacción del informe de auditoría de cuentas anuales son:

- En la NIA-ES 700 inicial, el informe de gestión se trataba de forma separada a la otra información. Debiendo figurar en el informe de auditoría de cuentas anuales un último párrafo relativo al mismo y denominado «Informe sobre otros requerimientos legales y reglamentarios». Conforme a la NIA-ES 700 revisada, el informe de gestión se considerará conjuntamente con cualquier otra información presentada por la entidad auditada y se hará referencia a toda la otra información en esta sección del informe. Además, las exigencias informativas respecto al informe de gestión se amplían, al requerir al auditor que se pronuncie no solo sobre su concordancia con las cuentas anuales sino también respecto a la de su contenido con la normativa aplicable.
- La sección titulada «Informe sobre otros requerimientos legales y reglamentarios» sigue existiendo, pero su contenido ya no hace referencia al informe de gestión, como en la NIA-ES 700 inicial, sino a otras responsabilidades que asuma el auditor, como indicaremos más adelante.

8. Responsabilidades de la dirección en relación con los estados financieros. En esta sección el auditor manifestará que la dirección de la entidad auditada es responsable de:

- a) La formulación de los estados financieros de conformidad con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación y del control interno que consideren necesario para permitir la preparación de estados financieros libres de incorrecciones materiales por fraude o error.
- b) La valoración de la capacidad de la entidad para continuar como empresa en funcionamiento y la adecuada revelación en los estados financieros de las cuestiones relacionadas con dicho principio, caso de ser necesaria.

- c) Si la entidad auditada cuenta con responsables de la supervisión del proceso de formulación de la información financiera (como la comisión de auditoría u órganos equivalentes) los identificará y en este caso el título de la sección se referirá también a los mismos.

En la NIA-ES 700 inicial este párrafo era el segundo del informe y solo contenía el primero de los ítems informativos requeridos en su versión revisada. Luego este elemento se reubica y además amplía su contenido al clarificar en mayor medida las responsabilidades del cliente.

9. Responsabilidades del auditor en relación con la auditoría de los estados financieros. En esta sección del informe de auditoría el auditor:

- a) Manifestará que sus objetivos son obtener una seguridad razonable sobre si los estados financieros en su conjunto están libres de incorrección material y emitir un informe que contenga su opinión.
- b) Aclarará que la seguridad razonable implica un alto grado de seguridad, pero no garantiza la total detección de incorrecciones materiales.
- c) Manifestará que las incorrecciones pueden deberse a fraude o a error describiendo que se considera que son materiales cuando sean susceptibles de influir en las decisiones de los usuarios y proporcionará una definición de la importancia relativa.
- d) Manifestará que aplica su juicio profesional manteniendo una actitud de escepticismo profesional.
- e) Describirá en qué consiste la auditoría indicando que son sus responsabilidades: (i) Identificar y valorar los riesgos de incorrección material, diseñar y aplicar procedimientos para responder a los mismos y obtener evidencia para fundamentar su opinión. (ii) Conocer el control interno a fin de diseñar procedimientos de auditoría adecuados y no para opinar sobre su eficacia. (iii) Evaluar la adecuación de las políticas contables aplicadas, la razonabilidad de las estimaciones contables y de la información revelada. (iv) Concluir sobre la adecuada utilización del principio de empresa en funcionamiento. (v) Evaluar la adecuada presentación de los estados financieros.
- f) En auditorías de estados financieros de grupos matizar las responsabilidades del auditor del grupo.
- g) También manifestará: (i) que se comunica con los responsables de gobierno de la entidad y en el caso de auditorías de entidades de interés público manifestará también (ii) que proporciona a los responsables de gobierno de la entidad una declaración del cumplimiento del deber de independencia y demás requerimientos de ética y (iii) que el auditor ha determinado cuáles son las «cuestiones clave» a recoger en el informe de auditoría.

Este es el componente que más ha cambiado en el informe, no solo por su cambio de posición sino por la ostensible ampliación de la comunicación del alcance de las responsabilidades del auditor. Habida cuenta de lo extenso de su contenido, la NIA-ES 700 revisada permite al auditor optar por dos posibles ubicaciones en el informe:

- En el cuerpo del documento en la sección indicada, o
- Como anexo al informe, en cuyo caso se mantiene la sección en el informe para remitir al mismo.

En nuestra opinión, dado que el contenido de la sección es muy amplio y únicamente reproduce, sin añadir ninguna consideración adicional, las responsabilidades del auditor recogidas en la normativa reguladora, su incorporación a modo de anexo contribuirá a la mejor presentación y más fácil manejo del documento, pues solo será necesaria la lectura del mismo para aquellos usuarios que precisen aclarar las responsabilidades del auditor.

10. Otras responsabilidades de información. Esta sección deberá incluirse como la última del informe, con el título «Informe sobre otros requerimientos legales y reglamentarios»⁶, siempre que el auditor cumpla con otras responsabilidades de información además de las específicamente requeridas en las NIA. En concreto, deberá existir en todo caso en los informes de auditoría de cuentas anuales relativos a EIP, en los que contendrá, al menos, tres apartados titulados:

- «Informe adicional para la comisión de auditoría», donde el auditor confirmará que la opinión del informe de auditoría es coherente con lo que se recoge en este informe adicional.
- «Periodo de contratación» que, para dar cumplimiento a lo requerido en el artículo 10.2 b) del Reglamento (UE) n.º 537/2014, indicará la fecha de designación y el periodo total de contratación ininterrumpida del auditor, incluyendo las renovaciones y designaciones realizadas con anterioridad.
- «Servicios prestados» en el que, igualmente de conformidad con el artículo 10.2 b) del Reglamento (UE) n.º 537/2014, se indicarán todos los otros servicios que se hayan prestado a la entidad auditada de los que no se haya informado en el informe de gestión o en los estados financieros.

Como ya se indicó, el elemento «Informe sobre otros requerimientos legales y reglamentarios» ya existía en la NIA-ES 700 inicial, sin embargo su contenido ha variado, pues en dicha

⁶ Su presencia en el informe implica que el título «Informe de auditoría independiente de cuentas anuales» lleve como subtítulo «Informe sobre las cuentas anuales».

norma su finalidad era que el auditor se pronunciase acerca de la concordancia entre cuentas anuales e informe de gestión. Conforme a la NIA-ES 700 revisada la información relativa al informe de gestión se reubica a la sección «Otra información», reservándose esta última sección del documento para informar sobre otros requerimientos exigidos al auditor y cobrando especial relevancia en los informes de auditoría de EIP, donde su presencia es obligada al estar este sujeto a tales exigencias por la LAC y el Reglamento (UE) n.º 537/2014.

11. **Nombre del socio del encargo.** Se incluirá el nombre del auditor o auditores bajo cuya responsabilidad se emite el informe.

Los restantes elementos se mantienen sin variaciones respecto a la NIA-ES 700 inicial:

12. **Firma del auditor.** Conforme a la LAC (2015, arts. 5.3 y 11.3) el informe de auditoría de cuentas anuales será emitido bajo la responsabilidad de quien o quienes lo hubieran realizado, y deberá estar firmado por estos. La dirección y firma de los trabajos de auditoría realizados por una sociedad de auditoría de cuentas corresponderá, en todo caso, a uno o varios auditores de cuentas que pueden ejercer la actividad de auditoría en España y que estén designados por la sociedad para realizar la auditoría y para firmar el informe en su nombre.
13. **Dirección del auditor.** Deberá figurar en el informe el domicilio profesional o social del auditor de cuentas o sociedad de auditoría y sus números de inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC).
14. **Fecha del informe.** No será anterior a la fecha en que el auditor haya obtenido la evidencia en la que basar su opinión y delimita su responsabilidad respecto a la revisión de hechos posteriores.

3.2. OTROS ELEMENTOS EN EL INFORME: PÁRRAFOS DE ÉNFASIS Y DE OTRAS CUESTIONES (NIA-ES 706 REVISADA). DESCRIPCIÓN Y PRINCIPALES CAMBIOS

La NIA-ES 706 revisada define estas comunicaciones que el auditor puede considerar necesario incorporar a su informe en los mismos términos que lo hacía su redacción original:

- **Párrafo de énfasis.** Párrafo incluido en el informe de auditoría que se refiere a una cuestión adecuadamente presentada o revelada en los estados financieros y que, a juicio del auditor, es de tal importancia que resulta fundamental para que los usuarios los comprendan adecuadamente. Como ejemplos de circunstancias en las que el auditor puede considerar necesario incluir un párrafo de énfasis señala, entre otros: incertidumbres significativas adecuadamente reveladas en los estados financieros,

en todo caso distintas a las que afectan al principio de empresa en funcionamiento, o catástrofes graves con efecto significativo en la situación financiera de la entidad.

- **Párrafo sobre otras cuestiones.** Incluido en el informe de auditoría para referirse a una cuestión distinta de las presentadas o reveladas en los estados financieros y que, a juicio del auditor, es relevante para que los usuarios comprendan la auditoría, las responsabilidades del auditor o el informe de auditoría.

Continúan siendo, por tanto, componentes del informe que no afectan a la opinión del auditor y que mantienen su consideración inicial de «Otros elementos» por cuanto, con carácter general, su inclusión en el informe queda a juicio del auditor⁷.

Las principales novedades que se producen en relación con estos elementos son las relativas a su ubicación en el informe. En la versión original de la NIA-ES 706 se delimitaba claramente su posicionamiento, los de énfasis se colocaban inmediatamente a continuación del párrafo de opinión y los de otras cuestiones se situaban debajo del párrafo de opinión y, de existir, de los de énfasis⁸.

Sin embargo, la versión revisada de la norma confiere mayor arbitrariedad al auditor, señalando que la ubicación de estos componentes en el informe depende de la naturaleza de la información que se va a comunicar y del juicio del auditor sobre la significatividad relativa de dicha información para los usuarios en comparación con los otros elementos básicos del informe.

A pesar de lo anterior, la norma sí da orientaciones sobre las posibles ubicaciones de estos componentes, señalando que los párrafos de énfasis se podrán situar inmediatamente antes o inmediatamente después de la sección «Cuestiones clave», atendiendo al juicio del auditor respecto a la significatividad de la información enfatizada.

Para los párrafos de otras cuestiones la norma señala dos posibles posiciones según el contenido de la información que comuniquen:

- Si pretenden llamar la atención sobre cuestiones relacionadas con otras responsabilidades de información recogidas en el informe, el párrafo de otras cuestiones puede incluirse en la sección «Informe sobre otros requerimientos legales y reglamentarios».

⁷ La NIA-ES 706 revisada incorpora como anexo la relación de NIA-ES que exigen la incorporación de párrafos de énfasis (NIA-ES 210, «Acuerdo de los términos del encargo de auditoría» y NIA-ES 560, «Hechos posteriores al cierre») o de otras cuestiones (NIA-ES 560, «Hechos posteriores al cierre», NIA-ES 710, «Información comparativa» y NIA-ES 720, «Responsabilidades del auditor respecto a otra información incluida en los documentos que contienen los estados financieros auditados»).

⁸ Si bien esta es la posición habitual de estos párrafos, la NIA-ES 706 ofrece distintas posiciones alternativas atendiendo al contenido de la información que pretenden transmitir. No obstante, en todas ellas se sitúan a continuación del párrafo de opinión y, de existir, de los de énfasis.

- Cuando afecten a todas las responsabilidades del auditor o a la comprensión del informe pueden incluirse como una sección separada, a continuación del informe de auditoría sobre estados financieros y del informe sobre otros requerimientos legales y reglamentarios.

Sin embargo, si bien no se recoge en el texto de la norma, en un ejemplo de informe con párrafo de otras cuestiones recogido en el anexo 3 de la misma se sitúa este párrafo debajo de las «Cuestiones clave». Entendemos que, por comparación con la versión original de la norma, esta sería su ubicación general, quedando por matizar, como hacía esa versión, que en caso de existir también párrafos de énfasis que el auditor hubiese decidido incorporar debajo de las «Cuestiones clave» el párrafo de otras cuestiones se situaría a continuación de estos.

Para concluir a modo de síntesis, recogemos en el **cuadro 4** un resumen comparado de la estructura y contenido de los informes de auditoría actuales y futuros en el que se aprecian tanto la reordenación de los elementos como los cambios en la composición del documento.

Cuadro 4. Resumen de los principales cambios

NIA-ES 700, 705 y 706		NIA-ES revisadas 700, 705 y 706 + NIA 701	
Título del informe		Título del informe	
Identificación de los destinatarios		Identificación de los destinatarios	
Párrafo introductorio	• Identificación de la entidad auditada. • Integrantes de las cuentas anuales y periodo/s a que van referidas.	Párrafo opinión	• Contenido del párrafo introductorio. • Opinión del auditor.
Responsabilidad de la dirección	• Adecuada formulación de las cuentas anuales. • Implantación y mantenimiento de un buen control interno.	Párrafo de fundamento de la opinión	• Pasa a estar presente en todos los informes incluido el favorable. Incluirá: – Manifestación de que el trabajo se realizó conforme a la normativa auditora. – Remisión al nuevo apartado de descripción de responsabilidad del auditor. – Declaración de independencia del auditor (NUEVO). – Referencia a la obtención de evidencia suficiente y adecuada para fundamentar la opinión. – En opiniones modificadas incorporará párrafo/s para describir las causas y, de ser posible, cuantificar sus efectos sobre las cuentas anuales.
Responsabilidad del auditor	• Opinar sobre las cuentas anuales. • Cumplir las normas de auditoría. • Describir su trabajo. • Obtener evidencia suficiente y adecuada para fundamentar la opinión.		
Párrafo de fundamento de la opinión modificada	Solo presente en opiniones distintas de la favorable y para explicar las causas y, de ser posible, cuantificar sus efectos sobre las cuentas anuales.	Empresa en funcionamiento	Deja de ser un énfasis obligatorio para convertirse en esta sección obligatoria cuando existan incertidumbres por continuidad adecuadamente reveladas en los estados financieros.
		.../...	

NIA-ES 700, 705 y 706	NIA-ES revisadas 700, 705 y 706 + NIA 701
Título del informe	Título del informe
Identificación de los destinatarios	Identificación de los destinatarios
.../...	
Párrafo de opinión	Cuestiones clave en la auditoría Apartado nuevo y obligatorio en todas las auditorías. • Para EIP se comunicarán riesgos más significativos de incorrección material y otras cuestiones que el auditor haya considerado clave. • Para entidades no EIP solo existe el deber de comunicar los riesgos más significativos de incorrección material.
Párrafos de énfasis y de otras cuestiones	Párrafos de énfasis y de otras cuestiones Mantienen contenido y finalidad. Se admiten posiciones alternativas: • Énfasis: pueden ir delante o detrás de cuestiones clave en función de la significación que les atribuya el auditor. • Otras cuestiones: pueden situarse en función de su contenido, (1) detrás de cuestiones clave, y de existir, de énfasis, (2) como parte del informe sobre otros requerimientos legales o reglamentarios o (3) como sección separada debajo de este último.
.../...	

NIA-ES 700, 705 y 706	NIA-ES revisadas 700, 705 y 706 + NIA 701	
Título del informe	Título del informe	
Identificación de los destinatarios	Identificación de los destinatarios	
.../...		
Informe sobre otros requerimientos legales o reglamentarios	Párrafo relativo al informe de gestión en el que el auditor se pronunciaba acerca de la concordancia entre su contenido y el de las cuentas anuales.	Otra información Sección obligatoria cuando la entidad auditada acompañe sus cuentas anuales de otra información, entre la que se incluye el informe de gestión respecto al cual se exige pronunciamiento acerca de la concordancia de su contenido con cuentas anuales y con los requerimientos normativos aplicables.
Firma del auditor Dirección y datos registrales del auditor Fecha de emisión del informe		Se mantienen las relativas a la formulación de las cuentas anuales y el control interno. Se añaden: • Valoración de la continuidad de la empresa. • Identificación de supervisores de información financiera, caso de existir.
		• Es el apartado que más amplía su contenido al tener el auditor que detallarlas expresamente en mucha mayor medida. • La sección puede pasar a recogerse como anexo al informe
		• Cambia su finalidad, pues ya no hace referencia al informe de gestión.
		.../...

NIA-ES 700, 705 y 706	NIA-ES revisadas 700, 705 y 706 + NIA 701
Título del informe	Título del informe
Identificación de los destinatarios	Identificación de los destinatarios
.../...	Informe sobre otros requerimientos legales o reglamentarios (cont.) • Sección obligatoria en informes de auditoría de EIP al exigir la legislación tales requerimientos a sus auditores. • En entidades que no sean EIP solo existirá si se le formulan al auditor tales requerimientos.
	Nombre del auditor o auditores bajo cuya responsabilidad se emite el informe Firma del auditor Dirección y datos registrales del auditor Fecha del informe de auditoría
	Fuente: elaboración propia a partir de NIA-ES 700, 705 y 706 y sus versiones revisadas.

4. CONCLUSIONES

Las versiones revisadas de las NIA-ES relativas a informes de auditoría, sometidas a información pública mediante Resolución del ICAC de 15 de julio de 2016, redundarán en profundos cambios en la estructura y contenido de los informes de auditoría que acompañarán a las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios económicos 2017 y sucesivos. Dichos cambios son de naturaleza tanto cualitativa como cuantitativa, permaneciendo invariables tanto los posibles tipos de opinión como sus factores determinantes.

En términos cualitativos cabe destacar el cambio en el orden de presentación de las secciones del informe. En este sentido, se pretende pasar del enfoque actual centrado en el proceso, que comienza con la descripción del alcance del trabajo, la delimitación de las responsabilidades de las partes, la exposición de las razones que llevan a concluir en una opinión y la descripción de la misma, a un nuevo enfoque de resultado, donde se da prioridad a la descripción de la opinión emitida y su fundamento, quedando en segundo término la delimitación de las responsabilidades de las partes.

En lo que a cambios de naturaleza cuantitativa se refiere destacan dos: (1) La necesidad de preparar informes de auditoría diferenciados cuando la entidad auditada sea una EIP y (2) los cambios en la composición del documento.

Con respecto a la primera cuestión, es la primera vez que, debido a la existencia de un marco normativo diferenciado para las EIP, la naturaleza de la entidad auditada condiciona la cantidad de información a divulgar por el auditor. En concreto, los informes de auditoría de las EIP tendrán el mismo contenido que el del resto de entidades al que se añadirá información relativa al periodo de contratación, a los otros servicios prestados a la entidad auditada y una confirmación de la coherencia entre el contenido del informe de auditoría y el informe adicional que deben suministrar a la comisión de auditoría u órgano equivalente de la entidad auditada. Además, se exige la comunicación de todas las «Cuestiones clave» de la auditoría y no solo de los riesgos significativos, como ocurrirá en las auditorías de las entidades que no sean EIP.

Por su parte, los cambios que afectarán a la composición del informe son:

- La incorporación de una nueva sección dedicada a la descripción de «Cuestiones clave de la auditoría» (riesgos significativos para entidades no EIP), cuyo propósito es incrementar el valor comunicativo del documento al aportar mayor transparencia al trabajo realizado.
- El cambio de finalidad de la sección «Informe sobre otros requerimientos legales y reglamentarios», que dejará de cumplir con su función actual de recoger el pronunciamiento del auditor acerca de la concordancia entre el informe de gestión y las cuentas anuales a las que acompaña, cosa que continuará haciéndose de forma más extensa en la sección denominada «Otra información», para pasar a informar de aquellos requerimientos que, además de los expresamente exigidos por las NIA,

recaigan sobre el auditor, resultando por ello de obligada presencia en los informes de auditoría de EIP.

- Hay secciones que pasan a tener entidad propia y otras que la pierden. En concreto, las incertidumbres por continuidad, que dejan de ser un párrafo de énfasis obligatorio para ser una sección independiente, y el actual párrafo introductorio del informe, que pasará a integrarse en el párrafo de opinión.
- Y, finalmente, hay elementos que amplían considerablemente la información que deben comunicar. Tal es el caso del párrafo de fundamento de la opinión del auditor, que además deberá estar presente en todos los informes y no solo en los modificados, y de las secciones relativas a las responsabilidades de la dirección y sobre todo del auditor, dándose para esta última la opción de que, dada la extensión de su tamaño, pueda presentarse a modo de anexo del informe.

Así pues, si bien el cambio de orden en la presentación del documento parecía relegar a un segundo plano la información relativa a la descripción del trabajo o de las responsabilidades de las partes, el análisis de los cambios de índole cuantitativa desdice ese pronóstico pues, por un lado, los nuevos elementos que se incorporan al informe lo hacen precisamente con la finalidad de incrementar el valor comunicativo del documento y, por otro, entre los que amplían la cantidad de información a revelar el que lo hace en mayor medida es la sección que describe las responsabilidades del auditor.

En definitiva, los nuevos informes de auditoría pasarán a ser documentos de mayor extensión que los actuales, tendrán un contenido ampliado cuando la entidad auditada tenga la consideración de EIP y presentarán la información dando prioridad a la comunicación del resultado, pero sin menoscabar la descripción del proceso al que aportarán mayor grado de transparencia.

Bibliografía

Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables.

Directiva 2006/43/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo.

Directiva 2014/56/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas.

Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas (BOE de 15 de julio).

Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa comunitaria (BOE de 1 de julio).

Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas (BOE de 21 de julio).

NIA-ES 570 (revisada), «Empresa en funcionamiento» (BOICAC n.º 106).

NIA-ES 700, «Formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre los estados financieros» (BOICAC n.º 95).

NIA-ES 700 (revisada), «Formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre los estados financieros» (BOICAC n.º 106).

NIA-ES 701, «Comunicación de las cuestiones clave de la auditoría en el informe de auditoría emitido por un auditor independiente» (BOICAC n.º 106).

NIA-ES 705, «Opinión modificada en el informe emitido por un auditor independiente» (BOICAC n.º 95).

NIA-ES 705 (revisada), «Opinión modificada en el informe emitido por un auditor independiente» (BOICAC n.º 106).

NIA-ES 706, «Párrafo de énfasis y párrafos sobre otras cuestiones en el informe emitido por un auditor independiente» (BOICAC n.º 95).

NIA-ES 706 (revisada). Párrafo de énfasis y párrafos sobre otras cuestiones en el informe emitido por un auditor independiente» (BOICAC n.º 106).

NIA-ES 720 (revisada), «Responsabilidades del auditor con respecto a otra información» (BOICAC n.º 106).

Reglamento (UE) n.º 537/2014 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE

Resolución de 19 de enero de 1991, del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las Normas Técnicas de Auditoría (BOICAC n.º 4).

Resolución de 21 de diciembre de 2010, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la modificación de la sección 3 de las Normas Técnicas de Auditoría, publicadas por Resolución de 19 de enero de 1991 (BOICAC n.º 36).

Resolución de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España (NIA-ES) (BOICAC n.º 95).

Resolución de 15 de julio de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se somete a información pública la modificación de las Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España (NIA-ES) 260, 510, 570, 700, 705, 706, 720 y 805; así como la incorporación de una nueva NIA-ES, la 701, y la modificación del glosario de términos (BOICAC n.º 106).

LAS NUEVAS NORMAS CONTABLES DE ARRENDAMIENTOS: CAUSAS Y POTENCIALES EFECTOS ECONÓMICOS

Belén Gill de Albornoz Noguera

Profesora Titular. Universitat Jaume I

Simona Rusanescu

Doctoranda. Universitat Jaume I

Paula Cabedo Cortés

Licenciada. Universitat Jaume I

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Germán DE LA FUENTE ESCAMILLA, don Eric DAMOTTE, doña Clara I. MUÑOZ COLOMINA, don Alfonso OSORIO ITURMENDI y don Alberto PLACENCIA PORRERO.

EXTRACTO

La contabilidad de los arrendamientos es objeto de debate desde hace décadas. Las distintas posiciones se encuentran entre dos extremos: reconocer activos y pasivos en el balance o revelar información en las notas. Las normas vigentes en las últimas décadas establecen un modelo mixto, que obliga a clasificar los arrendamientos entre operativos o financieros, exigiendo para los primeros revelar información y para los segundos reconocer activo y deuda. Pero, fundamentalmente debido a las deficiencias detectadas en su aplicación práctica, en 2006 el IASB y el FASB comenzaron un proyecto conjunto para cambiarlas. El proceso, largo y no exento de polémica, finalizaba con la emisión de sendas nuevas normas a comienzos de 2016 (la NIIF 16 y la ASU 2016-02). El objetivo fundamental de este trabajo es explicar este proceso para ayudar a comprender las razones de este importante cambio normativo, así como sus potenciales efectos económicos. Es indudable que esto es necesario para evaluar la idoneidad de implementar este cambio en el modelo contable español.

Palabras clave: arrendamientos, NIC 17, NIIF 16, IASB, FASB y cambios normativos.

Fecha de entrada: 30-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016

THE NEW ACCOUNTING STANDARDS FOR LEASES: CAUSES AND POTENTIAL ECONOMIC EFFECTS

Belén Gill de Albornoz Noguer

Simona Rusanescu

Paula Cabedo Cortés

ABSTRACT

Lease accounting has been controversial for decades. The alternative accounting treatments are in between two extreme positions: recognizing assets and liabilities in the balance sheet, or disclosing the information in the notes to financial statements. The standards in place during the last decades establish a mixed model that classifies leases into operating or financial, requiring disclosing information for the former and recognizing assets and liabilities for the latter. However, mainly due to the deficiencies in their practical implementation, in 2006 the IASB and the FASB started a project to change the lease accounting standards. This long and disputed process ended up at the beginning of 2016 with the publication of IFRS 16 and ASU 2016-02. This article aims to explain the causes of this crucial accounting regulatory change in order to help to the understanding of its reasons, as well as its potential economic consequences. This is necessary in order to assess whether this change should be implemented in the Spanish accounting standards.

Keywords: leases, IAS 17, IFRS 16, IASB, FASB and regulatory changes.

Sumario

1. Introducción
2. El debate sobre la contabilidad de los arrendamientos y las razones del cambio normativo
3. Las nuevas normas sobre arrendamientos
 - 3.1. Aspectos clave y diferencias
 - 3.2. Impacto de las nuevas normas sobre los estados financieros
4. Los potenciales efectos económicos de las nuevas normas: costes y beneficios
 - 4.1. El potencial impacto en la estrategia de negocio: ¿Por qué utilizan las empresas los arrendamientos (operativos)?
 - 4.2. La perspectiva de los preparadores: Los costes de la implementación
 - 4.3. La perspectiva de los usuarios: El impacto sobre la utilidad de la información
5. Los problemas de un modelo basado únicamente en la revelación de información: Evidencia en las empresas españolas cotizadas
 - 5.1. Muestra
 - 5.2. La información divulgada sobre arrendamientos
 - 5.3. Estimación de la deuda por arrendamiento operativo
6. Conclusiones

Bibliografía

*One of my great ambitions before I die is to fly in
an aircraft that is on an airline's balance sheet*

Sir David P. TWEEDIE (expresidente del IASB, 2001-2011)

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de la gran diversidad en cuanto a su estructura, el tipo de cláusulas que pueden incorporar y las normas específicas que los regulan en cada país, todo contrato de arrendamiento tiene una característica básica: existe un acuerdo entre dos partes en virtud del cual una de ellas (el arrendatario) adquiere el derecho a utilizar un bien específico, propiedad de la otra parte (el arrendador), durante un tiempo determinado a cambio de una contraprestación.

Independientemente de su tratamiento contable, los incentivos económicos del arrendamiento lo convierten en una alternativa atractiva a la compra (SMITH y WAKEMAN, 1985). Por un lado, el arrendamiento constituye una fuente de financiación adicional, ya que permite acceder al uso de los bienes necesarios para llevar a cabo la actividad sin disponer del capital para su adquisición y/o poder dedicar el capital disponible a diversificar en otros proyectos. Por otro lado, la flexibilidad que proporciona arrendar, mediante las distintas opciones que suelen incluirse en estos contratos –como prórrogas, cláusulas de rescisión o pagos contingentes ligados a la evolución de la actividad o al uso del bien, etc.– permite reducir la exposición de la compañía a los riesgos asociados con la propiedad del activo, como la obsolescencia técnica o los *shocks* de demanda. Estas razones, junto con sus ventajas fiscales, explican la enorme importancia de estas transacciones en la economía global. Según *Leaseurope*, la inversión europea nueva en *leasing* ascendió en 2014 a más de 275.000 millones de euros, algo más del 2 % del producto interior bruto de la Unión Europea. El uso generalizado de los arrendamientos por todo tipo de empresas de sectores diversos justifica que se preste especial atención al debate sobre su contabilización. Un debate que el regulador contable español debe necesariamente abordar si quiere que nuestro Plan General de Contabilidad (PGC) siga en sintonía con el modelo del *International Accounting Standards Board* (IASB).

En efecto, el tratamiento contable de los arrendamientos es objeto de un debate histórico¹. En síntesis, podríamos encuadrar los distintos argumentos del debate en torno a dos posturas extremas: la primera consiste en no reconocer los activos y pasivos derivados de estos contratos, y proporcio-

¹ Una recopilación de los pronunciamientos y estudios sobre el tema publicados por el *American Institute of CPAs* (AICPA), el *Accounting Principles Board* (APB), la *Securities and Exchange Commission* (SEC), el *Financial Accounting Standards Board* (FASB), el IASB y el G4+1 (formado por los reguladores contables de Reino Unido, Canadá, Nueva Zelanda y Australia, además del FASB) desde los años 40 se puede encontrar en IASB (2007). El primer pronunciamiento referido en este documento data de 1949.

nar información sobre los mismos en las notas a los estados financieros; y la segunda defiende el reconocimiento en el balance de los activos y pasivos derivados de cualquier arrendamiento². Las normas que han estado vigentes durante las últimas décadas en numerosas jurisdicciones, encabezadas por el *Statement of Financial Accounting Standards* (SFAS) 13 (*Accounting for leases*, ASC Topic 840) (FASB, 1976) y la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 17 (Arrendamientos) (IASB, 1982)³, consideran un modelo mixto basado en la clasificación de los arrendamientos entre operativos y financieros, aplicándose a los operativos el tratamiento de revelación y el de capitalización a los financieros. Para muchos, fue una solución de compromiso en la que los defensores del tratamiento de capitalización hacían una cesión a sus detractores, permitiendo dejar fuera del balance algunas operaciones. Sin embargo, el debate continuó vivo tras la emisión de las normas, y resurgió con especial fuerza a comienzos del 2000, fundamentalmente a causa de lo que los reguladores de los mercados de capitales, liderados por la SEC norteamericana, consideraban una aplicación poco diligente de las normas existentes por parte de muchas compañías. Así, en el marco del *Memorandum of Understanding* (MoU) publicado en febrero de 2006, el IASB y el FASB comenzaban un proyecto conjunto para cambiar sus respectivas normas de arrendamientos⁴. Tras un largo y controvertido proceso, cuyos principales hitos están representados cronológicamente en la **figura 1**, el 13 de enero de 2016 el IASB publicaba la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 16, y su homólogo norteamericano hacía lo propio el 25 de febrero con la ASU 2016-02.

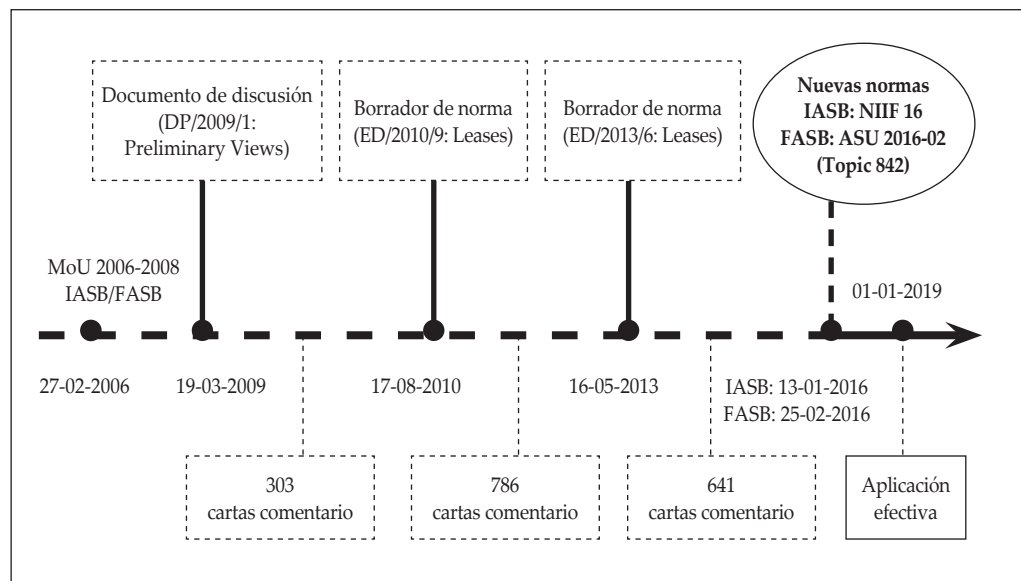
El objetivo de este trabajo es recopilar los elementos clave para entender las razones de este importante cambio normativo, así como sus potenciales efectos económicos. Para ello, el trabajo se estructura como sigue. Tras la presentación del tema y la descripción de los hechos realizada en esta introducción, en la segunda sección se recogen los principales argumentos del histórico debate sobre la contabilidad de los arrendamientos, y se describe brevemente el modelo contable desarrollado en la NIC 17 y el SFAS 13, así como las deficiencias detectadas en su aplicación. La sección tercera sintetiza los cambios incorporados en las nuevas normas del IASB y del FASB, así como las diferencias entre las normas finalmente emitidas por ambos reguladores. En la cuarta sección, nos apoyamos en los argumentos de las partes involucradas en el proceso y en los resultados que la literatura académica ha aportado al debate para identificar los principales costes y beneficios que se espera deriven de la implementación de estas nuevas normas. En la sección cinco se utiliza el contexto español de empresas cotizadas para ofrecer un análisis descriptivo de cómo las compañías revelan la información sobre arrendamientos operativos requerida por las normas. Además, utilizando varias metodologías generalmente aceptadas en la práctica se estima la deuda por arrendamiento mantenida fuera de balance. De este modo, se pretende ilustrar las consecuencias que tiene para el análisis financiero un modelo contable basado únicamente en la revelación de información. Finalmente, en la sexta sección se exponen las conclusiones.

² Planteamos la exposición desde la perspectiva del arrendatario, sobre la que fundamentalmente se ha centrado el debate.

³ La NIC 17 fue reformulada en 1997 y revisada de nuevo en 2003.

⁴ El trabajo conjunto de los dos reguladores había comenzado en 2002 con el Acuerdo Norwalk, en el que se comprometieron a trabajar para desarrollar un conjunto de normas de alta calidad, con el objetivo último de conseguir la convergencia entre sus respectivos modelos contables en el largo plazo.

Figura 1. Cronología del proyecto IASB-FASB sobre arrendamientos



2. EL DEBATE SOBRE LA CONTABILIDAD DE LOS ARRENDAMIENTOS Y LAS RAZONES DEL CAMBIO NORMATIVO

La contabilidad de los arrendamientos es un tema controvertido desde hace décadas (MONSON, 2001). La cuestión en el fondo del debate es si estos contratos deben o no generar el reconocimiento de activos y pasivos en el balance. Los defensores del enfoque de la capitalización, que supone el reconocimiento de activos y pasivos en todos los arrendamientos, mantienen que en todos los contratos de arrendamiento se genera un activo, al menos por el derecho de uso adquirido, y una deuda por los pagos comprometidos. En el otro extremo se encuentran los detractores del reconocimiento en el balance, quienes no rechazan la existencia de activos y pasivos, pero argumentan que las innumerables cláusulas y disposiciones legales que incorporan algunos de estos contratos hacen que la obligación que subyace a los mismos sea indeterminada e impredecible, y por lo tanto imposible de valorar de manera fiable (COOK, 1963). En este caso, la solución contable es proporcionar la información sobre los arrendamientos contratados en las notas a los estados financieros, dejando que, si así lo desean, sean los usuarios de la información financiera quienes estimen el valor de los activos y las deudas que surgen de los mismos.

Las normas vigentes durante las últimas cuatro décadas están a medio camino entre las dos posturas extremas, ya que adoptan un enfoque mixto, el denominado «modelo de propiedad» (*ownership model*), que implica capitalizar solo algunos arrendamientos. Este enfoque está ba-

sado en la clasificación de los arrendamientos entre financieros (o de capital) y operativos. Los primeros se capitalizan, mientras que los segundos solo generan el reconocimiento de gastos de explotación. La clasificación se basa en un principio básico: si los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo arrendado se transfieren sustancialmente al arrendatario, el arrendamiento se considera financiero (independientemente de su forma jurídica). Es decir, solo los arrendamientos que en esencia equivalen a la adquisición del bien arrendado generan el reconocimiento de activos y pasivos en el balance. Tanto el SFAS 13 como la NIC 17 proporcionan una guía detallada para hacer operativo el principio básico. Aunque son muy similares, hay una diferencia importante que, como se comentará después, afecta a la implementación de las normas: la norma del FASB establece reglas de tipo *bright line*. Por ejemplo, según el SFAS 13 un indicio de que un contrato de arrendamiento es financiero es que la duración del mismo sea superior al 75 % de la vida económica del bien. En cambio, la NIC 17 no establece reglas. Así, el mismo indicio de que el arrendamiento es financiero mencionado en la norma del FASB, la NIC 17 lo recoge indicando que la duración del contrato sea «la mayor parte de» la vida económica del bien.

El SFAS 13 y la NIC 17 han estado en entredicho prácticamente desde que vieron la luz, por dos razones fundamentales. La primera es la cuestión conceptual de fondo, que generaba la insatisfacción de los defensores del tratamiento de capitalización ante la «solución de compromiso» adoptada. Los defensores de la capitalización vieron además reforzada su postura cuando los reguladores contables elaboraron sus marcos conceptuales de la contabilidad, dado que la NIC 17 y el SFAS 13 son inconsistentes con sus definiciones de activo y pasivo (McGREGOR, 1996: 16-17)⁵. Efectivamente, según el Marco Conceptual de la Contabilidad son activos los «probables beneficios económicos futuros obtenidos o controlados por la entidad como resultado de transacciones o eventos pasados», y son pasivos los «probables sacrificios de beneficios económicos futuros derivados de obligaciones presentes de la entidad para transferir activos o proporcionar servicios a otra entidad en el futuro como resultado de transacciones o eventos pasados»⁶. Por lo tanto, dado que en los contratos de arrendamiento el arrendatario adquiere el control de probables beneficios económicos futuros y se obliga a probables sacrificios económicos futuros, conceptualmente, es indudable que estos contratos contienen activos y pasivos. En consecuencia, desde hace años se escuchan voces que claman por la desaparición de esa dualidad «artificial» en la contabilización de los arrendamientos.

La segunda razón son los problemas detectados desde hace años en la implementación práctica de las normas (DIETER, 1979). Los reguladores ven en el creciente y generalizado uso de los arrendamientos operativos observado a lo largo de las últimas décadas una inadecuada práctica contable derivada de las normas existentes, que generaban incentivos a estructurar los contratos de operaciones que en esencia eran arrendamientos financieros, de tal forma que pudieran clasificarse con-

⁵ El FASB fue el primero en elaborar su Marco Conceptual de la Contabilidad, recogido en una serie de pronunciamientos (*Concepts Statements*) que publicó en los 70. En los 80 le siguieron otros reguladores, que tomaron el del FASB como referencia. El Marco Conceptual del entonces IASC se publicó en 1989.

⁶ Las definiciones de activo y pasivo son similares en cualquier marco conceptual que consultemos.

tablemente como operativos, manteniéndose así la deuda fuera del balance⁷. Las posibilidades son mayores bajo un modelo contable basado en reglas como el norteamericano, que promueve el desarrollo de prácticas contables en las que el cumplimiento de la regla se convierte en lo importante. De hecho, el arrendamiento operativo es identificado como una de las principales fuentes de financiación fuera de balance utilizadas por las compañías norteamericanas (Forbes, 2005; SEC, 2005). Es esta «perversión» en la aplicación de la norma la que motivó que en el año 2006 el IASB y el FASB decidiesen abordar el cambio de las normas de arrendamientos, imponiéndose esta vez con contundencia el enfoque de capitalización. Desde el primer borrador de la norma, publicado en 2010, los reguladores dejaban clara su intención de eliminar las diferencias en el tratamiento contable de los arrendamientos financieros y operativos, para obligar a capitalizar «todos» los arrendamientos:

«The exposure draft proposes that lessees and lessors should apply a right-of-use model in accounting for all leases...» (IASB/FASB [2010], pág. 4.)

El modelo de derecho de uso (*right of use model*) que eligieron los reguladores se basa en la propuesta que dentro del enfoque de capitalización se había defendido con más fuerza, y que considera que el activo que se genera en todo contrato de arrendamiento es el derecho de uso del bien y, por tanto, las obligaciones son los pagos (actualizados) comprometidos para adquirir ese derecho. Otra propuesta que se consideró, también consistente con las definiciones de activo y pasivo, es el denominado «enfoque del activo total», según el cual el activo que surge del contrato de arrendamiento es el propio activo arrendado, y por tanto dentro de las obligaciones a reconocer también debía incorporarse la de devolver al arrendador el activo al final del contrato, a no ser que se prorrogase o renovase.

En el largo camino recorrido hasta la emisión de las nuevas normas se han discutido estos y otros muchos temas que, gracias a la transparencia que caracteriza el «proceso debido» (*due process*) utilizado por el IASB y el FASB para elaborar sus normas, podemos consultar con todo detalle en los numerosos documentos emitidos a lo largo del proceso, todos ellos disponibles en las webs de los reguladores.

3. LAS NUEVAS NORMAS SOBRE ARRENDAMIENTOS

Las nuevas normas del FASB y del IASB han acabado difiriendo en algunos aspectos. Dedicamos esta sección a sintetizar sus aspectos fundamentales, así como a destacar sus diferencias, dado que ello nos ayuda también a entender el objetivo y alcance del cambio realizado⁸. Por otro lado, extraemos algunas conclusiones sobre cómo se modificarán los estados financieros a consecuencia del cambio.

⁷ En la literatura académica este tipo de prácticas se conocen como manipulación real de las transacciones (*real earnings management*), que en este caso estarían inducidas por la propia norma contable.

⁸ No es objetivo de este trabajo ofrecer una guía de aplicación práctica de las normas. Síntesis de este tipo, con ejemplos prácticos de aplicación, pueden encontrarse publicaciones de carácter profesional, fundamentalmente elabora-

3.1. ASPECTOS CLAVE Y DIFERENCIAS

El primer aspecto clave de las nuevas normas es la definición de arrendamiento, común a ambas. Un contrato es, o contiene, un arrendamiento si se transmite al cliente (arrendatario) el derecho de utilizar un activo, por un periodo de tiempo, a cambio de una contraprestación. Una empresa evaluará si un contrato contiene un arrendamiento sobre la base de si el cliente tiene derecho a controlar el uso de un activo específico durante un periodo de tiempo. Aunque ha cambiado, es esperable que las conclusiones sobre si un contrato contiene o no un arrendamiento sean las mismas bajo esta definición que con la de las anteriores normas. Los reguladores hacen especial hincapié en la necesidad de identificar correctamente si un contrato incorpora un arrendamiento, dado que en muchas ocasiones estos se encuentran incorporados en contratos junto con otros acuerdos que constituyen simplemente prestaciones de servicios. Un contrato incorpora un arrendamiento cuando:

- El cumplimiento del contrato depende del uso de un «activo específico». Es importante aclarar que los arrendamientos de intangibles quedan fuera del alcance de la definición. Un activo específico será básicamente propiedad, planta o equipo. Identificar si existe (o no) un activo específico es un aspecto clave. Por ejemplo, los reguladores aclaran que un activo específico se refiere a la porción físicamente distinta de un activo mayor que el arrendatario tiene el derecho exclusivo de usar, pero no a la parte de la capacidad de un activo mayor que no es físicamente distinta.
- El contrato establece el derecho de controlar el uso del activo específico durante el periodo de arrendamiento. Se entiende que el arrendatario tiene el derecho de controlar el uso de un activo específico si tiene la capacidad de tener el uso exclusivo del elemento y puede decidir cómo usarlo y obtener el beneficio de su uso (debe estar presente el elemento «poder»).

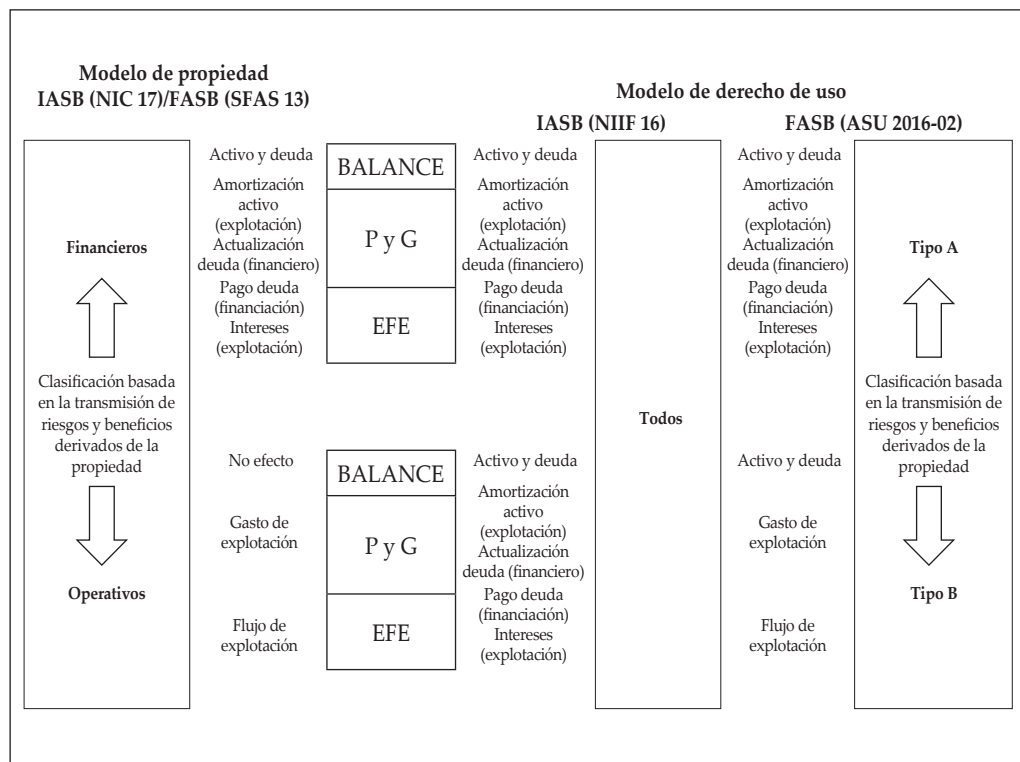
En la **figura 2** se ha sintetizado la contabilidad del arrendatario desarrollada en las nuevas normas. Una vez identificado el arrendamiento, inicialmente debe reconocerse la obligación de los pagos por arrendamiento y un activo por el derecho de uso del activo subyacente, excepto cuando se trate de arrendamientos a corto plazo (doce meses o menos), en cuyo caso se permite no capitalizarlos, y reconocerlos como se reconocían los arrendamientos operativos en las normas anteriores⁹. La deuda se valora inicialmente por el valor presente de los pagos por arrendamiento

das por las grandes firmas de auditoría (Deloitte, 2016). En cuanto a la contabilidad del arrendador, a pesar de que la propuesta inicial también planteaba cambios, las normas definitivas no incorporan cambios sustanciales respecto a las anteriores normas. El arrendador sigue clasificando los arrendamientos en financieros y operativos considerando el principio de transmisión de riesgos y beneficios inherentes a la propiedad (Deloitte, 2016: 13).

⁹ Esta es una de las decisiones en las que los reguladores han considerado que la complejidad para reconocer activos y pasivos no compensa sus costes. A diferencia de la ASU 2016-02, la NIIF 16 también permite la no capitalización de los arrendamientos de bienes de escaso valor.

«económicamente inevitables» a realizar a lo largo del plazo del contrato¹⁰. Por su parte, el derecho de uso tendrá el mismo valor inicial que la deuda por arrendamiento, ajustado en su caso por los pagos anticipados del arrendamiento, los incentivos recibidos, los costes directos iniciales en que deba incurrir el arrendatario y la estimación de los costes de rehabilitación, desmantelamiento y retiro del bien. Hasta aquí, la NIIF 16 y la ASU 2016-02 no difieren sustancialmente, y el tratamiento contable es similar al que establecen las normas anteriores para los arrendamientos financieros¹¹.

Figura 2. Contabilidad del arrendatario: Nuevas normas versus normas previas



¹⁰ Una cuestión polémica durante el proceso de normalización fue la de determinar el plazo del arrendamiento y los pagos que deben incluirse en el valor inicial. La propuesta inicial de los reguladores planteaba la incorporación de todos los pagos que la entidad considerase probables, incluidos pagos variables y los derivados de las prórrogas del contrato cuya ocurrencia fuese más probable que no. Sin embargo, debido al grado de complejidad y subjetividad que conllevaba hacer operativa esa propuesta, en las normas finalmente publicadas se han incluido únicamente las cuotas fijas «en sustancia», que se refiere a los pagos fijos pactados, y también a aquellos que según el contrato podrían ser variables, pero que son inevitables (como los que dependen de un índice o de un tipo de interés).

¹¹ La diferencia fundamental es que en ese caso el activo reconocido no era un derecho de uso sino el bien arrendado, según su naturaleza.

Las diferencias entre las normas del IASB y del FASB surgen en la valoración posterior. Para entenderlas es necesario retrotraerse al borrador de norma de 2013, en el que la postura todavía era común. Así, de cara a la valoración posterior, en este borrador se planteaba de nuevo un modelo dual, basado en la clasificación de los arrendamientos en tipo A y tipo B, según el denominado «principio de consumo del activo subyacente». Los arrendamientos tipo A serían aquellos en los que durante el plazo del arrendamiento se consume una parte no insignificante del activo subyacente, mientras que aquellos arrendamientos en los que se consume una parte insignificante del activo son tipo B. Aunque no se hacía explícito en la redacción del borrador, la intención era que como tipo A se incluyeran los típicos arrendamientos sobre bienes de equipo, en los que normalmente el valor residual del bien al finalizar el contrato es mucho menor que al principio (se consume una parte del activo, igual que cuando este se adquiere); mientras que los tipo B corresponderían al típico arrendamiento de inmuebles, en los que el arrendatario prácticamente no consume el activo durante el contrato. Para cada uno de estos dos tipos de arrendamiento se planteaba utilizar un modelo distinto de valoración y reflejo en los estados financieros con posterioridad al reconocimiento inicial:

- En el arrendamiento tipo A, la deuda se valora al coste amortizado, reflejando la carga financiera, calculada mediante el método de interés efectivo, en la cuenta de resultados (como gastos financieros), y el activo por derecho de uso se amortiza igual que cualquier otro elemento de inmovilizado, sobre una base sistemática que refleje el patrón de consumo de los beneficios económicos futuros esperados (por defecto, linealmente). Este método de amortización es conocido como el «método acelerado», dado que, al igual que ocurre con los arrendamientos financieros bajo la normativa anterior, la suma de los gastos de amortización (lineal) del bien y de actualización de la deuda es decreciente. La idea que subyace a este tratamiento contable es que el arrendatario «adquiere» la parte no insignificante del activo arrendado que se consume durante el plazo del arrendamiento y, por lo tanto, debe amortizar el consumo estimado del activo subyacente durante el plazo del arrendamiento en función de su patrón de uso estimado. Por lo tanto, cuanto mayor sea la tasa de consumo, más parecidos serán los efectos en la cuenta de resultados a los que tendríamos en el caso de comprar el activo subyacente y financiarlo por separado.
- En el arrendamiento tipo B, los pagos del arrendatario se entienden que se hacen para remunerar el rendimiento de la inversión del arrendador en el activo, ya que el arrendatario no consume el activo, o lo consume de forma residual, durante el plazo del arrendamiento. La deuda también se valora al coste amortizado, pero en este caso se aplica al activo por derecho de uso el método de amortización basado en el interés, en el que la amortización es la diferencia entre la cuota de alquiler total constante (el gasto de arrendamiento total que se imputaría con la normativa previa en el arrendamiento operativo) y el gasto por actualización financiera de la deuda. De este modo, como el gasto financiero es decreciente, la amortización del derecho de uso es creciente, es decir, se amortiza más lentamente en los primeros años que bajo el método de amortización acelerada.

En las deliberaciones que siguieron al periodo de consulta pública del borrador de 2013, surgieron discrepancias importantes entre el IASB y el FASB respecto al tratamiento contable posterior al reconocimiento inicial. Como consecuencia, mientras que el IASB finalmente decidía eliminar la dualidad y considerar para todos los arrendamientos el modelo descrito para el arrendamiento tipo A, en la norma del FASB se ha recogido la dualidad tipo A-tipo B, ahora basada en el mismo principio que las normas anteriores utilizaban para distinguir entre arrendamientos financieros y operativos (la transmisión al arrendatario de los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo es la que determina que un arrendamiento sea considerado tipo A, en otro caso se considera tipo B).

Esta discrepancia entre ambas normas generará dos diferencias fundamentales en la contabilización NIIF-US GAAP cuando los arrendamientos se clasifiquen como tipo B en la norma del FASB: (1) en el modelo desarrollado por la NIIF 16 el gasto por amortización del derecho de uso y el gasto financiero se desagregarán, siendo el primero un gasto de la explotación y el segundo financiero, mientras que bajo la norma US GAAP el gasto lucirá íntegramente en el resultado de explotación; (2) en el estado de flujos de efectivo, bajo la NIIF 16 se separarán los flujos de efectivo en los pagos de la deuda por arrendamiento y de intereses, los primeros en las actividades de financiación y los segundos en las actividades de explotación; mientras que en la norma US GAAP aparecerá solo un flujo de efectivo de explotación. Estas discrepancias en las normas irán en detrimento de la comparabilidad de la información financiera entre empresas que aplican NIIF y US GAAP.

3.2. IMPACTO DE LAS NUEVAS NORMAS SOBRE LOS ESTADOS FINANCIEROS

Con respecto al tratamiento establecido en la NIC 17 y en el SFAS 13, la implementación de la NIIF 16 y la ASU 2016-02 supondrá básicamente la capitalización por parte del arrendatario de los contratos que ahora se clasifican como operativos, aunque de distinto modo en cada caso. El efecto de estas nuevas normas en los estados financieros podrá observarse por primera vez para la mayoría de las compañías en los estados financieros del año 2019¹². Sin embargo, el debate histórico sobre la contabilidad de los arrendamientos nos permite disponer de un conjunto de trabajos a partir de los cuales es posible anticiparlo, al menos parcialmente. Se trata de trabajos en los que se estima el impacto de la capitalización de los arrendamientos operativos sobre los estados financieros y/o algunos indicadores de solvencia y desempeño, en muestras de empresas de distintos contextos geográficos y sectoriales. Algunos trabajos representativos de este grupo de estudios se sintetizan en la **tabla 1**.

¹² La fecha efectiva de aplicación de la NIIF 16 es el 1 de enero de 2019, y en el caso de la norma del FASB entre el 15 de diciembre de 2018 y el 15 de diciembre de 2019, dependiendo del tipo de entidad. El IASB permite la aplicación anticipada en casos concretos, y el FASB en todo caso.

Aunque no todos los trabajos utilizan la misma metodología para estimar el impacto de la capitalización de los arrendamientos operativos, y ello genera sin duda discrepancias en sus resultados, del análisis conjunto de los mismos podemos extraer algunas conclusiones generales, que sintetizamos como sigue:

El balance es el estado financiero que sufrirá el mayor impacto. Tanto los activos como los pasivos se incrementarán. No obstante, la magnitud del impacto estimado varía sensiblemente según la muestra analizada en cada estudio.

A pesar de que muchos estudios se centran solo en el balance, algunos trabajos ponen de manifiesto que el impacto en la cuenta de resultados sería también considerable. Para los arrendatarios que con las normas anteriores tienen arrendamientos significativos fuera del balance, el modelo del IASB resultará en un incremento del ebitda y del resultado de explotación, debido a la reclasificación de parte de los gastos por arrendamiento actuales a gastos financieros y a que el gasto de amortización del derecho de uso será en general inferior al gasto actual por arrendamiento operativo. Esto se observa, por ejemplo, en las estimaciones realizadas por FÜLBIER, SILVA y PFERDEHIRT (2008) para una muestra de 90 empresas de los tres principales índices alemanes (DAX 30, MDAX y SDAX), GOODACRE (2003) en el Reino Unido, o IMHOFF, LIPE y WRIGHT (1993) y MULFORD y GRAM (2007) en los Estados Unidos.

Aunque no es unánime, la evidencia sugiere que en los indicadores de desempeño, como el margen de beneficio, el ROA y la rotación del activo, el impacto será mucho menor que en los de balance (BARRAL, CORDOBÉS y RAMÍREZ, 2014; DUROCHER, 2008; FÜLBIER *et al.*, 2008).

La magnitud del efecto dependerá de diversos factores, entre los que se encuentran la internacionalización, el tamaño de la empresa, el sector y el país (JAAFAR y MCLEAY, 2007).

Tabla 1. Ejemplos de trabajos representativos de la línea de investigación dedicada a la estimación del efecto de la capitalización de los arrendamientos operativos en los estados financieros y/o en diversos indicadores económico-financieros

Trabajo	Muestra/Contexto	Estado financiero/Indicadores	Resultados
Barral, Cordobés y Ramírez (2014)	105 empresas cotizadas. Diversos sectores. España.	Balance Apalancamiento Rentabilidad	Los activos y los pasivos aumentan en media un 18 %. El efecto sobre el endeudamiento total es bajo (un 13 %), pero sobre el endeudamiento a largo plazo es del 79 %. El efecto sobre el ROA es bajo (un 6 %).
Bennett y Bradbury (2003)	38 empresas cotizadas. Diversos sectores. Nueva Zelanda.	Balance Apalancamiento Rentabilidad Liquidez	Los activos aumentan en media el 8,8 % y la deuda el 22,9 %. El ratio de endeudamiento aumenta, mientras que el ROA y el ratio de liquidez bajan.
Duke, Hsieh y Su (2009)	366 empresas cotizadas. Diversos sectores. EE. UU.	Balance	La deuda total aumenta de media en un 11,1 % y los activos en un 4 %.
Durocher (2008)	68 empresas cotizadas (las más grandes en términos de ingresos). Canadá.	Balance Apalancamiento Rentabilidad	Los activos aumentan en media un 5,6 % y la deuda total el doble (11,5 %). El ratio de endeudamiento se incrementa en un 4 %. El efecto sobre el ROA es no significativo.
Fülbier, Silva y Pferdehirt (2008)	90 empresas cotizadas. Diversos sectores. Alemania.	Balance Cuenta de resultados Apalancamiento Rentabilidad	Los activos inmovilizados aumentan un 8,5 %, mientras que la deuda total un 17,3 %. El resultado de explotación (BAII) se incrementa en media un 2,9 % y el resultado del ejercicio un 0,2 %. El ratio deuda total/fondos propios aumenta en un 16,1 %. El efecto en los ratios de rentabilidad es de menor importancia.
			.../...

Trabajo	Muestra/Contexto	Estado financiero/Indicadores	Resultados
.../...			
Goodacre (2003)	102 empresas del sector de distribución. Reino Unido.	Balance Cuenta de resultados 9 indicadores de desempeño	Los arrendamientos operativos representan 3,3 veces más que las deudas a largo plazo reconocidas en el balance y aproximadamente el 28 % del valor de los activos totales. Su capitalización afectaría significativamente a los indicadores de desempeño. El resultado de explotación (BAII) se incrementa de media en el 23 % y el resultado neto baja un 7 %.
Mulford y Gram (2007)	19 empresas del sector de distribución. EE. UU.	Balance Cuenta de resultados Estado de flujos de efectivo Apalancamiento Rentabilidad	Los activos totales aumentan en un 14,6 % y la deuda en un 26,4 %. El incremento medio del ebitda es del 22,5 %. El ratio deuda total/fondos propios aumenta en un 26,4 %, mientras que la rentabilidad económica (ROA) baja un 1,7 %. Los flujos de efectivo de las actividades de explotación y el flujo de caja libre aumentan en un 22,9 % y un 51,1 % respectivamente.

4. LOS POTENCIALES EFECTOS ECONÓMICOS DE LAS NUEVAS NORMAS: COSTES Y BENEFICIOS

Como en cualquier otro proceso regulatorio, el regulador contable debe considerar los potenciales efectos de las nuevas normas a la hora de tomar sus decisiones. La implementación de cualquier norma contable tiene costes y beneficios. Lógicamente, el IASB y el FASB no solo esperan que los beneficios derivados de las nuevas normas de arrendamientos superen a sus costes, sino también que la relación coste-beneficio de las normas finalmente aprobadas sea más positiva que la de otras alternativas descartadas a lo largo del proceso, así como de la empleada por las normas sustituidas. Dedicamos esta sección a describir los principales costes y beneficios que se espera se deriven de la implementación de estas nuevas normas. Para ello, revisamos los argumentos de las partes interesadas en el proceso de normalización, así como algunos resultados representativos de la literatura académica que ha aportado evidencia empírica al debate sobre la contabilidad de los arrendamientos desde diversas perspectivas.

Además de considerar el impacto de las nuevas normas en los costes de preparación de la información financiera que deberán asumir las compañías, hay dos preguntas clave que debemos plantearnos en la evaluación de los potenciales efectos económicos de las nuevas normas de arrendamientos. La primera es «por qué utilizan las empresas los arrendamientos», y en particular los arrendamientos operativos. Interesa especialmente conocer cuál es el peso en la decisión de arrendar de los incentivos de tipo oportunista derivados del tratamiento contable establecido en las normas que han sido sustituidas. Responder a esta cuestión puede ayudarnos a anticipar el impacto de las nuevas normas en el propio uso de este tipo de transacciones. En segundo lugar, es fundamental tener en cuenta los efectos desde la perspectiva de los usuarios de los estados financieros. En este sentido, lo importante es conocer «si los usuarios utilizan la información sobre arrendamientos en sus decisiones, y en su caso, cómo lo hacen»; es decir, «cuáles son sus necesidades». La evidencia sobre estas cuestiones nos ayudará a anticipar si, como esperan los reguladores, la información resultante de la aplicación de las nuevas normas será en general más útil, y por tanto de más calidad, que la ofrecida por las normas anteriores, o la que resultaría de aplicar otras alternativas.

4.1. EL POTENCIAL IMPACTO EN LA ESTRATEGIA DE NEGOCIO: ¿POR QUÉ UTILIZAN LAS EMPRESAS LOS ARRENDAMIENTOS (OPERATIVOS)?

Como se ha señalado en la sección segunda, una de las causas de que el IASB y el FASB abordasen el cambio de las normas de arrendamientos fue la inadecuada utilización de las normas anteriores. Fundamentalmente en los Estados Unidos, se había detectado un incremento del uso de arrendamientos y una tendencia a clasificar los mismos como operativos, hasta el punto de que los arrendamientos operativos se han convertido en una de las principales fuentes de financiación fuera de balance. Según la SEC, tras esta evidencia estaban, al menos en parte, los incentivos creados por la normativa contable. Algunos trabajos académicos soportan la tesis de la existencia de oportunismo tras el uso de los arrendamientos operativos, que por ejemplo se utilizan por las compañías para mejorar sus ratios de apalancamiento e influir en sus *rating* crediticios (ANG y

PETERSON, 1984; ALISSA, BONSALE, KOHARKI y PENN, 2013). La pregunta que cabe plantearse en este punto es si la posibilidad de dejar la deuda fuera de balance tiene un peso lo suficientemente importante en la decisión de arrendar en lugar de comprar los activos fijos como para que su eliminación afecte sustancialmente a esa decisión, y por tanto, si, y/o hasta qué punto, modificarán las empresas su estrategia de negocio a consecuencia del cambio contable.

Sin embargo, las ventajas económicas de los arrendamientos, que son independientes de su tratamiento contable, son innegables. Según CASKEY y OZEL (2015), los tres factores principales que explican el mayor uso de los arrendamientos operativos observado en las últimas décadas son el riesgo financiero, los impuestos y la flexibilidad operacional. Los arrendamientos operativos benefician a las dos partes ya que se facilita la recuperación del activo por el arrendador en caso de impago, y permite al arrendatario ampliar su capacidad de endeudamiento. Además, también hay evidencia de la eficiencia fiscal del arrendamiento operativo; y de que proporcionan a las empresas flexibilidad operativa, lo que es especialmente relevante en sectores como el de las aerolíneas. Por su parte, las compañías señalan que son estos incentivos económicos los que las conducen al uso de los arrendamientos operativos y no el oportunismo que les atribuye el regulador:

«The choice of operating leases does not reflect a desire to keep these aircraft off balance sheet; indeed our key performance indicators include measures of return on capital employed and gearing that take account of operating lease liabilities using a standard industry methodology [...] By choosing to lease rather than own such aircraft the residual value risk at the end of the lease term rests with the lessor, rather than with easyJet». (easyJet Comment letter to the ED/2013/6: Leases.)

Para abordar esta pregunta es interesante destacar el estudio de COLLINS, PASEWARK y RILEY (2012), en el que se pone de manifiesto que en las empresas que aplican US GAAP, cuyo modelo basado en reglas proporciona más posibilidades de estructurar las transacciones de forma oportunista, la tendencia a arrendar versus comprar es similar que en las que aplican NIIF, aunque las primeras tienen mayor tendencia a clasificar los arrendamientos como operativos.

En definitiva, el conjunto de evidencia sobre los determinantes del uso de los arrendamientos en general, y de los arrendamientos operativos en particular, conduce razonablemente a esperar que los arrendamientos se sigan utilizando como hasta ahora, y que, en todo caso, el cambio normativo motive alguna modificación en las características de los contratos que permita a las empresas minimizar el importe de la deuda reportada, lo que podría ocurrir por ejemplo si se reducen los plazos medios de contratación.

4.2. LA PERSPECTIVA DE LOS PREPARADORES: LOS COSTES DE LA IMPLEMENTACIÓN

Los principales opositores al cambio normativo que nos ocupa han sido sin duda los preparadores de los estados financieros, especialmente las compañías de sectores en los que el uso de los

arrendamientos operativos está muy extendido. Casi el 75 % de las más de mil setecientas cartas comentario recibidas por los reguladores a lo largo del proceso fueron enviadas por preparadores; y más de la mitad de estas provenían de compañías de los sectores de servicios financieros, comercio al por menor, inmobiliario y de transportes (IASB/FASB, 2011: 69-70). Algunos extractos de estas cartas representativos de la postura de los preparadores se han recogido en la **tabla 2**.

La mayoría de los preparadores reconoce la necesidad de mejorar las normas existentes, dadas sus deficiencias para proporcionar información útil a los usuarios en su evaluación de la situación financiera de la empresa. Sin embargo, rechazan la propuesta de capitalizar todos los arrendamientos utilizando como principal argumento que los costes de implementación del modelo propuesto serán muy cuantiosos, y en cambio los beneficios potenciales que supuestamente traerá consigo no están claros. En este sentido, muchos afirman que la diversidad y complejidad de los contratos de arrendamiento supondrá que la implementación práctica de las nuevas normas requerirá hacer numerosos supuestos y estimaciones, generando confusión y falta de comparabilidad en los estados financieros resultantes. Por ello, los preparadores abogaban por mantener la dualidad arrendamiento financiero-operativo, y mejorar la información a revelar en las notas.

Tabla 2. Extractos de las cartas comentario remitidas por preparadores a los borradores de norma publicados en 2010 y 2013

Carta comentario	Extracto
Mc Donald's (ED/2010/9) (Comercio al por menor)	[...] the proposed ASU will have a significant impact on our processes and IT systems, and the costs related to these changes will be substantial. These costs include abstracting lease contract data; purchasing, designing and building a global lease accounting system; changing Accounting, HP, Legal and Development processes, policies and procedures; and developing stakeholder communications. [...] it does not appear that the benefits to users of financial statements warrant these costs. We believe it is crucial that any final standard be cost effective, practical to implement and make substantial improvements over current accounting reporting.
Rolls-Royce (ED/2010/9) (Automoción)	We do not believe that the current proposals appropriately address different types of leases and that the costs of the implementing the proposals in their current form will outweigh the benefits to the users of financial statements. We believe the proposals will be complex for users to understand and may just lead to them making different adjustments to those that it is acknowledged they already make.
NH Hoteles (ED/2010/9) (Sector hotelero)	[...] the current accounting model for leases has long been criticized for failing to meet the needs of user of financial statements. Therefore, we support the Board's objective to report relevant and representational faithful information to users [...] about the amounts, timing, and uncertainty cash flows arising from leases. We do not believe that the current proposed ED fully meet this objective in a number of areas, which should be reconsidered by the Board members. [...] Moreover, its implementation would entail a substantial increase in costs and complexity for preparers.
Banco Santander (ED/2010/9) (Servicios financieros)	The existing accounting model for leases has long been criticised for failing to meet the needs for users of financial statements. However, we are not convinced that the proposals included in the ED offer and effective improvement in comparability or provide the users with additional relevant information [...]
	.../...

Carta comentario	Extracto
.../...	
Inditex (ED/2013/6) (Comercio al por menor)	While the benefits of the proposed approach are highly debatable, the costs will significantly increase. [...] For certain types of businesses, the processes [...] would require a significant effort in terms of data collection, adapting accounting systems and the budget management process, employee training, implementing and monitoring internal controls [...] [...] We strongly believe that the Lease project (i) runs counter to the natural understanding of the business, at least in the case of the retail business, (ii) renders the preparation of financial statements more complex and expensive (iii) will result in a lack of reliability and comparability in information for users and (iv) breaks many fundamental principles of the present IFRS. [...] We consider the capitalization of operating leases, specifically property leases, to be inappropriate. We therefore believe there should not be any recognition of an asset or liability in the case of property leases. We do however believe current disclosure could be improved.
IATA IAWG (ED/2013/6) (Representante de más de 240 aerolíneas)	It is our strong view that the objective of the Boards to issue a high quality standard that will demonstrably improve financial reporting has not been met. The proposed requirements do not appropriately distinguish the economic differences between leasing and ownership, are too complex, are impractical in some key aspects and will be costly to implement for little or potentially negative outcomes for preparers and users. The proposed changes will further increase variability between financial statements and will neither improve the quality of the information made available to the users of the accounts nor make them better informed.
Deutsche Post DHL (ED/2013/6) (Sector logístico)	[...] analysts pointed out that the business models (where leasing is used) and cash flow of leases does not change [...] they –of course– do neither expect their general view on DPDHL to change nor expect a notable change in valuation of our company. Based on this, we seriously doubt that proposed changes for lease accounting would improve the relevance or decision usefulness of the information provided. Having this in mind, we seriously doubt that an acceptable balance between implementation costs for companies and the benefits provided to the capital markets (cost-benefit constraint) would be met [...]

Efectivamente, la implementación de las nuevas normas supondrá incurrir en costes sustanciales para adaptar los sistemas de información de muchas compañías. Pero esta circunstancia era previsible antes de que comenzase el proceso de cambio normativo; y posiblemente ya influyó en que en las normas anteriores se optase por no obligar a capitalizar los arrendamientos operativos. No sorprende por tanto que este argumento no haya sido suficiente para que los reguladores echaran marcha atrás en su decisión de adoptar un modelo contable de capitalización para todos los arrendamientos. Al fin y al cabo, y al margen de las inconsistencias conceptuales de las normas existentes, la normativa contable tiene como objetivo fundamental proporcionar información útil para los decisores externos; y los reguladores consideran que los beneficios que traerá consigo implementar las nuevas normas, en términos de utilidad de la información resultante, superarán los costes que necesaria e inevitablemente asumirán las compañías. Según han expresado en diversas ocasiones, el objetivo perseguido no se conseguiría simplemente mejorando la cantidad y calidad de información revelada en las notas:

«The boards think that disclosure in the notes to the financial statements is not a substitute for reporting assets and liabilities arising from a lease. That is because failing to report those assets and liabilities on the balance sheet provides a misleading picture of the financial position of a lessee». (IASB/FASB [2013], pág. 3).

No obstante, es indudable que los reguladores sí han tenido en cuenta los costes de implementación a lo largo del proceso de elaboración de las nuevas normas. De hecho, se trata de un argumento recurrente cuando explican las importantes modificaciones incorporadas en las normas definitivas respecto a lo previsto en el primer borrador de norma publicado en 2010. Ciertamente, pueden parecer cesiones del regulador ante las presiones de los grupos de poder, pero hay que señalar que la eficiencia coste-beneficio también es una característica deseable de la información contable expresamente reconocida por los reguladores (IASB, 2015: pág. 7).

4.3. LA PERSPECTIVA DE LOS USUARIOS: EL IMPACTO SOBRE LA UTILIDAD DE LA INFORMACIÓN

Desde la perspectiva de los usuarios, lo fundamental es evaluar el impacto de las nuevas normas sobre la comparabilidad, la transparencia y, en definitiva, la calidad de la información financiera, que debe evaluarse en términos de utilidad para la toma de decisiones. Desafortunadamente, cuantificar la calidad de la información financiera es una tarea enormemente difícil. Esto se debe a que se trata de un concepto contextual, es decir, que no cobra sentido a no ser que se concrete el usuario y la decisión para la que se utiliza la información. Por ello, el análisis de la calidad de la información contable se tiene que plantear necesariamente en contextos decisionales concretos¹³. Pero, al mismo tiempo, la evidencia aislada obtenida en contextos concretos no

¹³ En el trabajo de DECHOW, GE y SCHRAND (2010) puede encontrarse una revisión de la literatura sobre la calidad del resultado, que presenta un marco teórico que nos ayuda a entender la complejidad de medir ese concepto teórico.

permite extraer conclusiones generalizadas. Con las limitaciones que ello conlleva, solo podemos concluir a partir de la agregación de muchas evidencias aisladas.

Como se indicaba previamente, para evaluar los potenciales efectos de las nuevas normas de arrendamientos nos interesa cómo utilizan los usuarios la información sobre arrendamientos de la empresa. El grupo de usuarios ha estado muy poco representado en el proceso de consulta pública de los borradores de norma. Tan solo un 3 % de las cartas comentario recibidas provenían de este grupo de interés (analistas y agencias de *rating* fundamentalmente). Sin embargo, conscientes de la importancia de recabar su opinión, los reguladores llevaron a cabo numerosas reuniones y foros especialmente dedicados a este grupo de interés (IASB/FASB, 2011: 7).

Según los reguladores, casi todos los usuarios consultados hacen ajustes a las cifras del balance para incorporar la capitalización de los arrendamientos operativos y evaluar la situación financiera de la empresa, básicamente en el contexto de evaluación de riesgo crediticio, por ejemplo por parte de las agencias de *rating*. Es decir, aunque no aparezca en el balance, los usuarios consideran deuda, y por tanto asignan una prima de riesgo, a los pagos futuros por arrendamiento operativo. Como no aparece en el balance, los usuarios la estiman y la incorporan a su evaluación del riesgo de crédito. Por lo tanto, en principio, no habría razones para pensar que la utilidad de la información vaya a incrementar. A los usuarios parece servirles la información tal y como se proporciona bajo las antiguas normas. Sin embargo, en este argumento hay dos cuestiones que no se tienen en cuenta. La primera es que no todos los potenciales usuarios de la información contable tienen los medios para hacer esos ajustes.

La segunda cuestión, que es en la que los reguladores basan sus argumentos, es que, incluso para los usuarios que ya incorporan la deuda por arrendamiento operativo en sus decisiones, el problema radica en que la información de la que disponen es insuficiente y relativamente opaca, y ello reduce la precisión de sus estimaciones. Tradicionalmente, se utilizan dos grandes aproximaciones para estimar la deuda por arrendamiento operativo fuera de balance. La primera se basa en la denominada capitalización constructiva propuesta por IMHOFF, LIPE y WRIGHT (1991), que consiste en calcular un valor presente de los pagos por arrendamiento operativo que bajo la NIC 17 y el SFAS 13 las compañías están obligadas a reportar en las notas. La aplicación concreta de esta metodología implica realizar varios supuestos, entre ellos, la tasa de descuento adecuada y el patrón de distribución temporal de los pagos, ya que en la información revelada aparecen agregados en intervalos temporales¹⁴. De estos supuestos depende lógicamente la estimación. Además, dado que las empresas solo reportan información sobre los pagos mínimos no cancelables, esta metodología suele infraestimar la deuda por arrendamientos operativos. La segunda metodología está basada en la aplicación de un multiplicador sobre el gasto por arrendamiento reportado en la cuenta de resultados. El multiplicador suele calcularse en función de información histórica, y varía según el usuario y el tipo de empresa. Por ejemplo, en el sector de las aerolíneas, una práctica generalmente aceptada es aplicar un multiplicador de entre 7 y 8.

¹⁴ Un ejemplo de aplicación de la metodología de capitalización constructiva para la empresa Inditex puede encontrarse en Gill-de-Albornoz y Rusanescu (2015).

Es evidente, por tanto, que la estimación de la deuda por arrendamiento operativo está sujeta a un error de estimación importante. De hecho, las diferencias entre las estimaciones realizadas por distintos usuarios eran sustanciales, en detrimento de la comparabilidad. Por ejemplo, según explica Financial Watch (2007) mientras que la agencia de calificación crediticia Standard & Poors aplica una metodología de estimación basada en el valor presente, Moody's cambió esa metodología para basar sus estimaciones en la aplicación de multiplicadores, y Fitch aplica un modelo híbrido. Por ello, se cree que las nuevas normas, en las que se traslada al preparador de la información la labor de estimar el efecto de estos arrendamientos en los estados financieros, contribuirán a mejorar la comparabilidad de la información. Teóricamente, para la misma empresa, todos los usuarios considerarán ahora la misma estimación. En suma, uno de los argumentos principales que esgrimen los reguladores para defender su postura es que la mayoría de los usuarios consideran deuda los flujos por arrendamiento operativo futuro, que actualmente disponen de información insuficiente y opaca para estimarla, y que por ello es necesario obligar a las empresas a realizar la estimación.

Otra evidencia que apoya la capitalización de los arrendamientos operativos es la presentada por DEMERJIAN (2011), que observa que los contratos de deuda de las empresas que más uso hacen de los arrendamientos operativos tienden a incorporar en menor medida cláusulas basadas en indicadores de balance, lo que indica que la no capitalización de los arrendamientos operativos hace que el balance sea menos útil en este contexto decisonal.

Pero también hay evidencia que sugiere que la capitalización por igual de todos los arrendamientos podría ser problemática. Por ejemplo, ALTAMURO, JOHNSTON, PANDIT y ZHANG (2014) muestran que en el sector del comercio al por menor, donde fundamentalmente se arriendan inmuebles, los prestamistas perciben los arrendamientos operativos más como gasto que como deuda, mientras que cuando se trata de arrendamientos de bienes de equipo los consideran deuda. Es decir, los usuarios pueden no valorar de igual forma los distintos tipos de arrendamiento, y/o en distintos sectores. Si, efectivamente, el desglose es importante para la toma de decisiones, el hecho de capitalizar por igual todos los arrendamientos no es la mejor solución. En ese caso, sería necesario disponer de información adicional en las notas para identificar separadamente los arrendamientos operativos, de modo que aquellos usuarios que lo deseen puedan seguir haciendo ajustes según sus necesidades. Según señalan algunos preparadores en sus cartas esto es lo que seguirá ocurriendo mayoritariamente. Sin embargo, los reguladores opinan que no será generalizado. Y, en cualquier caso, esa situación hipotética supone una mejora con respecto a la anterior.

Hay otros aspectos sobre los que surgen dudas respecto al potencial impacto de la capitalización de los arrendamientos operativos, y de los que no hay evidencia que permita anticipar el impacto. Por ejemplo, no todas las empresas tienen *rating* crediticio, y no es evidente cómo afectará el cambio normativo al acceso y al coste del crédito de estas empresas. También preocupa el potencial impacto sobre el *output* de los contratos basados en las cifras contables. Una encuesta de Deloitte (2011) estima que solo en el 44% de los casos se manifiesta la intención de reformular los contratos de deuda. Además, y especialmente en el sector financiero, preocupa el efecto sobre los requerimientos de capital obligatorios (LEONE, 2010).

Finalmente, una de las cuestiones sobre las que más expectación existe es el impacto de la principal diferencia entre las normas del IASB y del FASB, comentada en la sección tres. Para los arrendamientos tipo B, a diferencia de la norma del IASB que reportará el gasto desagregado, la norma del FASB reportará un único gasto de explotación. Hay autores que ponen de manifiesto que los usuarios encuentran útil la desagregación de los componentes del resultado (LIM, 2014), por lo que la información resultante de la implementación de la NIIF 16 podría ser más útil que la proporcionada bajo la ASU 2016-02.

En definitiva, aunque en algunos contextos los beneficios en términos de utilidad parecen claros, también hay algunas sombras sobre los potenciales efectos económicos de la capitalización de los arrendamientos operativos. Solo el tiempo revelará cómo se adaptan preparadores y usuarios a las nuevas normas.

5. LOS PROBLEMAS DE UN MODELO BASADO ÚNICAMENTE EN LA REVELACIÓN DE INFORMACIÓN: EVIDENCIA EN LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS COTIZADAS

Esta sección tiene un doble objetivo: (1) analizar cómo las sociedades españolas cotizadas informan sobre los arrendamientos en sus estados financieros; y (2) estimar, considerando diversas metodologías, la magnitud de la deuda por arrendamiento operativo que mantienen fuera del balance. Este ejercicio empírico permitirá ilustrar los problemas de la alternativa consistente en revelar información sobre los arrendamientos operativos en las notas, como se establece en la NIC 17 y el PGC.

5.1. MUESTRA

En el panel A de la **tabla 3** se describe el proceso de selección de la muestra objeto de análisis y se proporciona información sobre la distribución de los informes analizados por año. Utilizamos la base de datos SABI para identificar empresas no financieras que cotizaban en bolsa en septiembre de 2014¹⁵. La búsqueda resultó en 149 compañías. El siguiente paso consistió en localizar las cuentas anuales de estas empresas para el periodo 2005-2013. La mayoría de los informes se obtuvieron del Registro de Cuentas Anuales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) o del Mercado Alternativo Bursátil (MAB). Algunos informes se obtuvieron de las webs corporativas. De los 1.341 informes anuales que potencialmente formarían parte de nuestra muestra, 184 no se encontraron y 43 son cuentas anuales individuales anteriores a 2008,

¹⁵ SABI (Sistema de Análisis de Balances Ibéricos) es una base de datos de Bureau van Dijk, que contiene información financiera de un gran número de empresas españolas y portuguesas.

por lo que disponemos finalmente de 1.114 informes. En la mayoría de los casos trabajamos con cuentas consolidadas (996 informes, el 89 %); pero cuando la empresa no presenta cuentas consolidadas usamos las cuentas individuales (118 casos). Los informes individuales anteriores a 2008 se descartan para que toda la muestra sea homogénea en cuanto a las normas de arrendamientos que deben cumplirse.

Tabla 3. Muestra analizada

Panel A: Selección de la muestra	
Paso	N.º de informes
149 empresas no financieras cotizadas × 9 años	1.341
Estados financieros no disponibles	(184)
Estados financieros individuales anteriores a 2008	(43)
Muestra final de estados financieros	1.114
• Estados financieros consolidados	996
• Estados financieros individuales	118

Panel B: Distribución de los informes disponibles por año									
Año	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
N.º	95	104	104	121	126	131	143	145	145

Los informes consolidados que incluye la muestra deben elaborarse según las NIIF adoptadas por la Unión Europea; mientras que los individuales deben seguir el PGC de 2007, que en lo que se refiere a arrendamientos es igual que la NIC 17¹⁶. Como muestra el panel B de la **tabla 3**, la disponibilidad de los estados financieros es mayor en los últimos años de la muestra. Se comprobó que algunos de los informes no encontrados corresponden a años previos a la salida a bolsa de algunas empresas.

¹⁶ En virtud del Reglamento 1606/2002 de la Unión Europea, desde 2005 las empresas cotizadas deben preparar sus estados financieros consolidados de acuerdo con las normas del IASB adoptadas por la Unión Europea, entre ellas la NIC 17; mientras que el resto de los estados financieros deben ser preparados siguiendo el PGC, que fue modificado en diciembre de 2007 para adaptar nuestra normativa contable al modelo del IASB. La norma de arrendamientos del PGC es igual que la NIC 17, existiendo tratamientos simplificados para las compañías que aplican el PGC de Pymes y las que se acogen a los criterios para microempresas. Ninguna de las empresas analizadas aplica estos últimos.

5.2. LA INFORMACIÓN DIVULGADA SOBRE ARRENDAMIENTOS

Tanto la NIC 17 como el PGC requieren que las empresas revelen información sobre los arrendamientos operativos. En particular, las notas a los estados financieros deben contener una nota específica para arrendamientos, en la que, en cuanto a arrendamientos operativos, el arrendatario debe informar, entre otras cosas, acerca del importe total de los pagos futuros mínimos del arrendamiento correspondientes a los arrendamientos no cancelables, desglosados en tres vencimientos agrupados (hasta un año; entre dos y cinco años; más de cinco años). Esta información es necesaria para implementar la metodología de capitalización constructiva de los arrendamientos operativos. El objetivo del análisis que se realiza en este apartado es examinar cómo las empresas cumplen con estos requerimientos de información. Para este fin se recogió y codificó manualmente la información relevante de cada informe que permite hacer una descripción detallada de la información.

La **tabla 4** resume los resultados del primer paso de este análisis, en el que respondemos a la pregunta de si las empresas informan o no sobre el uso de los arrendamientos operativos, y en caso afirmativo, si se proporcionan los pagos futuros por arrendamientos operativos no cancelables. Como se muestra en el panel A, algunas de las cuentas anuales analizadas no informan en absoluto sobre el uso de los arrendamientos operativos: un 22,1 % (246 informes). Esto puede ser un indicio de información financiera deficiente. De hecho, observamos que el nivel de divulgación es mayor en los informes más recientes: en 2005 el porcentaje total de informes que no divulgan ninguna información sobre los arrendamientos operativos, y no indican que no los usan, es del 41,1 % y disminuye hasta el 15,9% en 2013. Además, en algunas empresas los informes de años posteriores revelan que realmente se han utilizado arrendamientos operativos en años donde no se divulgaba información en el informe correspondiente. Pero también puede ocurrir que la empresa simplemente no tenga arrendamientos operativos (o estos no sean materiales). Probablemente la razón no es la misma en todos los casos.

Tabla 4. Divulgación de la información sobre los arrendamientos operativos

Panel A: ¿Los estados financieros informan sobre el uso de los arrendamientos operativos?					
Año	N.º de informes	¿Existe información sobre el uso de los arrendamientos operativos?			
		No		Sí	
2005	95	39	41,1 %	56	58,9 %
2006	104	36	34,6 %	68	65,4 %
2007	104	29	27,9 %	75	72,1 %
2008	121	28	23,1 %	93	76,9 %
2009	126	22	17,5 %	104	82,5 %
.../...					

Panel A: ¿Los estados financieros informan sobre el uso de los arrendamientos operativos?					
Año	N.º de informes	¿Existe información sobre el uso de los arrendamientos operativos?			
		No		Sí	
.../...					
2010	131	22	16,8 %	109	83,2 %
2011	143	24	16,8 %	119	83,2 %
2012	145	22	15,2 %	123	84,8 %
2013	145	24	16,6 %	121	83,4 %
Total	1.114	246	22,1 %	868	77,9 %

En el panel B de la **tabla 4** podemos ver que cuando la empresa informa sobre si usa o no arrendamientos operativos en una gran mayoría de los casos es que los utiliza. En general, la evidencia sugiere que el uso de los arrendamientos operativos es generalizado también en España. Solo en 23 de los 868 informes que proporcionan información (el 2,6 %) se indica explícitamente que la empresa no utiliza arrendamientos operativos. No existen diferencias significativas en este porcentaje para los distintos años de la muestra. Para algunas empresas podemos concluir si utilizan o no arrendamientos operativos en algunos años cuyo informe no incluye información porque la información sí aparece en informes de años posteriores. En particular, en 1 caso se puede deducir de informes posteriores que la empresa no tiene arrendamientos operativos y en 20 que sí.

Por su parte, los descriptivos del panel C de la **tabla 4** sugieren de nuevo que la calidad de la información sobre arrendamientos operativos es deficiente en un porcentaje de empresas no insignificante. El 37,9 % de los 845 informes en los que se sabe que la empresa utiliza arrendamientos operativos no proporciona información sobre los pagos futuros. No sorprende que el grado de incumplimiento tenga tendencia decreciente: en 2005, el 50,9 % de los informes no cumplieron los requisitos de las normas mientras que en 2013 este porcentaje baja hasta el 25,6 %. Aun así, el porcentaje de incumplimiento del último año analizado es bastante elevado. No obstante, además de evidencia de incumplimiento este resultado podría reflejar el hecho de que los pagos futuros por arrendamiento operativo no sean materiales y/o que todos los contratos firmados son cancelables, ya que por esa razón las empresas podrían no proporcionar información. Solamente unos pocos informes explican que no se detalla la información requerida porque no es material. Un ejemplo ilustrativo es el informe del grupo empresarial San José, SA del año 2013, que está recogido en la **figura 3**¹⁷. Además, en algunos casos (17 casos) podemos descartar por completo esa posibilidad, ya que los pagos que faltan en un determinado informe anual se revelan en un informe posterior.

¹⁷ Otros informes que no divulgan información sobre los arrendamientos operativos aludiendo a su inmaterialidad son los de Azkoyen, SA (año 2012) y Mediaset España Comunicación, SA (año 2013).

Tabla 4 (continúa). Divulgación de la información sobre los arrendamientos operativos

Panel B: ¿Las empresas que informan sobre arrendamientos operativos los usan?					
Año	N.º de informes	¿Se usan los arrendamientos operativos?			
		No		Sí	
2005	56	1	1,8 %	55	98,2 %
2006	68	3	4,4 %	65	95,6 %
2007	75	2	2,7 %	73	97,3 %
2008	93	2	2,2 %	91	97,8 %
2009	104	3	2,9 %	101	97,1 %
2010	109	3	2,8 %	106	97,2 %
2011	119	2	1,7 %	117	98,3 %
2012	123	3	2,4 %	120	97,6 %
2013	121	4	3,3 %	117	96,7 %
Total	868	23	2,6 %	845	97,4 %

Panel C: ¿Las empresas que usan los arrendamientos operativos informan sobre los pagos futuros?					
Año	N.º de informes	¿Se informa sobre los pagos futuros por arrendamientos operativos?			
		No		Sí	
2005	55	28	50,9 %	27	49,1 %
2006	65	38	58,5 %	27	41,5 %
2007	73	37	50,7 %	36	49,3 %
2008	91	37	40,7 %	54	59,3 %
2009	101	41	40,6 %	60	59,4 %
2010	106	38	35,8 %	68	64,2 %
2011	117	38	32,5 %	79	67,5 %
.../...					

Panel C: ¿Las empresas que usan los arrendamientos operativos informan sobre los pagos futuros?					
Año	N.º de informes	¿Se informa sobre los pagos futuros por arrendamientos operativos?			
		No		Sí	
.../...					
2012	120	33	27,5 %	87	72,5 %
2013	117	30	25,6 %	87	74,4 %
Total	845	320	37,9 %	525	62,1 %

También hemos recogido y codificado la información sobre las notas específicas donde la empresa revela la información relacionada con los arrendamientos operativos. Esta evidencia nos permite sacar conclusiones sobre el grado de homogeneidad en cuanto a la divulgación de información. Los resultados se sintetizan en la **tabla 5**, donde se muestra por separado la frecuencia con la que se informa en distintos tipos de nota según si el informe facilita o no la información de los pagos futuros. Observamos que en ambos casos existe gran heterogeneidad en cuanto al tipo de nota utilizado para informar, si bien en el caso de existir información de pagos futuros, es más frecuente que exista una nota concreta de arrendamientos: el 30% de los informes donde se facilita la información de los pagos futuros incorpora una nota de arrendamientos específica, frente al 13% del grupo de informes donde no se facilitan los pagos. Cuando el informe no incluye una nota específica para arrendamientos, es común encontrar la información sobre arrendamientos operativos en una nota para gastos o en una nota sobre ingresos y gastos. Considerando toda la muestra, el 24,4% (20,7%) de los informes contiene la información sobre arrendamientos en la nota sobre gastos (ingresos y gastos). Es sorprendente que una de las notas en las que es frecuente encontrar información acerca de arrendamientos operativos sea la de inmovilizado material o inversiones inmobiliarias, ya que en el modelo contable aplicado por las empresas de la muestra no se debe reconocer activo alguno en los arrendamientos operativos. Otra nota empleada para divulgar la información sobre arrendamientos operativos es la nota sobre provisiones y contingencias; e incluso se informa en la nota de políticas contables aplicadas.

Tabla 5. ¿Dónde revelan las compañías la información sobre los arrendamientos operativos?

Tipo de nota	Total		¿Informa pagos futuros?			
			Sí		No	
	N	%	N	%	N	%
Arrendamientos	198	23,4 %	155	29,5 %	43	13,4 %
						.../...

Tipo de nota	Total		¿Informa pagos futuros?			
			Sí		No	
	N	%	N	%	N	%
.../...						
Inmovilizado material/Inversiones inmobiliarias	87	10,3 %	78	14,9 %	9	2,8 %
Gastos	206	24,4 %	111	21,1 %	95	29,7 %
Ingresos y gastos	175	20,7 %	76	14,5 %	99	30,9 %
Provisiones y contingencias	99	11,7 %	64	12,2 %	35	10,9 %
Normas de registro y valoración	46	5,4 %	31	5,9 %	15	4,7 %
Otras	34	4,0 %	10	1,9 %	24	7,5 %
Total	845	100 %	525	100 %	320	100 %

Figura 3. Extracto de las notas del grupo empresarial San José, SA. Año 2013

22.6 Arrendamientos

Arrendamientos operativos

En la fecha del balance de situación, el Grupo no tenía arrendamientos operativos de importes significativos ni compromisos adquiridos de futuras cuotas de arrendamiento mínimas.

Para acabar con este análisis descriptivo nos interesa conocer el modo en que las compañías reportan los pagos futuros, dado que ello es importante para implementar la metodología de capitalización constructiva, que consiste en calcular un valor presente. En la **tabla 6** aparece la proporción de casos que, informando de los pagos futuros, lo hacen según el formato indicado en las normas (pagos hasta un año; pagos entre dos y cinco años; y pagos en más de cinco años), o bien utilizan otro formato de presentación. En este sentido, los informes son bastante homogéneos: en el 81,2 % de los 542 informes donde los pagos futuros son proporcionados (525 en el informe del propio año más 17 casos donde se conoce en otros informes) la información se divulga exactamente como se indica en las normas. Un ejemplo típico de este tipo de divulgación se aprecia en la **figura 4**, que corresponde al informe de la firma ACS, Actividades de Construcción y Servicios, SA del año 2013. Sin embargo, no todos los informes donde se reportan los pagos futuros dan la información de esta manera: algunas empresas proporcionan menor detalle de los pagos (31 informes, un 5,7 % del total) y otros mayor (71 informes, un 13,1 %).

Ejemplos de formas no típicas de divulgar la información sobre los pagos futuros se encuentran en las **figuras 5 y 6**.

Tabla 6. **¿Cómo proporcionan las compañías la información sobre los pagos futuros por arrendamientos operativos?**

Informes con información sobre los pagos futuros	525+17	%
Informes con tres vencimientos como se indica en las normas	440	81,2 %
Informes con menos de tres vencimientos	31	5,7 %
Informes con más de tres vencimientos	71	13,1 %

Figura 4. Extracto de las notas de ACS, SA. Año 2013

	Miles de euros	
	2013	2012
Menos de 1 año	400.254	345.820
Entre 2 y 5 años	946.684	730.924
Más de 5 años	178.716	132.500

Figura 5. Extracto de las notas de Gas Natural SDG, SA. Año 2013

Compra	A 31 de diciembre de 2013						
	Total	2014	2015	2016	2017	2018	y siguientes
Obligaciones por arrendamientos operativos	1.077	100	40	37	49	54	797
Obligaciones por compras de energía	105.588	10.132	9.220	9.238	9.537	8.461	59.000
Obligaciones por compras de combustible nuclear	43	20	23	–	–	–	–
Obligaciones por transporte de gas natural	3.170	216	220	219	221	239	2.055
Compromisos de inversión	1.141	416	12	356	357	–	–
Total obligaciones contractuales	111.019	10.884	9.515	9.850	10.164	8.754	61.852

Figura 6. Extracto de las notas de Telefónica, SA. Año 2013

Calendario esperado de pagos El calendario esperado de pagos en millones de euros para los próximos años en concepto de arrendamientos operativos y por compromisos de compra (no cancelables sin coste de penalización) se detalla a continuación:					
31-12-2013	Total	Menos de 1 año	De 1 a 3 años	De 3 a 5 años	Más de 5 años
T. Latinoamérica	5.339	749	1.326	1.193	2.071
T. Europa	3.388	626	880	614	1.268
Otros	608	128	169	112	199
Arrendamientos operativos	9.335	1.503	2.375	1.919	3.538
Compromisos por contrataciones y compras	5.285	2.272	1.362	735	916

En general, el análisis que se realiza en esta sección permite obtener las siguientes conclusiones en cuanto a la calidad de la información sobre arrendamientos operativos divulgada por las empresas españolas cotizadas durante el periodo que comprende los años 2005 a 2013:

- La tasa de incumplimiento es elevada. De los 845 casos en los que podemos deducir que la empresa tiene arrendamientos operativos, la información sobre pagos futuros se reporta tal y como indican las normas en 525 (62,1 %).
- El incumplimiento es mayor en los informes correspondientes a los primeros años del periodo analizado (2005-2013). Esto sugiere que la calidad de la información divulgada ha mejorado en los últimos años, y que las empresas necesitan tiempo para adaptarse a un nuevo modelo contable, en el que los requerimientos de divulgación de información son mucho mayores.
- Las empresas informan sobre los arrendamientos operativos de manera heterogénea, es decir, en diferentes partes de las notas. Solo el 23 % de los informes analizados tienen una nota específica para arrendamientos.
- La mayoría de las empresas que reportan los pagos futuros por arrendamientos operativos proporcionan la información en la forma requerida por las normas: los pagos hasta un año; pagos entre dos y cinco años; y pagos en más de cinco años.

5.3. ESTIMACIÓN DE LA DEUDA POR ARRENDAMIENTO OPERATIVO

Para finalizar el análisis empírico, nos planteamos el mismo ejercicio que un analista financiero realiza para incorporar en su proceso de toma de decisiones la deuda por arrendamiento operativo.

Además de proporcionar información sobre la magnitud de este componente de la deuda en las empresas españolas cotizadas, pretendemos en este punto mostrar las divergencias que pueden surgir entre usuarios que consideren metodologías distintas de estimación. En particular, consideramos la metodología de capitalización constructiva de IMHOFF *et al.* (1991) y la metodología que aplica un multiplicador al gasto por arrendamiento reportado por la empresa en la cuenta de resultados.

Utilizamos el último año de la muestra de informes recopilados para realizar las estimaciones, 2013. La muestra en la que es posible trabajar queda restringida a aquellas empresas en las que se reporta la información de los pagos mínimos por arrendamiento operativo, necesaria para aplicar la metodología de capitalización constructiva, y para las que además disponemos del gasto por arrendamiento reportado en la cuenta de pérdidas y ganancias, y que se obtiene de SABI. Por otro lado, consideramos únicamente los casos en los que los pagos futuros están reportados en los tres intervalos de tiempo que indican las normas (menos de un año; entre dos y cinco años; más de cinco años). Por tanto, como se deduce del análisis del apartado anterior, la primera dificultad con la que nos encontramos a la hora de hacer la estimación de la deuda por arrendamiento operativo es la deficiente calidad de la información reportada en la memoria de las empresas. En 2013 disponemos de un total de 65 empresas para las que es posible hacer ambas estimaciones, dado que en algún caso no disponemos del gasto por arrendamiento.

La metodología de capitalización constructiva que proponen IMHOFF *et al.* (1991) consiste básicamente en simular que los arrendamientos operativos hubieran sido tratados como financieros. Para estimar el ajuste del pasivo necesitamos la siguiente información:

- Pagos futuros por arrendamiento operativo: reportados en las notas (cuando se cumplen los requerimientos de las normas).
- Un tipo de interés adecuado: Lo ideal sería utilizar el tipo implícito en cada contrato de arrendamiento. Evidentemente, no es posible disponer de esta información y es necesario plantear algún supuesto. Algunos estudios utilizan un tipo de interés *ad hoc*, por ejemplo IMHOFF *et al.* (1991) utilizan el 10%. Otros utilizan tipos de interés específicos para cada empresa, como el tipo implícito de los arrendamientos financieros o del total de endeudamiento de la empresa, estimados a partir de la información disponible en los estados financieros. Desafortunadamente las empresas analizadas no reportan en general información que nos permita considerar una tasa de descuento específica, por lo que asumimos un 4,5% para toda la muestra¹⁸.

Además, consideramos los siguientes supuestos:

¹⁸ Considerar tasas de descuento mayores implicaría que la estimación de la deuda fuera menor y viceversa. Se trata de una tasa razonable para el periodo analizado. De hecho, la mediana del ratio gastos financieros sobre deuda para las empresas de la muestra es un 4,5%. Las conclusiones obtenidas del análisis no cambian al estimar la deuda con este método utilizando tasas de descuento alternativas del 3% o el 7%.

- Los pagos se sitúan al final de cada año.
- Los pagos futuros para el intervalo «entre dos y cinco años» se reparten linealmente entre los años dos a cinco.
- Los pagos tras el quinto año se asignan linealmente a un número de años igual al resultado de dividir los pagos tras el quinto año por el pago del quinto año y redondeando al alza.

Por su parte, para implementar la metodología basada en multiplicadores únicamente tenemos que elegir el multiplicador a utilizar. La elección del multiplicador es arbitraria, si bien las agencias de *rating* se basan en datos históricos para su estimación. En este caso seguimos la metodología de la agencia Moody's, que considera tres múltiplos en sus estimaciones, 5X, 6X y 8X (Financial Watch, 2007: 17), y elegimos el multiplicador que proporcionará la estimación intermedia, 6X, es decir, la deuda estimada por arrendamiento operativo según esta metodología será seis veces el gasto por arrendamiento reportado en la cuenta de resultados del periodo.

Por lo tanto, para cada empresa, calculamos las siguientes variables:

- *DeudaAO_pagos*: suma de los pagos futuros por arrendamiento operativo reportados.
- *DeudaAO_ILW*: valor presente de los pagos futuros por arrendamiento operativo reportados, calculado aplicando los supuestos mencionados previamente para la metodología de capitalización constructiva.
- *DeudaAO_6X*: seis veces el gasto de arrendamiento reportado en la cuenta de resultados.

Para mostrar evidencia sobre la magnitud de la deuda fuera de balance que mantienen las empresas de la muestra en forma de arrendamientos operativos reportamos los descriptivos de estas variables en términos absolutos (**tabla 7**). Asimismo, dado que en la muestra hay empresas de diversos tamaños, proporcionamos los descriptivos de las mismas variables deflactadas por el pasivo con coste. De este modo, es posible obtener conclusiones en términos relativos, de lo que representa la deuda fuera de balance sobre la deuda con coste reportada en el balance, aproximada a partir del pasivo total menos los acreedores comerciales y otras cuentas a pagar a corto plazo (**tabla 8**). En este caso la muestra se reduce a 62 observaciones, dado que en 3 casos no se dispone del dato de la deuda con coste. Finalmente, al objeto de ilustrar la variabilidad de las distintas estimaciones calculamos el cociente entre *DeudaAO_6X* y *DeudaAO_ILW* (**tabla 9**). Esta variable indica el número de veces que la estimación basada en multiplicadores contiene la estimación de la deuda basada en la metodología de valor presente, y por tanto la dispersión de las estimaciones será tanto mayor cuanto más se aleje de la unidad.

Las 65 empresas de la muestra reportaron compromisos de pago por arrendamiento operativo por un importe agregado de 17.810 millones de euros. El importe medio ascendía a 274 millones

de euros y la mediana estaba en torno a 14 millones de euros. La gran diferencia entre la media y la mediana indica que el volumen de arrendamientos operativos en la muestra varía mucho entre empresas. De hecho, el mínimo está en tan solo 11 mil euros mientras que la empresa que reporta mayor cantidad de pagos tiene 5.586 millones de euros comprometidos¹⁹.

Tabla 7. Magnitud de la deuda por arrendamiento operativo (miles de euros). Año 2013. N = 65

Año	Agregado	Media	Mediana	Mínimo	Máximo
DeudaAO_pagos	17.809.924	273.999	14.434	11	5.586.000
DeudaAO_ILW	14.520.869	223.398	13.080	10	4.321.011
DeudaAO_6X	34.884.075	536.678	43.266	65	9.983.802

La estimación de la deuda obtenida a partir de la metodología de capitalización constructiva (*DeudaAO_ILW*) es inferior a la simple agregación de los pagos. Según esta metodología la deuda agregada de las 65 empresas de las que disponemos de información en el año 2013 es de 14.520 millones de euros, el importe medio asciende a 223 millones de euros y la mediana a 13 millones de euros. Por su parte, la metodología de los multiplicadores arroja una estimación de la deuda (*DeudaAO_6X*) mucho más conservadora, siendo el agregado para las 65 empresas del año 2013 prácticamente el doble del obtenido considerando los pagos reportados, y más del doble del calculado con la metodología de capitalización constructiva, 34.884 millones de euros; la media en este caso es de 537 millones de euros y la mediana de 43 millones de euros. Este resultado es razonable puesto que la metodología de los multiplicadores pretende estimar lo que sería la deuda equivalente a la compra del activo. Además, el hecho de que las empresas únicamente reporten en la memoria los pagos mínimos de los arrendamientos no cancelables supone infraestimar la deuda cuando se aplica la metodología de capitalización constructiva.

Tabla 8. Deuda estimada por arrendamiento operativo sobre deuda con coste. Año 2013. N = 62

Año	Media	Mediana	Cuartil 1	Cuartil 3	Mínimo	Máximo
DeudaAO_ILW/Deuda con coste	0,400	0,073	0,027	0,182	0,001	9,114
DeudaAO_6X/Deuda con coste	7,216	0,199	0,077	0,577	0,001	373,788

¹⁹ La empresa que reporta el mínimo de 11 mil euros es EUROESPES, SA y la que reporta el máximo INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, SA.

Los descriptivos presentados en la **tabla 8** corresponden a los ratios *DeudaAO_ILW* y *DeudaAO_6X* sobre deuda con coste reportada en el balance. Dado que los valores extremos de los ratios pueden distorsionar su valor medio, es más adecuado basar las conclusiones en los estadísticos que no se ven afectados por los valores extremos (mediana y cuartiles). También en estos indicadores se observa gran dispersión. Por ejemplo, mientras que el 25 % de las empresas con indicadores más bajos tienen una proporción de deuda por arrendamiento operativo inferior al 2,7 % (o 7,7 % según el indicador utilizado) del pasivo con coste, el 25 % de compañías con los indicadores más altos tienen un ratio arrendamiento operativo sobre deuda con coste superior al 18,2 % (o 57,7 %).

Por último, y aunque en las **tablas 7 y 8** ya es posible apreciar que la estimación de la deuda por arrendamiento operativo derivada de la metodología de capitalización es muy inferior a la estimada a partir del método de los multiplicadores, en la **tabla 9** se muestran los descriptivos del cociente entre ambas estimaciones. También en este caso se generan valores extremos, y por lo tanto basamos las conclusiones en la mediana y los cuartiles. En general, la deuda estimada por arrendamiento operativo es mayor utilizando la metodología del multiplicador del gasto. De hecho, como muestra la segunda columna de la **tabla 9**, en el 83 % de los casos el cociente entre las dos estimaciones es mayor que 1. La mediana es mayor que 3 y el tercer cuartil casi 5, lo que indica que en al menos la mitad de la muestra la deuda estimada aplicando el multiplicador 6X es más de 3 veces la estimada con el método de capitalización constructiva, y en el 25 % de las observaciones es casi 5 veces.

Tabla 9. Estimación con la metodología de multiplicadores (*DeudaAO_6X*) sobre estimación con la metodología de capitalización constructiva (*DeudaAO_ILW*). Año 2013. N = 65

	% > 1	Media	Mediana	Cuartil 1	Cuartil 3
DeudaAO_6X/ DeudaAO_ILW	83,08 %	195,953	3,203	1,510	4,820

6. CONCLUSIONES

El cambio normativo que se ha producido recientemente en las normas de arrendamientos del IASB y del FASB es un claro ejemplo de los principales problemas que el regulador contable puede encontrarse en su proceso de normalización. Estos problemas han quedado reflejados a lo largo del trabajo, en el que se han expuesto las causas y los potenciales efectos económicos de este importante cambio normativo, que será efectivo para las empresas que aplican NIIF o US GAAP en los estados financieros preparados con posterioridad al 1 de enero de 2019. Plantear la perspectiva histórica del cambio es fundamental para entender el porqué del mismo; como también lo es prever sus potenciales efectos económicos a la hora de elegir entre distintas alternativas que sean conceptualmente aceptables.

En el proceso de normalización contable el primer problema con el que puede encontrarse el regulador es de carácter conceptual. La Contabilidad Financiera no es una ciencia exacta, sino una disciplina cuyo objetivo es medir y representar en unos estados financieros la realidad económica de la empresa. Los criterios que las normas establecen para representar y medir esa realidad económica deben ser consistentes con las definiciones de los elementos patrimoniales y con los criterios de reconocimiento y valoración recogidos en el Marco Conceptual de la Contabilidad. Las normas de arrendamientos a las que sustituyen la NIIF 16 y la ASU 2016-02, la NIC 17 y el SFAS 13 respectivamente, se elaboraron con anterioridad a la publicación de los Marcos Conceptuales del IASB y del FASB, y es evidente que son inconsistentes con sus definiciones de activo y pasivo, generalmente aceptadas en todo el mundo. Esta es una de las causas del cambio. En todo contrato de arrendamiento, incluidos los clasificados como operativos según las normas anteriores, se generan activos y obligaciones. Elaborar normas contables que no contengan este tipo de inconsistencias y eliminar las que puedan existir es una obligación del regulador, porque redundaría en modelos contables de mayor calidad. En este sentido, puede decirse que las nuevas normas de arrendamientos son de mayor calidad que las sustituidas, puesto que ahora todos los arrendamientos generan el reconocimiento de activos y pasivos en el balance de situación.

El segundo problema asociado a la normalización contable tiene que ver con el hecho de que la práctica contable no solo viene determinada por la normativa, sino que hay otros factores que la configuran, como los incentivos que tienen los preparadores de los estados financieros de utilizar la flexibilidad contable para influir en las decisiones de los usuarios. Se da la circunstancia de que las normas de arrendamientos sustituidas permitían reducir el endeudamiento reportado por el arrendatario en el balance. Esto es posible cuando los arrendamientos se clasifican como operativos bajo la NIC 17 y el SFAS 13; algo que la práctica ha mostrado como relativamente sencillo, sobre todo con la guía de aplicación basada en reglas del SFAS 13. Hay evidencia de que los arrendamientos operativos se han convertido en una de las principales fuentes de endeudamiento fuera de balance. Intentar corregir este tipo de problemas es también obligación del regulador. Las nuevas normas no eliminan los incentivos de los preparadores para dejar la deuda fuera del balance, pero sí les privan de uno de los mecanismos de los que se servían para hacerlo.

Un tercer problema al que se enfrenta el regulador contable es la presión de los preparadores de estados financieros, que son los principales afectados por las normas contables al asumir totalmente el coste de elaboración de la información. La implementación de las nuevas normas de arrendamientos va a generar costes importantes para adaptar los sistemas de información de las compañías, e incrementará los costes de preparación de los estados financieros periódicos en el futuro. Hay quienes señalan que el regulador no ha tenido en cuenta estas cuestiones a la hora de emitir las nuevas normas de arrendamientos. Sin embargo, hay dos matizaciones que cabe hacer ante esta crítica. La primera, que a lo largo de los diez años que ha durado el proceso de cambio se han introducido simplificaciones y modificaciones con respecto a la propuesta inicial que, aunque pueden parecer cesiones del regulador ante las presiones de los grupos de poder, obedecen a la necesidad de que la normalización contable sea eficiente desde el punto de vista coste-beneficio, es decir, que los beneficios de la información que surge de su aplicación superen a los costes de prepararla que inevitablemente asumen las compañías. Y la segunda matización es que los re-

guladores consideran que la efectividad coste-beneficio de la alternativa contable desarrollada en las nuevas normas es la mejor entre las diversas alternativas barajadas, incluida la que establecían las normas anteriores.

El último problema al que se enfrenta el regulador contable que vemos reflejado en el proceso de cambio de las normas de arrendamientos es la enorme dificultad para medir la utilidad de la información contable que se deriva de la implementación de sus normas, y por tanto cuantificar esos potenciales beneficios con base en los cuales se justifica el cambio. Los beneficios de la normalización contable los disfrutan múltiples usuarios. Según los reguladores, la mayoría consideran deuda los flujos por arrendamiento operativo futuro, y ya ajustan las cifras contables en su proceso de toma de decisiones. Sin embargo, esos ajustes se basan en la información revelada en las notas a los estados financieros exigida bajo las normas previas, que es insuficiente y relativamente opaca, lo que redundará en falta de comparabilidad. El análisis descriptivo en el contexto de las empresas españolas cotizadas que se presenta en la última sección del trabajo soporta este argumento. Las nuevas normas trasladan a las propias empresas la tarea de ofrecer las cifras ajustadas, lo que en términos de comparabilidad es positivo; pero también puede ser problemático si al tratar por igual todos los arrendamientos no se ofrece la información desglosada que algunos usuarios necesitan. Los reguladores entienden que la alternativa de mejorar la información a revelar en las notas no es sustitutiva de la de exigir la incorporación de los activos y pasivos derivados de los arrendamientos operativos en el balance. En todo caso, complementar la capitalización de todos los arrendamientos con una adecuada revelación en las notas es importante.

No podemos acabar sin hacer referencia a cómo afectará el cambio normativo en España. Si, como previsiblemente ocurrirá, la Unión Europea adopta la NIIF 16, esta norma solo va a tener impacto directo en los estados financieros consolidados de los grupos cotizados, que están obligados a aplicar las NIIF adoptadas por la Unión Europea. Para que el resto de estados financieros (individuales de las cotizadas, y consolidados e individuales de las no cotizadas) se vean directamente afectados por el cambio, debería modificarse el PGC. No es previsible que para las empresas más pequeñas (las microempresas) este cambio vaya a implementarse, porque ya bajo las normas actuales se establecen criterios que simplifican el tratamiento de los arrendamientos financieros de estas compañías, que pueden dejar de capitalizarse. Sin embargo, si deseamos que nuestro modelo contable siga «armonizado» con el modelo del IASB, el resto de empresas sí podrían verse afectadas en el medio plazo. Si no se cambia el PGC, el tratamiento contable de los arrendamientos será una fuente importante de diversidad contable a tener en cuenta a la hora de plantear cualquier ejercicio de análisis financiero que implique comparar empresas que aplican esta norma con empresas que adopten el modelo de la NIIF 16.

Bibliografía

- ALISSA, W.; BONSALE, S. B.; KOHARKI, K. y PENN, M. W. [2013]: «Firms' use of accounting discretion to influence their credit ratings», *Journal of Accounting & Economics*, 55(2-3), págs. 129-147.
- ALTAMURO, J.; JOHNSTON, R.; PANDIT, S. y ZHANG, H. [2014]: «Operating leases and credit assessments», *Contemporary Accounting Research*, 31(2), págs. 551-580.
- ANG, J. y PETERSON, P. [1984]: «The leasing puzzle», *Journal of Finance* 39(4), págs. 1.055-1.065.
- BARRAL, A.; CORDOBÉS, M. y RAMÍREZ, J. [2014]: «Los arrendamientos operativos: impacto de su reconocimiento en los estados financieros y en la política de financiación de las compañías españolas y del Reino Unido», *Revista de Contabilidad*, 17(2), págs. 212-223.
- BENNETT, B. y BRADBURY, M. [2003]: «Capitalizing non-cancelable operating leases», *Journal of International Financial Management and Accounting*, 14(2), págs. 101-114.
- CASKEY, J. y OZEL, B. N. [2015]: «Reporting and non-reporting incentives in leasing: Evidence from the airline Industry», *Institute of Global Finance*, Working Paper No. 3.
- COLLINS, D. L.; PASEWARK, W. R. y RILEY, M. E. [2012]: «Financial reporting outcomes under rules-based and principles-based accounting standards», *Accounting Horizons*, 26(4), págs. 681-705.
- COOK, D. C. [1963]: «The case against capitalizing leases», *Harvard Business Review*, 41(1), págs. 145-161.
- DECHOW, P.; GE, W. y SCHRAND, C. [2010]: «Understanding earnings quality: A review of the proxies, their determinants and their consequences», *Journal of Accounting and Economics*, 50(2-3), págs. 344-401.
- DELOITTE [2011]: *How prepared is your organization to cope with these new standards? A Deloitte survey on the FASB's proposed changes to lease accounting standards*.
- [2016]: *NIIF 16 Arrendamientos. Lo que hay que saber sobre cómo van a cambiar los arrendamientos. Mantente actualizado*. Grupo Técnico | IFRS Centre of Excellence, Febrero.
- DEMERJIAN, P. R. [2011]: «Accounting standards and debt covenants: Has the "balance sheet approach" led to a decline in the use of balance sheet covenants?», *Journal of Accounting and Economics*, 52, págs. 278-202.
- DIETER, R. [1979]: «Is lessee accounting working?», *The CPA Journal*, 49(8), págs. 13-19.
- DUKE, C. J.; HSIEH, S. y SU, Y. [2009]: «Operating and synthetic leases: Exploiting financial benefits in the post-Enron era», *Advances in Accounting, Incorporating Advances in International Accounting*, 25(1), págs. 28-39.
- DUROCHER, S. [2008]: «Canadian evidence on the constructive capitalization of operating leases», *Accounting Perspectives*, 7(3), págs. 227-256.
- FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (FASB) [1976]: *Accounting for Leases. SFAS No. 13*. Disponible en: <http://www.fasb.org/resources/ccurl/62/358/fas13.pdf>
- FINANCIAL WATCH [2007]: *Capitalization of operating leases by credit rating agencies. Different agencies use different methods*, febrero.
- FORBES [2005]: «Lease accounting gets uglier», 14 marzo.
- FÜLBIER, R. U.; SILVA, J. L. y PFERDEHIRT, M. H. [2008]: «Impact of lease capitalization on financial ratios of listed German companies», *Schmalenbach Business Review*, 60(2), págs. 122-144.

GILL-DE-ALBORNOZ, B. y RUSANESCU, S. [2015]: «Capitalizando los arrendamientos operativos: el caso Inditex», I premio de casos prácticos para másteres en contabilidad y auditoría. ASEPUC.

GOODACRE, A. [2003]: «Operating lease finance in the UK retail sector», *International Review of Retail, Distribution and Consumer Research*, 13(1), págs. 99-125.

IMHOFF, E.; LIPE, R. y WRIGHT, D. [1991]: «Operating leases: Impact of constructive capitalization», *Accounting Horizons*, 5(1), págs. 51-63.

– [1993]: «The effects of recognition versus disclosure on shareholder risk and executive compensation», *Journal of Accounting, Auditing, and Finance*, 8(4), págs. 335-368.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS COMMITTEE (IASC) [1982]: *IAS 17: Leases*.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IASB) [2007]: *History of lease accounting. Information for observers. Board Meeting: 22 March. Project: Leases. Agenda paper 12C*.

– [2015]: *Snapshot: Conceptual Framework for financial reporting. Exposure draft*, May.

IASB/FASB [2010]: *Exposure Draft 2010/9: Leases*.

– [2011]: *Comment letter summary. Staff paper. Agenda paper 5A/FASB memo 123*.

– [2013]: *Snapshot: Leases of ED/2013/6*.

JAAFAR, A. y MCLEAY, S. [2007]: «Country effects and sector effects on the harmonization of accounting policy choice», *Abacus*, 43(2), págs. 156-189.

LEONE, M. [2010]: «Taking the "ease" out of "lease"?», *CFO*, 26(10), págs. 52-55.

LIM, S. C. [2014]: «The information content of disaggregated accounting profitability: Operating activities versus financing activities», *Review of Quantitative Finance & Accounting*, 43(1), págs. 75-96.

MCGREGOR, W. [1996]: «Accounting for leases: A new approach», Stamford, CT: *Financial Accounting Standards Board*.

MONSON, D. W. [2001]: «The conceptual framework and accounting for leases», *Accounting Horizons*, 15(3), págs. 275-287.

MULFORD, C. y GRAM, M. [2007]: «The effects of lease capitalization on various financial measures: An analysis of the retail industry», *Journal of Applied Research in Accounting & Finance*, 2(2), págs. 3-13.

SEC [2005]: *Report and recommendations pursuant to Section 401(c) of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 on arrangements with off-balance sheet implications, special purpose entities, and transparency of filings by issuers*, Washington, DC.

SMITH, C. W. y WAKEMAN, L. M. [1985]: «Determinants of corporate leasing policy», *The Journal of Finance*, 40(3), págs. 895-908.

PROCESO SELECTIVO MEDIANTE CONCURSO-OPOSICIÓN PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE INSPECTORES DE ENTIDADES DE CRÉDITO (EJERCICIO DE CONTABILIDAD)

Javier González Sainza

Profesor del Departamento de ADE y Economía. UDIMA

(Proceso selectivo mediante concurso-oposición para proveer veinticinco plazas en el nivel 9 del Grupo directivo, para desempeñar cometidos de inspector de entidades de crédito [ejercicio de contabilidad]. Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de 17 de noviembre de 2015.)

Sumario

- Caso 1.** Estado de cambios en el patrimonio neto (con efecto fiscal).
- Caso 2.** Emisión de obligaciones convertibles.
- Caso 3.** Operaciones intragrupo en consolidación por método de integración global.
- Caso 4.** Acciones propias en la sociedad dependiente en un grupo consolidable.
- Caso 5.** Análisis del punto muerto y rentabilidad.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

Estado de cambios en el patrimonio neto

La sociedad Deaton, SA es una empresa dedicada la compraventa de libros y realiza su contabilidad de acuerdo al Plan General de Contabilidad de 2007 (PGC07). A continuación, se detallan determinadas actividades realizadas por la empresa durante los ejercicios 2014 y 2015, así como información relevante sobre distintas partidas del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias:

1. La empresa adquirió el 1 de enero de 2014 acciones de dos empresas cotizadas: Libro, SA y Jungla, SA. En el cuadro siguiente se ofrece información sobre la finalidad de la adquisición, los precios de adquisición y los valores razonables en las fechas de cierre de los siguientes años.

Activos financieros	Precio de adquisición 01-01-2014	Valor razonable 31-12-2014	Valor razonable 31-12-2015
Libro, SA (cartera disponible para la venta)	50.000 €	58.000 €	70.000 €
Jungla, SA (cartera de negociación)	20.000 €	18.000 €	22.000 €

2. El 31 de diciembre de 2015 la empresa decidió vender todas las acciones de Libro, SA por 70.000 euros, que cobró en efectivo. Las acciones de Jungla, SA sin embargo se mantienen en el balance.
3. El 1 de octubre de 2015 la empresa descubre que hay un error en la valoración de las existencias finales del ejercicio 2014, que estaban infravaloradas en 10.000 euros.
4. La empresa tiene contabilizado en su pasivo un préstamo recibido el 1 de enero de 2015 por importe de 40.000 euros con vencimiento en 3 años (31 de diciembre de 2017), fecha en la que se amortiza todo el principal. El préstamo devenga un interés anual variable referenciado al euríbor a un año que se paga cada año el 31 de diciembre.
5. La empresa contrató el 1 de enero de 2015 una permuta financiera de intereses (IRS) con el objetivo de cubrirse del impacto de la variación del euríbor en el préstamo descrito en el punto 4 anterior. El IRS se contrata a 3 años sobre un notional de 42.000 euros acordando pagar un tipo de interés fijo del 3 % y cobrando el euríbor a un año, el 31 de diciembre de cada año.

El valor razonable de la permuta financiera y el euríbor a un año son los siguientes en las fechas indicadas:

	01-01-2015	31-12-2015
Valor razonable del IRS	0	792 €
Euríbor a 1 año	3 %	4 %

En el siguiente cuadro se detallan las partidas que forman el patrimonio neto de la empresa en las fechas indicadas (en euros):

Patrimonio neto Deaton, SA	31-12-2014	31-12-2015
Capital social	200.000	200.000
Reserva legal	20.000	20.000
Reservas voluntarias	60.000	100.000
Resultado del ejercicio (beneficios)	40.000	50.000
Ajustes por valor razonable (13X)	Debe calcularse en el ejercicio (1)	Debe calcularse en el ejercicio (1)
(1) El saldo de esta partida no se facilita porque debe calcularse como parte de la resolución de este ejercicio, sabiendo que se han contabilizado todos los asientos derivados de las operaciones descritas anteriormente.		

Se pide (con efecto fiscal):

1. Realizar los asientos contables en forma de libro diario relativos a los años 2014 y 2015, relacionados con las operaciones descritas en los puntos 1 a 5 del enunciado. Estas operaciones ya están registradas en el cuadro relativo al patrimonio neto anterior. Calcular el saldo final de la partida «Ajustes por valor razonable» del patrimonio neto.

Se debe tener en cuenta el efecto fiscal, considerando un tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades del 30%. Asimismo, se deben utilizar para la realización de los asientos contables las cuentas de los grupos 8 y 9 cuando proceda.

2. Elaborar el apartado A del estado de cambios en el patrimonio neto correspondiente a los ejercicios 2014 y 2015, siguiendo el modelo del cuadro que se muestra a continuación:

Estado de ingresos y gastos reconocidos	Año 2014	Año 2015
A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias		
B) Ingresos y gastos directamente a patrimonio neto		
Por valoración de activos		
Por coberturas		
Por subvenciones		
Por efecto impositivo		
C) Transferencias de patrimonio a la cuenta de pérdidas y ganancias		
Por valoración de activos		
Por coberturas		
Por subvenciones		
Por efecto impositivo		
Total ingresos y gastos reconocidos		

SOLUCIÓN

APARTADO 1

Contabilización de operaciones relacionadas con activos financieros disponibles para la venta y cartera de negociación

1. A 1 de enero de 2014, por la adquisición de las acciones detalladas en el punto 1.

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (Libro, SA)	50.000	
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio (Jungla, SA)	20.000	
572	Bancos e institución de crédito c/c vista, euros		70.000

2. A 31 de diciembre de 2014, por la actualización a valor razonable de las acciones (Libro, SA) detalladas en el apartado 1 conforme al tratamiento contable de valoración posterior de la norma de registro y valoración (NRV) 9.ª 2.6 del Real Decreto 1514/2007.

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (Libro, SA) (58.000 – 50.000)	8.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		8.000

3. Por el efecto fiscal al no reconocerse el valor fiscal de la plusvalía reconocida contablemente, se genera una diferencia temporaria imponible que da lugar al nacimiento de un pasivo por diferencias temporarias imponibles al multiplicar dicha diferencia en origen por el tipo de gravamen que se espera esté vigente en la fecha de reversión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido (30 % × 8.000)	2.400	
479	Pasivo por diferencia temporaria imponible		2.400

4. Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9 y cálculo de la cuenta 133, «Ajustes por cambios de valor»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	8.000	
8301	Impuesto diferido		2.400
133	Ajustes por cambios de valor en activos financieros disponibles para la venta		5.600

5. Por el tratamiento contable de las acciones de Jungla, SA clasificadas contablemente como cartera de negociación, conforme a lo establecido en la NRV 9.ª 2.3:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6630	Pérdidas cartera de negociación	2.000	
	(18.000 – 20.000)		
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio (Jungla, SA)		2.000

6. Por el correspondiente efecto fiscal, dicha reducción en valor razonable será considerada gasto fiscalmente deducible en el ejercicio, reduciendo el gasto por impuesto corriente (6300) y la deuda con la Hacienda pública por impuesto sobre sociedades (4752) si la cuota diferencial sale a ingresar.
7. A 31 de diciembre de 2015 y previo a la venta de las acciones que se tienen en cartera de la sociedad Libro, SA procedemos a su actualización a valor razonable con el correspondiente efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (Libro, SA) (70.000 – 58.000)	12.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		12.000

8. Por el efecto fiscal, con análoga justificación a la realizada al registrar el efecto impositivo del activo financiero disponible para la venta en las operaciones del punto 1:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido [(70.000 – 58.000) × 30 %]	3.600	
479	Pasivo por diferencia temporaria imponible		3.600

9. A 31 de diciembre de 2015, tras la actualización a valor razonable, se procede a transferir a la cuenta de pérdidas y ganancias el valor de los ajustes por cambios de valor en activos financieros disponibles para la venta:

Código	Cuenta	Debe	Haber
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta (70.000 – 50.000)	20.000	
7632	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		20.000

10. Por la reversión del efecto fiscal, dado que al pasar a través de la cuenta «Beneficio en activos financieros disponibles para la venta», incrementará el resultado contable antes de impuestos y ahora sí que se admitirán fiscalmente (aumento del «Impuesto corriente» [6300]). El pasivo por diferencias temporarias imposables queda saldado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivo por diferencia temporaria imponible	6.000	
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
8301	Impuesto diferido $[(70.000 - 50.000) \times 30\%]$		6.000

11. Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9 en 2015 y cierre de la cuenta 133, «Ajustes por cambios de valor de activos financieros disponibles para la venta»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	12.000	
8301	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (Libro, SA) $[(20.000 - 12.000) \times 30\%]$	2.400	
133	Ajustes por cambios de valor en activos financieros disponibles para la venta	5.600	
802	Transferencia a resultados de beneficios en activos financieros disponibles para la venta		20.000

12. Finalmente, por la baja del activo financiero y cobro de los 70.000 euros:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	70.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (Libro, SA)		70.000

13. Por la actualización de la inversión de naturaleza especulativa en el patrimonio neto de Jungla, SA:

Código	Cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio (Jungla, SA)	4.000	
7630	Beneficios de cartera de negociación $(22.000 - 18.000)$		4.000

14. En cuanto al efecto fiscal, dicha reducción en valor razonable será considerada gasto fiscalmente deducible en el ejercicio, reduciendo el gasto por impuesto corriente (6300) y la deuda con la Hacienda pública por impuesto sobre sociedades (4752).

Contabilización de operaciones relacionadas con el error contable

15. El 1 de octubre de 2014, por la infravaloración de las existencias finales de 2014, con carácter retrospectivo afectando a las cuentas de patrimonio correspondientes:

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Existencias (mercaderías)	10.000	
113	Reservas voluntarias		10.000

16. Por el efecto impositivo, implicará un pago adicional en materia de impuesto sobre sociedades (art. 11.3.1.º de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades) bajo interpretación normativa. El registro contable del ingreso con posterioridad al ejercicio de devengo implicó la errónea imputación contable (tardía) de los ingresos, lo que habrá dado lugar a una autodeclaración rectificativa del ejercicio anterior:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	3.000	
6301	Impuesto diferido (30 % $\times$ 10.000)		3.000

17. Al cierre del ejercicio, dará de baja las existencias que junto al asiento de apertura y el de corrección en libro diario por referencia a fecha 1 de octubre de 2015 habrá quedado por el saldo corregido.

Contabilización de operaciones relacionadas con el préstamo y el IRS

18. A 31 de diciembre de 2015, por la contabilización del devengo de intereses del préstamo y pago del mismo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	1.200	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (3 % $\times$ 40.000) ...		1.200

19. Por el instrumento de cobertura, conforme a NRV 9.ª 6 del PGC del Real Decreto 1514/2007, se establece como hipótesis una designación formal de la misma en el momento inicial, esperando la empresa que la anterior cobertura sea altamente eficaz tanto en el momento inicial como a lo largo de la cobertura de forma prospectiva. Tras realizar un análisis prospectivo, y ante cambios en los flujos de efectivo

de la partida cubierta debidos al riesgo cubierto, estos serán compensados casi completamente por los cambios en los flujos de efectivo del instrumento de cobertura. Es cierto que el nocional del instrumento de cobertura, la permuta sobre intereses, es superior al principal del préstamo en $(42.000 - 40.000)/42.000$, por lo que un 4,76% del derivado no se considerará instrumento de cobertura, debiendo contabilizarse de forma especulativa.

El 1 de enero de 2015 el IRS tiene un valor nulo. A 31 de diciembre de 2015 $[42.000 \times (4\% - 3\%)/1,04^1 + 42.000 \times (4\% - 3\%)/1,04^2]$ tiene un valor aproximado de 792 euros, similar al proporcionado en el enunciado del ejercicio.

20. A 31 de diciembre de 2015, por la actualización del valor razonable del derivado financiero:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2553	Activos por derivados financieros a largo plazo, instrumentos de cobertura $[(40.000/42.000)\% \times 792]$	754,29	
2550	Activos por derivados financieros a largo plazo, cartera de negociación $[(2.000/42.000)\% \times 792]$	37,71	
910	Beneficio por cobertura de flujos de efectivo $[(40.000/42.000)\% \times 792]$		754,29
7633	Beneficio instrumento de cobertura (parte ineficaz) $[(2.000/42.000)\% \times 792]$		37,71

21. Por el efecto impositivo, del instrumento derivado en su proporción considerada cobertura de flujo de efectivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	226,29	
479	Pasivo por diferencias temporarias imponibles $(30\% \times 754,29)$...		226,29

22. Por la regularización de las cuentas 8 y 9 así como de la 134, «Ajustes por cambios de valor de coberturas de flujos de efectivo»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
910	Beneficios por coberturas de flujos de efectivo	754,29	
1340	Ajustes por cambios de valor por cobertura de flujos de efectivo $(70\% \times 754,29)$		528
8301	Impuesto diferido		226,29

23. No hay cobro del flujo de caja a 31 de diciembre de 2015, dado que la parte fija y la referencia al euríbor están igualadas al fijarse a 1 de enero de 2015 en $(3\% - 3\%) \times 42.000$.

El saldo de los ajustes a valor razonable es:

Saldo ajuste por cambio valor (13X)	2014	2015
+/(-) 133, «Ajustes por cambios de valor de activos financieros disponibles para la venta»	5.600	0
+/(-) 1340, «Ajustes por cambios valor de coberturas de flujos de efectivo»	0	528
(=) Saldo total ajustes por cambios de valor	5.600	528

Como consecuencia de la corrección realizada, el componente de patrimonio neto 129, «Resultado del ejercicio», en 2014 debería estar reexpresado en 7.000 superior (47.000) y en 2015, la cuenta 113, «Reservas voluntarias», mostrada ya incluye dicho impacto enmendado realizado en fecha 1 de octubre de 2015 con origen en 2014.

APARTADO 2

Estado de ingresos y gastos reconocido	2014	2015
A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias	47.000 (1)	50.000
B) Ingresos y gastos directamente a patrimonio neto	5.600	8.928
Por valoración de activos	8.000	12.000
Por coberturas		754,29
Por subvenciones		
Por efecto impositivo	(2.400)	(3.826,29)
C) Transferencia de patrimonio a la cuenta de pérdidas y ganancias	0	(14.000)
Por valoración de activos		(20.000)
Por coberturas		
		.../...

Estado de ingresos y gastos reconocido	2014	2015
.../...		
Por subvenciones		
Por efecto impositivo		6.000
Total ingresos y gastos reconocido	52.600	44.928
(1) Teniendo en cuenta que la subsanación del error se ha de considerar a efectos comparativos en el ejercicio de origen (40.000 + 10.000 – 3.000).		

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

Emisión de obligaciones convertibles

La sociedad Macael, SA ha realizado una emisión de obligaciones convertibles el 1 de enero de 2014 con las siguientes características:

Obligaciones convertibles	Características de la emisión
Número de obligaciones emitidas	40.000
Tipo de emisión	Emisión a la par
Valor nominal	100 euros
Vencimiento	3 años, venciendo el 31 de diciembre de 2016
Cupones	Tipo de interés fijo del 2,5 %
Pago del cupón	Pagadero a año vencido cada 31 de diciembre
Gastos de colocación de la emisión	3.000 euros
Conversión al vencimiento	Al vencimiento las obligaciones tienen la opción (ejercitable) de conversión de 1 obligación por 1 acción de la sociedad Laisleta, SA (no vinculada)

Se tiene además la siguiente información adicional:

- En el mercado, los bonos emitidos con el mismo plazo y similares características pero sin la cláusula de conversión tienen un tipo de interés a vencimiento del 6 % (TIR).

- En la fecha del vencimiento no se ejercita la opción de conversión y los inversores reciben el reembolso de la emisión.
- Los valores de la opción de conversión, debido a las variaciones del valor de las acciones de Laisleta, SA, son los siguientes:

Fecha	Valor razonable de la opción (en euros)
31-12-2014	450.000
31-12-2015	320.000
31-12-2016	0

Se pide (sin efecto fiscal):

1. Realizar los asientos contables de la emisión de obligaciones para el emisor (estados individuales de Macael, SA) en las siguientes fechas: 1 de enero de 2014; 31 de diciembre de 2014; 31 de diciembre de 2015 y 31 de diciembre de 2016. Explicar los cálculos realizados.
2. En el supuesto de que Laisleta, SA fuera una sociedad dependiente de Macael, SA:
 - a) Razonar si el registro contable de las obligaciones convertibles en los estados individuales de Macael, SA hubiera sido el mismo o no que el realizado en el apartado 1 (no es necesario hacer ningún asiento contable).
 - b) Partiendo de su respuesta en a), razonar si hubiera sido necesario realizar ajustes de eliminación para preparar los estados consolidados de 31 de diciembre de 2015. En caso afirmativo, elabore dichos ajustes.

SOLUCIÓN

APARTADO 1

Conforme a la NRV 9.ª 5 del PGC del Real Decreto 1514/2007, dado que la opción de conversión emitida lo es sobre instrumentos de patrimonio neto de terceros no vinculados, se ha de tratar como un instrumento financiero híbrido.

Dicho instrumento financiero híbrido constará, por un lado, de un componente principal pasivo cuya valoración se realizará a coste amortizado conforme se establece para los débitos y partidas a pagar (NRV 9.ª 3.1 del RD 1514/2007) y, por otro, estará conformado por un pasivo instrumento financiero derivado implícito que será tratado contablemente en su reconocimiento y valoración posterior a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias conforme establece la cartera de pasivos financieros mantenidos para negociar (NRV 9.ª 3.3 del RD 1514/2007).

A continuación, se procede a calcular la parte del importe de la emisión que se considerará contrato principal pasivo financiero. Para ello se calcula el valor actual de los flujos de caja esperados de la obligación simple (sin considerar la opción de conversión) descontándose al tipo de interés de mercado para emisiones de similares características y plazo pero sin la cláusula de conversión (6%).

Los flujos de caja esperados en cada momento del tiempo a lo largo de la vida del pasivo son los siguientes:

Flujos de caja	01-01-2014	31-12-2014	31-12-2015	31-12-2016
a) Cupón		100.000	100.000	100.000
b) Principal				4.000.000
c) Total [(a) + b)]		100.000	100.000	4.100.000

El valor actual de los flujos de caja esperados descontados al tipo de interés del 6 % es:

	01-01-2014	31-12-2014	31-12-2015	31-12-2016
Valor actual de flujos de caja al 6 %	3.625.778,33	$+100.000/(1 + 6\%)^1$ 94.339,62	$+100.000/(1 + 6\%)^2$ 88.999,64	$+4.100.000/(1 + 6\%)^3$ 3.442.439,06

A efectos contables, la diferencia entre el precio de emisión (4.000.000) y el valor actual de los flujos de caja (3.625.778,33) se considerará el valor inicial del pasivo derivado (374.221,67) que posteriormente será valorado a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias.

El valor razonable inicial de la opción de compra vendida (cobrada) es el diferencial entre el cupón que pagaría una obligación simple (6%) y el cupón que paga con la obligación convertible incorporada (2,5%), esto es, el 3,5% sobre 40.000 obligaciones $\times$ 100 euros/obligación (140.000) descontados al tipo de interés del 6%.

Flujo caja	Cobrado venta opción	01-01-2014	31-12-2014	31-12-2015	31-12-2016
Cupón simple	6 %		140.000	140.000	140.000
Cupón con opción ..	2,50 %		132.075,47	124.599,50	117.546,70
Spread opción	3,50 %		$+140.000/(1 + 6\%)^1$	$+140.000/(1 + 6\%)^2$	$+140.000/(1 + 6\%)^3$
Valor actual opción compra		374.221,67			

Estos valores serán los empleados para distribuir proporcionalmente los gastos de emisión tal y como a continuación se establece, donde también se explica el tratamiento contable a dar a dichos gastos de emisión.

	Euros	%	Gastos emisión	t = 0
Obligación simple	3.625.778,33	90,64 %	2.719,33	↓ Valor obligación
Derivado	374.221,67	9,36 %	280,67	(669) Otro gasto financiero
Del precio de emisión	4.000.000	100 %	3.000	

La parte de los gastos de emisión atribuida al pasivo derivado financiero (280,67) será considerada directamente como gasto financiero.

La parte de los gastos de emisión atribuida al contrato principal será considerada como menor importe reconocido inicialmente en el valor contable de la obligación (2.719,33), debiendo devengarse los mismos al coste amortizado aplicando el tipo de interés efectivo (TIE) a medida que transcurra el tiempo.

El importe contable de reconocimiento inicial del contrato principal pasivo sin gastos de emisión atribuidos (3.625.778,33), descontados los gastos de emisión atribuidos (2.719,34) ascenderá a 3.623.058,99. El tipo de interés efectivo del 6,0272 % es aquel que iguala la suma de los valores actuales de los flujos de caja esperados descontados a dicho tipo a los 3.623.088,34, tal y como se trata de mostrar en el siguiente cuadro:

	01-01-2014	31-12-2014	31-12-2015	31-12-2016
	-3.623.058,99	100.000	100.000	4.100.000
		$+100.000/(1 + \text{TIE } \%)^1$	$+100.000/(1 + \text{TIE } \%)^2$	$+4.100.000/(1 + \text{TIE } \%)^3$
TIE	6,0272 %			

El cuadro contable (cuadro a coste amortizado) que permitirá contabilizar el contrato principal pasivo conforme al coste amortizado aplicando el tipo de interés efectivo es el siguiente:

Periodo	Valor contable	Intereses totales	Intereses explícitos	Intereses implícitos	Cuota	Amortización valor contable
2014	3.623.058,99	218.369,30	100.000	118.369,30	100.000	118.369,30
2015	3.741.428,30	225.503,67	100.000	125.503,67	100.000	125.503,67
2016	3.866.931,96	233.068,04	100.000	133.068,04	100.000	133.068,04
	4.000.000				4.000.000	-4.000.000

Por su lado, habrá que ir actualizando el derivado implícito-pasivo a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias.

Se procede a la contabilización del instrumento financiero híbrido:

A 1 de enero de 2014, por la emisión de la obligación convertible, con los gastos de emisión ya incluidos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	3.997.000	
669	Otros gastos financieros	280,67	
1765	Pasivo por derivado financiero a largo plazo, cartera de negociación		374.221,67
178	Obligaciones y bonos convertibles a largo plazo		3.623.058,99

A 31 de diciembre de 2014, por el devengo de intereses y pago del cupón:

Código	Cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos	218.369,30	
178	Obligaciones y bonos convertibles a largo plazo		118.369,30
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

A esa misma fecha, por la actualización del valor del derivado financiero pasivo, cuando se encuentra por 450.000 y contablemente estaba previamente por 374.221,67.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6630	Pérdida cartera negociación	75.778,33	
1765	Pasivo por derivado financiero a largo plazo, cartera de negociación (450.000 – 374.221,67)		75.778,33

A 31 de diciembre de 2015, por el devengo de intereses y pago del cupón:

Código	Cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos	225.503,67	
178	Obligaciones y bonos convertibles a largo plazo		125.503,67
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

A esa misma fecha, por la actualización del valor del derivado financiero pasivo, cuando se encuentra por 320.000 y contablemente aún está por 450.000. Se incrementa por un valor 130.000:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1765	Pasivo por derivado financiero a largo plazo, cartera de negociación (320.000 – 450.000)	130.000	
7630	Beneficio cartera negociación		130.000

A 31 de diciembre de 2015 por la reclasificación de largo plazo a corto plazo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1765	Pasivo por derivado financiero a largo plazo, cartera de negociación	320.000	
178	Obligaciones y bonos convertibles a largo plazo	3.741.428,30	
5595	Pasivo por derivado financiero a corto plazo, cartera de negociación		320.000
501	Obligaciones y bonos convertibles a corto plazo		3.741.428,30

A 31 de diciembre de 2016, por el devengo de intereses y pago del cupón:

Código	Cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos	233.068,04	
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
...	...		
501	Obligaciones y bonos convertibles a corto plazo		133.068,04
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

A esa misma fecha, por la actualización del valor del derivado financiero pasivo, cuando ya no tiene valor:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5595	Pasivo por derivado financiero a corto plazo, cartera de negociación (0 - 320.000)	320.000	
7630	Beneficio cartera negociación		320.000

A 31 de diciembre de 2016, por la devolución del valor de reembolso de las 40.000 obligaciones a valor de reembolso nominal dado que ningún tenedor ejerce la opción de conversión en acciones de la sociedad Laisleta, SA:

Código	Cuenta	Debe	Haber
501	Obligaciones y bonos convertibles a corto plazo	320.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		320.000

APARTADO 2

2.a) Si la sociedad Laisleta, SA es una sociedad dependiente de Macael, SA el registro contable individual para Macael, SA seguiría siendo el mismo en cuentas individuales que en el apartado 1 pues lo que hay detrás de la opción de conversión son instrumentos de patrimonio neto de una sociedad dependiente.

2.b) A efectos de estados financieros consolidados la venta de una opción de compra sobre instrumentos de patrimonio neto de la dependiente implicaría el tratamiento de la opción como un instrumento de patrimonio neto consolidado, debiendo valorarse al importe de reconocimiento inicial y no volviéndose a actualizar (cuando se ejerza, tendrá la consideración de una operación con intereses no controladores o socios externos), pasando contablemente a considerarse la emisión de la obligación convertible de un instrumento financiero híbrido en cuentas individuales (obligación sin opción de conversión + derivado financiero/pasivo especulativo) a un instrumento financiero compuesto en el consolidado [obligación sin opción de conversión + opción emitida de compra a favor de socios externos (componente de patrimonio neto consolidado)].

Dicho derivado, en el consolidado, por tanto, no se estaría considerando como un pasivo derivado financiero como se realiza en cuentas individuales y se agrega de las mismas. Tampoco se estaría actualizando a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias.

Llegado el vencimiento, en caso de que se ejerciera la opción por los tenedores, se incrementarían los socios externos y entraría en juego la aplicación del artículo 29 del Real Decreto 1159/2010 (NFCAC) por el que se reduce el porcentaje de participación de la dominante y se incrementan los intereses de socios externos, suponiendo que se mantiene el control sobre la sociedad Laisleta, SA.

Los ajustes necesarios en 2015 implicarían dejar al coste la opción de conversión pues se había agregado al valor razonable tras la actualización en cuentas individuales, reclasificar como instrumento de patrimonio neto el pasivo derivado financiero agregado de individuales que tras ajustes previos estaría al coste y llevar los gastos atribuidos por la emisión de la obligación convertible contra reservas a 31 de diciembre de 2015, en este último caso no solo por ser gastos agregados del 2014 sino porque ahora serían gastos de emisión de instrumentos de patrimonio neto consolidado y estos deben llevarse a reservas del emisor:

Ajuste en balance de situación agregado

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio (Macael) evolución 2015 (320.000 – 450.000)	130.000	
Reservas (Macael) evolución derivado 2014 (450.000 – 374.221,67)		75.778,33
Pasivo por derivado financiero a largo plazo, cartera de negociación		54.221,67

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada

Cuenta	Debe	Haber
Beneficio cartera de negociación	130.000	
Saldo pérdidas y ganancias (Macael)		130.000

Por la reclasificación del pasivo derivado financiero a instrumentos de patrimonio neto por las opciones de conversión emitidas que otorgan derecho (potencial) al tenedor a intercambiar una cantidad fija de dinero representada en los valores representativos de deuda por una cantidad fija de instrumentos de patrimonio neto de empresa del grupo en el consolidado:

Ajuste en balance de situación agregado:

Cuenta	Debe	Haber
Pasivo por derivado financiero a largo plazo, cartera de negociación	374.221,67	
		.../...

Cuenta	Debe	Haber
.../...		
Otros instrumentos de patrimonio neto (opción de conversión emitida potencialmente ejercitable a vencimiento por los tenedores de las obligaciones convertibles que se convertirían en accionistas partícipes del patrimonio en una empresa del grupo y del patrimonio neto consolidado)		374.221,67

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada:

Cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación.		

Por los gastos atribuidos en la emisión al derivado:

Ajuste en balance de situación agregado.

Cuenta	Debe	Haber
Reservas (Macaël)	280,67	
Reservas (Macaël) (gasto y resultado del ejercicio 2014)		280,67

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada:

Cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación.		

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

Operaciones intragrupo en consolidación por método de integración global

La sociedad Wilson, SA compró en 2010 el 80 % de la sociedad Raquetas, SA, formando desde entonces un grupo de sociedades a efectos de consolidación. Ambas sociedades consolidan aplicando el método de integración global, no son pymes y aplican el PGC07.

La sociedad Wilson, SA se dedica a la fabricación y venta de maquinaria específica para la producción de raquetas de tenis. La sociedad Raquetas, SA fabrica y vende dichas raquetas.

El 1 de enero de 2015 la sociedad Wilson, SA vendió dos bienes de su activo a la sociedad Raquetas, SA que se describen a continuación:

1. Una máquina fabricada por la propia Wilson, SA, cuyo coste de producción fue de 2.000 euros. El precio de venta a Raquetas, SA fue de 12.000 euros. La vida útil de la máquina es de 8 años.
2. Un elemento de transporte de su inmovilizado material afectó al negocio por importe de 10.000 euros. El elemento de transporte lo había adquirido Wilson, SA a un concesionario de coches el 1 de enero de 2012 por importe de 15.000 euros con una vida útil de 8 años. El elemento de transporte ha sido amortizado anualmente desde la fecha de adquisición de forma lineal.

Se dispone de la siguiente información adicional:

- La sociedad Raquetas, SA utiliza la máquina adquirida en su proceso de producción para elaborar todas las raquetas que fabrica y vende, incluyendo el gasto por amortización como coste de las mismas.
- Durante el ejercicio 2015, Raquetas, SA ha tenido el siguiente movimiento de existencias de raquetas producidas:
 - Raquetas, SA no tenía existencias iniciales al comenzar el ejercicio.
 - Durante el año 2015 ha fabricado 8.000 raquetas con la máquina adquirida a Wilson, SA de las cuales ha vendido durante el ejercicio 6.000 unidades.
- La sociedad Raquetas, SA clasifica desde el momento de la compra el elemento de transporte como activo no corriente mantenido para la venta de acuerdo con la normativa vigente.
- Respecto al elemento de transporte vendido se conocen los siguientes valores:

Elemento transporte (en euros)	01-01-2015	31-12-2015
Valor razonable	8.300	8.400
Valor razonable menos costes de venta	8.000	8.100

Se pide (sin efecto fiscal), de acuerdo con la normativa española:

1. Realizar los ajustes y/o eliminaciones en forma de asiento de libro diario en relación con la operación interna de compraventa de la máquina y del elemento de transporte,

para formular las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2015. Realizar tanto los ajustes al balance como los ajustes a la cuenta de resultados explicando su cálculo.

2. Realizar los ajustes y/o eliminaciones en forma de asiento de libro diario en relación con la operación interna de compraventa del elemento de transporte, para formular las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2016 si el 31 de diciembre de 2016 el valor razonable es de 6.800 y el valor razonable menos los costes de venta es de 6.500 euros.

SOLUCIÓN

Raquetas es una sociedad dependiente de Wilson al 80 % desde el ejercicio 2010, por lo que Wilson es dominante, teniendo el control sobre Raquetas conforme al artículo 42 del Código de Comercio y encontrándose obligada a consolidar y aplicar tanto a ella como dominante, como a Raquetas el método de integración global establecido en el Real Decreto 1159/2010 por el que se formulan las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas (NFCAC).

APARTADO 1

Venta el 1 de enero de 2015 por parte de Wilson a Raquetas de unas existencias que Raquetas consideraba maquinaria. Parte de la sobrevaloración de la maquinaria como consecuencia del margen interno de la operación se irá incorporando vía amortización de dicha maquinaria al coste de producción de existencias, y estas a su vez se encontrarán sobrevaloradas solo en la proporción de dichas existencias no vendidas a terceros (2.000 uf de 8.000). En la parte vendida a terceros de dichas existencias (6.000 uf de 8.000), se considerará realizado dicho margen interno de 10.000 euros.

A 31 de diciembre de 2015

1. Por la venta intragrupo de Wilson a Raquetas, suponiendo que fue al contado, hay que diferir el beneficio interno de la operación así como eliminar el importe total de la venta y reclasificar lo que eran existencias del grupo a activo no corriente al coste de producción:

Ajuste en balance de situación agregado:

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio (Wilson) (12.000 – 2.000)	10.000	
Maquinaria		10.000

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada:

Código	Cuenta	Debe
Venta mercaderías (Wilson)	12.000	
Saldo pérdidas y ganancias (Wilson)		10.000
Trabajos realizados por el grupo para el inmovilizado		2.000

2. Por la sobreamortización de la maquinaria y reconocimiento transitorio del margen interno a efectos consolidados:

Ajuste en balance de situación agregado:

Código	Cuenta	Debe
Amortización acumulada inmovilizado material (maquinaria) [(12.000 - 2.000)/8]	1.250	
Resultado del ejercicio (Wilson)		1.250

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada:

Código	Cuenta	Debe
Saldo pérdidas y ganancias (Wilson)	1.250	
Amortización inmovilizado material		1.250

3. Al incorporarse como mayor coste de producción de existencias dicho margen interno (el de la sobreamortización anual 2015), el mismo deberá ser diferido en la proporción de las existencias que incorporan dicha amortización como mayor coste de producción y que aún no han sido vendidas a terceros ajenos al grupo. Dichas existencias estarán sobrevaloradas en la sobreamortización anual derivada del margen procedente de la transacción intragrupo:

Ajuste en balance de situación agregado:

Código	Cuenta	Debe
Resultado del ejercicio (Wilson)	312,50	
Existencias finales [(12.000 - 2.000)/8 × (2.000/8.000)]		312,50

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada:

Código	Cuenta	Debe
Variación de existencias	312,50	
Saldo pérdidas y ganancias (Wilson)		312,50

APARTADO 2

Ejercicio 2015

Tratamiento estados financieros individuales para la vendedora intragrupo, sociedad Wilson

Dado que el valor razonable del activo era de 8.300 euros mientras el precio de transferencia era de 10.000, el diferencial en cuentas individuales habrá sido tratado conforme a la NRV 21.^a 1 del PGC (RD 1514/2007) por un importe de 1.700 (10.000 – 8.300) que habrá que atribuir en un 80 % como «ingresos derivados de la percepción de dividendos» (incluso podría llegar a considerarse menor valor de la participación, pero no ha sido la hipótesis empleada) y en un 20 % (procedente de la parte de la dependiente atribuible a los intereses no controladores) como «ingresos excepcionales». Por otro lado, la diferencia entre el valor contable (9.375) y el valor razonable se considerarán pérdidas procedentes del inmovilizado material (8.300, sin tener en cuenta los costes de venta), considerando la transacción realizada a su valor razonable a pesar de que el precio de transferencia entre dominante y dependiente (10.000) fuera superior al razonable (8.300).

Código	Cuenta	Debe	Haber
281	Amortización acumulada	5.625	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000	
671	Pérdida procedente inmovilizado material (9.375 – 8.300)	1.075	
218	Elemento de transporte		15.000
760	Ingresos procedentes de instrumentos de patrimonio neto [80 % × (10.000 – 8.300)]		1.360
778	Ingresos excepcionales [20 % × (10.000 – 8.300)]		340

Tratamiento estados financieros individuales para la compradora intragrupo, sociedad dependiente Raquetas

Dado que el valor razonable del activo era de 8.300 euros mientras el precio de transferencia era de 10.000, el diferencial en cuentas individuales habrá sido tratado conforme a la NRV 21.^a 1 del

PGC (RD 1514/2007) por un importe de 1.700 (10.000 – 8.300) que habrá que atribuir en un 80 % como «distribución de dividendos» y 20 % como «gastos excepcionales». En cuentas individuales, se habrá dado de alta como activo no corriente mantenido para la venta directamente.

Por otro lado, a efectos consolidados del 2015, se ha reclasificado como activo no corriente mantenido para la venta (RD 1514/2007, NRV 7.^a así como IFRS 5 NIIF-UE) lo que implica valorarlo a valor razonable neto en el momento de la reclasificación (8.000), debiendo proceder al deterioro de dicho activo en el momento de la reclasificación en 300 euros [Valor razonable (8.300) – Valor razonable neto (8.000)].

Al clasificarse como activo no corriente mantenido para la venta, se dará de alta por el valor razonable neto (8.000), considerando el deterioro de 300 euros como reversible.

Código	Cuenta	Debe	Haber
580	Inmovilizado	8.300	
113	Reservas voluntarias [80 % × (10.000 – 8.300)]	1.360	
678	Gastos excepcionales [20 % × (10.000 – 8.300)]	340	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
691	Pérdida por deterioro de valor del inmovilizado material	300	
599	Deterioro de valor activos no corrientes mantenidos para la venta		300

A 31 de diciembre de 2015, la sociedad compradora intragrupo, sociedad Raquetas, SA, considerando como hipótesis que continúa como activo no corriente mantenido para la venta no habiéndose realizado reclasificación alguna a activo no corriente, presenta un importe recuperable por 8.100 euros para dicho activo no corriente mantenido para la venta, estableciendo el límite de una posible reversión en 8.300 euros^{1, 2} al considerarse que, para obtener este valor, en

¹ Las opiniones y análisis que aparecen en este documento son responsabilidad de su autor y, por tanto, no necesariamente coinciden con los del organismo redactor del correspondiente enunciado. Cualquier error u omisión, son exclusiva responsabilidad del autor.

² No se ha considerado amortización para el periodo durante el cual está clasificado como activo no corriente mantenido para la venta.

«NIIF 5. Reconocimiento y reversión de las pérdidas por deterioro del valor».

20. La entidad reconocerá una pérdida por deterioro del valor debida a las reducciones iniciales o posteriores del valor del activo (o grupo enajenable de elementos) hasta el valor razonable menos los costes de venta, siempre que no se haya reconocido según el párrafo 19.

el periodo transcurrido desde el alta hasta la reclasificación nunca hubo deterioros y que desde el 1 de enero de 2015, momento de la reclasificación, no es objeto de amortización, realizándose la correspondiente reversión, pudiendo revertirse la diferencia entre el valor razonable neto (8.100 €) y el valor contable previo (8.000 €) = 100 euros.

En el consolidado de 2015, el importe de la reversión relacionado con el importe recuperable cambiaría, estableciendo el límite de la misma en $15.000 - (15.000)/8 \times 3 = 9.375$ euros³ al considerarse que en el periodo desde el alta nunca hubo deterioros y que, desde el 1 de enero de 2015, no es objeto de amortización debido a su reclasificación.

Código	Cuenta	Debe	Haber
599	Deterioro de valor activos no corrientes mantenidos para la venta	100	
791	Reversión del deterioro de valor del inmovilizado material		100

Luego el nuevo valor contable del activo no corriente mantenido para la venta, tanto en cuentas individuales como consolidadas, estaría compuesto de 580, «Inmovilizado» con un saldo deudor de 8.300 euros y la 599, «Deterioro de valor del inmovilizado (activos no corrientes mantenidos para la venta)» por 200 euros respectivamente.

No se realizan los ajustes de cara al consolidado del ejercicio 2015.

Ejercicio 2016

Tratamiento contable individual compradora intragrupo Raquetas, SA

Durante 2016, a 31 de diciembre, al haber transcurrido un año sin haberse vendido, se establece como hipótesis que se continúan cumpliendo las condiciones para estar clasificado como

21. La entidad reconocerá una ganancia por cualquier incremento posterior derivado de la valoración del valor razonable menos los costes de venta de un activo, aunque no por encima de la pérdida por deterioro del valor acumulada que hubiera sido reconocida, ya sea de acuerdo con esta NIIF o previamente, de acuerdo con la NIC 36, «Deterioro del valor de los activos».

³ No se ha considerado amortización para el periodo durante el cual está clasificado como activo no corriente mantenido para la venta.

«NIIF 5. Reconocimiento y reversión de las pérdidas por deterioro del valor».

20. La entidad reconocerá una pérdida por deterioro del valor debida a las reducciones iniciales o posteriores del valor del activo (o grupo enajenable de elementos) hasta el valor razonable menos los costes de venta, siempre que no se haya reconocido según el párrafo 19.

21. La entidad reconocerá una ganancia por cualquier incremento posterior derivado de la valoración del valor razonable menos los costes de venta de un activo, aunque no por encima de la pérdida por deterioro del valor acumulada que hubiera sido reconocida, ya sea de acuerdo con esta NIIF o, previamente, de acuerdo con la NIC 36, «Deterioro del valor de los activos».

activo no corriente mantenido para la venta (e. g. por causa de fuerza mayor inevitable se prorroga). Bajo dicho escenario, no ha de ser amortizado, y al realizar el test de deterioro, se continuará comparando el valor contable con el valor razonable neto (6.500 €). Esta aproximación implica un deterioro adicional del activo de 1.600 euros, pasando de 8.100 euros a 6.500 euros.

Código	Cuenta	Debe	Haber
691	Pérdida por deterioro de valor del inmovilizado material (8.100 – 6.500)	1.600	
599	Deterioro de valor activos no corrientes mantenidos para la venta		1.600

Ajustes necesarios sobre estados financieros agregados para obtener los estados financieros consolidados 2016

A efectos consolidados en el 2016, al continuar en el grupo dicho activo, se debiera eliminar el tratamiento contable aplicado por la NRV 21.^a 1 del PGC del Real Decreto 1514/2007, transacciones entre empresas del grupo a precio de transferencia diferente al valor razonable, reconociendo exclusivamente un deterioro derivado de la reclasificación como activo no corriente mantenido para la venta desde los 9.375 euros hasta el valor razonable, esto es, los 8.300 euros de valor razonable a 1 de enero de 2015. Al tratarse de ajustes de 2015, implicarían afectar las reservas en 2016.

A continuación, se procede a realizar los ajustes de cara al consolidado con explicación de cada uno de ellos:

- Desde la perspectiva de Wilson, sociedad vendedora intragrupo que había realizado la transacción a precio (10.000) superior al valor razonable (8.300) y que, atendiendo a fondo económico, conforme a la NRV 21.^a 1 del PGC, estaba percibiendo dividendos cuando, a efectos consolidados, la operación con margen interno, al quedar entre dos empresas del grupo (sin tener en consideración a los socios externos como terceros ajenos al grupo), queda dentro de la unidad económica y, por tanto, no existe realización de margen interno alguno:

Ajuste en balance de situación agregado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
	Reservas (Wilson) (Ingresos de instrumentos de patrimonio neto 2015) $[80\% \times (10.000 - 8.300)]$	1.360	
	Reservas (Wilson) (Ingresos excepcionales 2015) $[20\% \times (10.000 - 8.300)]$	340	
580	Inmovilizado		1.700

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste de consolidación.		

2. Desde la perspectiva de Raquetas, sociedad compradora intragrupo que había realizado la transacción a precio superior (10.000) al de valor razonable (8.300) y que, atendiendo al fondo económico se estaba descapitalizando conforme a la NRV 21.^a 1 del PGC cuando, a efectos consolidados la operación con margen interno, al quedar entre dos empresas del grupo (sin tener en consideración a los socios externos como terceros ajenos al grupo), queda dentro de la unidad económica y, por tanto, no existe realización de margen interno alguno:

Ajuste en balance de situación agregado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
580	Inmovilizado	1.700	
	Reservas (Raquetas) $[80\% \times (10.000 - 8.300)]$		1.360
	Reservas (Raquetas) (Gastos excepcionales 2015)		340
	$[20\% \times (10.000 - 8.300)]$		

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste de consolidación.		

3. Por la pérdida procedente del inmovilizado material reconocida y agregada de cuentas individuales de Wilson en la fecha de la venta intragrupo ($9.375 - 8.300 = 1.075$), se reclasificaría a efectos consolidados como pérdida por deterioro del 2015 (el resto hasta disminuir a los 8.100 euros del valor razonable neto al cierre del 2015 serán agregados desde el individual 2016 y admitidos a efectos consolidados).

Ajuste en balance de situación agregado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
580	Inmovilizado	1.075	
599	Deterioro de valor activos no corrientes mantenidos para la venta		1.075

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste de consolidación.		

4. El deterioro adicional reflejado en 2016 en cuentas individuales de la compradora intragrupo (de 8.300 a 6.500) se admite de nuevo a efectos consolidados contra pérdidas y ganancias del ejercicio 2016 tal y como ha quedado reflejado en la explicación referente a la contabilidad individual de la sociedad Raquetas, SA para el ejercicio contable 2016 (de 8.100 desciende a 6.500).

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

Acciones propias en la sociedad dependiente en un grupo consolidable

El 31 de diciembre de 2013 la sociedad Teorías, SA adquirió el control de la sociedad Juegos, SA mediante la compra del 60 % de las acciones de la sociedad por un importe de 408.000 euros. En la fecha de adquisición los valores contables de los activos y pasivos adquiridos coinciden con sus valores razonables no identificándose ninguna plusvalía a contabilizar. Desde dicha fecha forman grupo a efectos de la consolidación.

Antes de la adquisición, la sociedad Juegos, SA, cumpliendo los requisitos de la legislación mercantil vigente, había adquirido el 31 de diciembre de 2012 a un tercero 4.000 acciones propias (de 20 € de valor nominal cada una) por importe de 88.000 euros. Los gastos de la operación fueron de 5.000 euros.

El patrimonio neto de la sociedad Juegos, SA es el siguiente a 31 de diciembre de las fechas indicadas:

Patrimonio neto	31-12-2012 (1)	31-12-2013	31-12-2015
Capital social	400.000	400.000	400.000
Reserva legal	80.000	80.000	80.000
Reservas voluntarias	60.000	85.000	130.000
Resultado del ejercicio	30.000	35.000	40.000
Acciones propias	0	(88.000)	(88.000)
(1) El patrimonio neto de la sociedad Juegos, SA que se da a 31 de diciembre de 2012 es justo antes de contabilizar la adquisición de las acciones propias.			

Se conoce además la siguiente información en relación con las dos sociedades:

1. Las sociedades Teoría, SA y Juegos, SA no cotizan en bolsa y no son pymes.
2. El capital social de Juegos, SA está formado por 20.000 acciones de 20 euros de valor nominal cada una. El capital social de Teoría, SA está formado por 40.000 acciones de 50 euros de valor nominal cada una.

Se pide (sin efecto fiscal):

1. Contabilizar en los estados individuales de la sociedad Juegos, SA la adquisición de las acciones propias a 31 de diciembre de 2012.
2. Contabilizar en los estados individuales de la sociedad Teorías, SA la adquisición de la participación en Juegos, SA a 31 de diciembre de 2013.
3. Realizar los asientos de eliminación inversión-patrimonio neto para la elaboración de los estados financieros consolidados del grupo formado por ambas sociedades a 31 de diciembre de 2013 y a 31 de diciembre de 2015. Explicar los cálculos realizados.
4. La sociedad Juegos, SA se plantea el 31 de diciembre de 2015 adquirir el máximo número de acciones de la sociedad Teorías, SA permitido por la normativa mercantil vigente española. Se sabe que hay un accionista que le vendería las acciones de Teorías, SA al precio de 51 euros cada una, con unos gastos de 2.000 euros por la operación. Ante este escenario:
 - a) Calcular cuál sería el máximo número de acciones que podría adquirir.
 - b) Contabilizar la adquisición de las acciones de Teorías, SA en los estados individuales de Juegos, SA.
 - c) Realizar los ajustes necesarios para preparar las cuentas consolidadas a 31 de diciembre de 2015.

SOLUCIÓN

APARTADO 1

A 31 de diciembre de 2012, por la adquisición de 4.000 acciones a 22 euros/acción por parte de la sociedad Juegos, SA en su propia contabilidad, incluyendo los gastos de adquisición:

Código	Cuenta	Debe	Haber
108	Acciones propias en situaciones especiales (4.000 accs. $\times$ 22 €/acc.)	88.000	
113	Reservas voluntarias (gastos de adquisición de instrumentos de patrimonio neto propio)	5.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		93.000

APARTADO 2

A 31 de diciembre de 2013, por la adquisición del 60 % de las acciones de la sociedad Juegos, SA por parte de Teorías, SA, desembolsando 408.000 (está adquiriendo el $(60\% \times 20.000)/16.000$, esto es, el 75 % de las acciones en circulación con derecho de voto).

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participación a largo plazo en empresas del grupo	408.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		408.000

APARTADO 3

Cálculo diferencia de primera consolidación:

(+) Contraprestación entregada	408.000
(-) 75 % s/ Valor razonable de activos identificables netos de pasivos asumidos a 31-12-2013	(384.000)
(-) 75 % s/ Patrimonio neto contable 31-12-2013 ($75\% \times 512.000$)	(384.000)
(-) 75 % s/ Ajustes a activos identificables y/o pasivos asumidos 31-12-2013.....	(0)
(=) Diferencia de primera consolidación (Fondo de comercio de consolidación ⁴)	24.000

⁴ Dada la fecha de elaboración del supuesto de desarrollo, no se procede a la inclusión de ajustes que reflejen la amortización del fondo de comercio de consolidación por no estar aprobado todavía el real decreto que transpone al ordenamiento jurídico nacional la Directiva 2013/34/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013,

Ajustes de cara a la presentación de estados financieros consolidados a 31 de diciembre de 2013

Asiento de ajuste de eliminación inversión-patrimonio neto de primera consolidación (para evitar duplicidades de capital así como de activos/inversiones)

La sociedad dependiente había adquirido el 20 % del capital social suscrito (máximo permitido legalmente) de sus propias acciones previamente a la adquisición de control de Juegos, SA por parte de Teorías, SA. El patrimonio de la sociedad Juegos se atribuye en función del porcentaje de capital en circulación. Las acciones en autocartera no tienen derecho político alguno (véanse arts. 146 y ss. TRLSC sobre adquisición derivativa de acciones propias).

Ajuste en balance de situación agregado

Cuenta	Debe	Haber
Capital social (Juegos)	400.000	
Reservas (Juegos) (85.000 + 80.000)	165.000	
Resultado del ejercicio (Juegos)	35.000	
Fondo de comercio de consolidación en Juegos	24.000	
Participación en Juegos (Teorías)		408.000
Acciones propias en situaciones especiales (Juegos)		88.000
Intereses de socios externos (25 % × 512.000)		128.000

Si tras la homogeneización se han agregado los ingresos y gastos de Juegos, SA al estado financiero cuenta de pérdidas agregada, al corresponder a un periodo temporal previo al de la formación del grupo (31 de diciembre de 2013), procede la eliminación de los mismos (igual sucedería con los ingresos y gastos del estado de ingresos y gastos reconocido agregado, aunque no se realice el ajuste):

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada

Cuenta	Debe	Haber
Ingresos	35.000 + X	.../...

sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo. Texto pertinente a efectos del EEE en el que se contempla la amortización del fondo de comercio de consolidación.

Cuenta	Debe	Haber
.../...		
Gastos		X
Saldo pérdidas y ganancias (Juegos, SA)		35.000

Ajustes de cara a la presentación de estados financieros consolidados a 31 de diciembre de 2015

1. Asiento de ajuste de eliminación inversión-patrimonio neto de primera consolidación

Ajuste en balance de situación agregado:

Cuenta	Debe	Haber
Capital social (Juegos)	400.000	
Reservas (Juegos)	200.000	
Fondo de comercio de consolidación en Juegos	24.000	
Participación en Juegos (Teorías)		408.000
Acciones propias en situaciones especiales (Juegos)		88.000
Intereses de socios externos (25 % × 512.000)		128.000

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada:

Cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación.		

2. Por la atribución del patrimonio neto generado por Juegos, SA durante 2014 y 2015 tanto al grupo como a intereses de socios externos

2.1. Atribución de reservas generadas (resultado del ejercicio 2014 no distribuido en forma de dividendos)

Ajuste en balance de situación agregado:

Cuenta	Debe	Haber
Reservas (Juegos) (210.000 – 200.000)	10.000	
		.../...

Cuenta	Debe	Haber
.../...		
Reservas en sociedades consolidadas en Juegos ($75\% \times 10.000$)		7.500
Intereses de socios externos en Juegos ($25\% \times 10.000$)		2.500

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada:

Cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación.		

2.2. Por el resultado generado en 2015 por Juegos, SA

Ajuste en balance de situación agregado:

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio (Juegos)	40.000	
Resultado del ejercicio atribuido a Teorías ($75\% \times 40.000$)		30.000
Resultado del ejercicio atribuido a intereses de socios externos en Juegos ($25\% \times 40.000$)		10.000

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada:

Cuenta	Debe	Haber
Saldo pérdidas y ganancias atribuido a Teorías ($75\% \times 40.000$)	30.000	
Saldo pérdidas y ganancias atribuido a intereses de socios externos en Juegos ($25\% \times 40.000$)	10.000	
Saldo pérdidas y ganancias (Juegos)		40.000

APARTADO 4

Punto a)

Conforme a lo establecido en el enunciado, y teniendo como hipótesis de partida que ni la sociedad Teorías, SA ni ninguna de sus sociedades dependientes posee previamente acciones de

la anterior dominante (no disponemos de la composición de su patrimonio neto), el importe máximo a adquirir permitido sería del 20 % s/Capital social suscrito (e íntegramente desembolsado), siempre que se cumpla con la legislación relativa al artículo 146 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital (TRLSC) (RDLeg. 1/2010).

«2. El valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales, y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no podrá ser superior al veinte por ciento».

Si el capital es de 40.000 acciones $\times$ 50 euros/acción nominal = 2.000.000, el 20 % Capital social suscrito y desembolsado ascendería a un nominal de 400.000 euros, o lo que es lo mismo: 8.000 acciones de Teorías, SA de 50 euros/acción de nominal sería la máxima cuantía de acciones que podría adquirir.

Pero también se ha de tener en cuenta lo establecido en el artículo 146.1 b) referente a que tras la adquisición de acciones o participaciones el patrimonio neto no se quede reducido por debajo del capital social suscrito y las reservas estatutariamente indisponibles.

«Que la adquisición, comprendidas las acciones que la sociedad o persona que actuase en nombre propio pero por cuenta de aquella hubiese adquirido con anterioridad y tuviese en cartera, no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

A estos efectos, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, minorado en el importe de los beneficios imputados directamente al mismo, e incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo».

Bajo esta interpretación, la reserva para acciones de la sociedad dominante se incrementa y es indisponible, mientras el patrimonio neto contable se ha mantenido. Los únicos componentes que podemos emplear para constituir dicha reserva indisponible son las reservas voluntarias así como el resultado del ejercicio: 130.000 + 40.000, si le quitamos las acciones propias, se nos queda en 82.000. Ese será el importe de reservas disponibles a considerar como reservas para acciones de la sociedad dominante y el importe que se invertirá en acciones de la sociedad dominante.

	Patrimonio neto 31-12-2015 <i>ex ante</i>	Capital social + Reserva legal + Reserva indisponible <i>ex ante</i>	Patrimonio neto 31-12-2015 <i>ex post</i>	Capital social + Reserva legal + Reserva indisponible <i>ex post</i>
Capital social (1)	400.000	400.000	400.000	400.000
				.../...

	Patrimonio neto 31-12-2015 <i>ex ante</i>	Capital social + Reserva legal + Reserva indisponible <i>ex ante</i>	Patrimonio neto 31-12-2015 <i>ex post</i>	Capital social + Reserva legal + Reserva indisponible <i>ex post</i>
.../...				
Reserva legal (1)	80.000	80.000	80.000	80.000
Reserva voluntaria	130.000	–	48.000	–
Reserva para acciones socie- dad dominante (1)			82.000	82.000
Resultado del ejercicio	40.000		40.000	
Acciones propias	(88.000)		(88.000)	
Total	562.000	480.000	562.000	562.000
(1) Capital social, reserva legal y reservas estatutariamente indisponibles. Hay un exceso <i>ex ante</i> de patrimonio neto de 562.000 – 480.000 = 82.000 que será el importe aproximado por el que se podrán adquirir acciones de la sociedad dominante al ser menor que la aplicación del 20 % capital social previamente explicado.				

Punto b)

Por la contabilización de la adquisición por parte de Juegos, SA al máximo permitido legalmente y el precio de 51 euros/acción con 2.000 euros de gastos de adquisición:

Concepto	Importe
1. Inversión máxima (exceso sobre Capital social + Reserva legal + Reservas indisponibles)	82.000
2. Costes adquisición	(2.000)
3. Precio adquisición	51 euros/acción
4. Número de acciones a adquirir máximo [(1 – 2)/3]	1.568,6 acciones (1.568 acciones por defecto)

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participación a largo plazo en empresas del grupo	81.968	
	(1.568 accs. × 51 €/acc. + 2.000 gastos)		
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		81.968

Por la dotación de una reserva indisponible por importe de la participación en el activo, conforme al artículo 146 del TRLSC a pesar de que la reserva voluntaria quede con saldo deudor:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	81.968	
1143	Reservas para acciones de la sociedad dominante		81.968

Punto c)

Adicionalmente a los ajustes reflejados previamente en el apartado «Ajustes de cara a la presentación de estados financieros consolidados a 31 de diciembre de 2015», si se hubiesen adquirido a terceros acciones de la sociedad dominante durante 2015, sería necesario realizar el asiento de reclasificación de la inversión a acciones propias de la sociedad dominante, dándole en el consolidado el mismo tratamiento que se da en cuentas individuales conforme a la NRV 9.^a 4 del PGC (RD 1514/2007):

Ajuste en balance de situación agregado:

Cuenta	Debe	Haber
Acciones propias de la sociedad dominante (Teorías) (1.568 accs. × 51 €/acc.)	79.968	
Reservas voluntarias (Juegos)	2.000	
Participación en empresas del grupo, Teorías (Juegos)		81.968

Ajuste en cuenta de pérdidas y ganancias agregada:

Cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación.		

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

Análisis del punto muerto y rentabilidad

La sociedad Tortuga, SA se dedica al transporte por mar de turistas entre las islas Calavera y Pirata.

La sociedad cuenta con un barco en propiedad (250 pasajeros) con el que realiza 1 viaje de ida y vuelta al día (30 viajes al mes o 360 viajes al año).

Tortuga, SA presenta el siguiente balance a 31 de diciembre de 2015 (en um):

	2014	2015		2014	2015
Barco	800.000	800.000	Capital	560.000	560.000
A. Acda. Barco	-720.000	-800.000	Reservas	-17.434	-41.875
Activos financieros disponibles para la venta	230.000	190.000	Pérdidas y ganancias .	-24.441	?
Tesorería	167.726	?	Ajustes valor disponible para la venta	-70.000	-110.000
Total activo	477.726	?	Deuda entidad crédito	29.601	0
			Total patrimonio neto + pasivo	477.726	?

Se dispone de la siguiente información adicional en relación con el balance:

- Se ha formulado conforme a lo establecido en el PGC07, ya que Tortuga, SA no es una pyme.
- El barco de la sociedad fue adquirido el 1 de enero de 2006 y tiene una vida útil de 10 años. Ha sido amortizado linealmente.
- La sociedad contrató un préstamo con una entidad bancaria para la financiación del 30 % del valor del banco en la misma fecha de adquisición. Es un préstamo a 10 años con cuotas anuales por importe de 31.081 um pagaderas cada 31 de diciembre. La deuda bancaria se terminó de amortizar en el ejercicio 2015 con el pago de la última cuota anual.
- Los activos financieros disponibles para la venta que figuran en el balance son acciones de sociedades cotizadas en el IBEX 35 que Tortuga, SA adquirió hace cinco años con los sobrantes de tesorería que se habían ido obteniendo. Estas acciones han venido generando un ingreso periódico por dividendos de 6.300 um cada año hasta la actualidad y se espera que se siga recibiendo esa misma cantidad en el futuro.

La estructura de costes (operativos) de Tortuga, SA durante el ejercicio 2015 ha sido la siguiente:

Concepto	Tipo	Año 2015
Mantenimiento	variable	261.360
		.../...

Concepto	Tipo	Año 2015
.../...		
Catering	variable	566.280
Combustible (2)	variable	43.560
Inspecciones anual	fijo	30.000
Tributo anual	fijo	30.000
Combustible (1)	fijo	180.000
Personal	fijo	240.000
Administración	fijo	40.000
Amortización	fijo	80.000
(1) Consumo del barco sin pasajeros. (2) Consumo variable en función del número de pasajeros y número de viajes.		

En el siguiente cuadro se ofrece información sobre la evolución del negocio de Tortuga, SA durante los últimos 4 ejercicios:

	2012	2013	2014	2015
Precio del billete por viaje (um)	19	18	18	18
Número de viajes al año	360	360	360	360
Número medio de pasajeros por viaje	235	233	225	220
Beneficios antes de intereses e impuestos (BAIT) .	92.093	-2.594	-27.851	?

Para el ejercicio 2016, los gestores de Tortuga, SA han decidido comprar un nuevo barco que sustituirá al actual, que tiene un valor residual nulo. Después de analizar distintas ofertas, tienen que elegir entre dos opciones (modelo tipo 1 y modelo tipo 2). Ambas alternativas tienen el mismo precio (900.000 um), la misma capacidad (300 pasajeros), y permitirían a Tortuga, SA fijar el precio del billete en 22 um. La estructura de costes fijos y variables es distinta en el modelo 1 y en el modelo 2 (también son distintas respecto al modelo que se desea sustituir). En este sentido, los gestores disponen de la siguiente información, relativa a dos escenarios diferentes (A y B), para poder determinar los costes fijos y variables de cada modelo:

Escenarios para el nuevo barco	Escenario A	Escenario B
Número medio de pasajeros por viaje	220	290
Número de viajes al año	360	360
Beneficios antes de intereses e impuestos (BAIT) con el modelo tipo 1 (um)	50.400	352.800
Beneficios antes de intereses e impuestos (BAIT) con el modelo tipo 2 (um)	83.600	285.200

Se pide (sin efecto fiscal):

1. Elaborar y comentar brevemente la cuenta de resultados del ejercicio 2015.
2. En relación con el nuevo barco que los gestores han decidido comprar, calcular cuál es el punto de equilibrio (o punto muerto) para cada una de las alternativas (modelo tipo 1 y modelo tipo 2) en términos de número de pasajeros por viaje.
3. Indicar qué barco (tipo 1 o tipo 2) recomendaría adquirir a Tortuga, SA si durante los próximos ejercicios se espera que haya una demanda media de 264 pasajeros por viaje, que se realice una media de 30 viajes al mes y que el precio del billete se mantenga constante en 22 um.
4. Para financiar la compra del nuevo barco los gestores se plantean dos opciones:
 - a) Utilizar el 85 % del saldo de tesorería al cierre de 2015 y solicitar un nuevo préstamo bancario por el importe restante de la compra (TAE del 6%). El préstamo se amortizaría en 10 años, plazo equivalente a la vida útil del barco.
 - b) Utilizar el 85 % del saldo de tesorería al cierre de 2015, vender la totalidad de la cartera de acciones en empresas del IBEX y solicitar un nuevo préstamo bancario por el importe restante de la compra (mismas condiciones del préstamo que en el punto anterior).

Explique las ventajas e inconvenientes de ambas opciones de financiación desde el punto de vista de la rentabilidad económica y financiera que se espera obtener en los próximos años.

SOLUCIÓN

APARTADO 1

La cuenta de pérdidas y ganancias y el BAIT previstos para el 2015:

Pérdidas y ganancias 2015	
(+) Ingresos por ventas billetes	1.425.600 (220 viajeros/viaje × 360 viajes × 18 €/viaje)
(-) Coste variable prestación servicio	-871.200
(-) Mantenimiento	-261.360
(-) Catering	-566.280
(-) Combustible	-43.560
(=) Margen variable prestación servicio	554.400
(-) Combustible (variable por viaje)	-180.000
(-) Costes fijos	-420.000
(-) Inspecciones anuales	-30.000
(-) Tributo anual	-30.000
(-) Personal	-240.000
(-) Administración	-40.000
(-) Amortización	-80.000
(=) Margen explotación	-45.600
(+) Ingresos financieros	6.300 Dado
(-) Gastos financieros	-1.480
	Dif. entre cuota (31.081) y deuda (29.601) a 31-12-2014
(=) Pérdida operaciones continuadas	-40.780
BAIT (incluye ingresos financieros)	-9.300
	Incluye ingresos por dividendos, excluye gastos por impuestos e intereses

La principal partida de gasto en términos monetarios es el *catering*, que es variable. Si logramos reducir el coste del mismo por viajero (ahora mismo está en 7,15 um/viaje), suponiendo que no hay sensibilidad a dicho factor de coste por parte de la demanda, el margen bruto o margen de contribución se incrementaría.

Si se incrementara la ocupación media por viaje (manteniendo el nivel de precios/viaje actual), la partida de coste fijo del gasto por combustible quedaría mejor cubierta. Lo mismo sucedería con el gasto de personal (principales partidas a coste fijo).

Con relación al balance de situación a 31 de diciembre de 2015, del que pérdidas y ganancias se ha obtenido previamente y el saldo final de tesorería se explica a continuación del balance de situación que se muestra inmediatamente:

Activo	2015	Patrimonio neto y pasivo	2015
Barco	0	Capital	560.000
Activos financieros disponibles para la venta	190.000	Reservas	-41.875
Tesorería	177.345	Pérdidas y ganancias	-40.780
		Ajustes disponibles para la venta ..	-110.000
		Deuda entidades crédito	0
Total activo	367.345	Total patrimonio neto y pasivo	367.345

Estado de flujos de efectivo	
(+) Tesorería neta explotación	39.220
(-) Pago inversión sin intereses	-29.601
(=) Flujo caja ejercicio 2015	9.619
(+) Saldo inicial	167.726
(=) Saldo final	177.345

APARTADO 2

Primero se obtienen los costes fijos de cada uno de los modelos. Para ello se obtiene el apalancamiento operativo calculado como la variación porcentual del BAIT ante una variación de un 1 % de la cantidad de pasajeros experimentada ($\Delta \text{BAIT} / \text{BAIT}_0 / (\Delta n / n_0)$). Dicho apalancamiento operativo será igual a $(1 + \text{Costes fijos} / \text{BAIT}_0)$, lo que despejando nos permitirá obtener los costes fijos para cada uno de los dos modelos, en el caso del modelo 1, 900.000 um y en el caso del modelo 2, 550.000 um.

	Escenario 1	Escenario 2	$(\Delta \text{BAIT} / \text{BAIT}_0) / (\Delta n / n_0)$
Número medio pasajeros/viaje	220	290	$0,32 \Delta n / n_0$
			.../...

	Escenario 1	Escenario 2	$(\Delta \text{BAIT}/\text{BAIT}_0)/(\Delta n/n_0)$	
.../...				
BAIT MODELO 1	50.400	352.800	$6 \Delta \text{BAIT}/\text{BAIT}_0$	18,86 Apalancamiento operativo modelo 1
BAIT MODELO 2	83.600	285.200	$2,41 \Delta \text{BAIT}/\text{BAIT}_0$	7,58 Apalancamiento operativo modelo 2

Operando y despejando costes fijos		
$18,86 = 1 + \text{CF}/\text{BAIT}_0$	900.000	Costes fijos modelo 1
$7,58 = 1 + \text{CF}/\text{BAIT}_0$	550.000	Costes fijos modelo 2

Una vez obtenidos los costes fijos totales para el modelo 1 (900.000) y modelo 2 (550.000) y disponiendo del beneficio antes de intereses e impuestos (BAIT), costes fijos, ingresos totales y viajeros en cada escenario al año para cada modelo, se pueden obtener los costes variables por pasajero al año despejando: $(\text{Ingresos totales escenario} - \text{Costes fijos} - \text{BAIT escenario})/\text{Pasajeros al año}$. Operando se obtienen para el modelo 1 unos costes variables por pasajero al año de 10 um/pasajero, mientras que para el modelo 2 un coste variable de 14 um/pasajero.

Si cada coste fijo en cada modelo obtenido previamente se divide entre el margen unitario obtenido por diferencia entre el precio de venta por viaje y pasajero y el coste variable por pasajero, obtenemos el punto muerto en términos de pasajeros al año. En el caso del modelo 1 asciende a 90.000 pasajeros/año y en el caso del modelo 2 asciende a 39.286 pasajeros/año aproximadamente. Si se hacen 360 viajes al año, el punto muerto por viaje estaría en 250 y 109,13 viajeros por viaje para el modelo tipo 1 y el modelo tipo 2, respectivamente.

	Escenario 1	Escenario 2
Ingresos totales – Ctes. fijos op. – BAIT 1 = CVbles. operativos totales 1	792.000	1.044.000
Ingresos totales – Ctes fijos op. – BAIT 2 = CVbles. operativos totales 2	1.108.800	1.461.600
CVbles. operativos totales 1/número pasajeros = CVble. unitario 1/pasajero	10	10
CVbles. operativos totales 2/número pasajeros = CVble. unitario 2/pasajero	14	14
PM 1 (Número pasajeros total año) = Ctes. fijos 1/(Pvta. – CVble. unitario 1)	90.000	90.000
.../...		

	Escenario 1	Escenario 2
.../...		
PM 2 (Número pasajeros total año) = Ctes. fijos 2/(Pvta – CVble. unitario 2)	39.285,71	39.285,71
PM 1/viaje = PM 1 (Número pasajeros total año)/360 viajes	250	250
PM 2/viaje = PM 2 (Número pasajeros total año)/360 viajes	109,13	109,13

APARTADO 3

A pesar de que la estructura tipo 1 tiene mayores fijos, una vez cubiertos los mismos, el margen unitario que deja cada viajero adicional es 4 um superior en el modelo tipo 1 que en el modelo tipo 2. Teniendo como premisa inicial que la ocupación media esperada es de 264 pasajeros/viaje, al haber superado el punto muerto para ambos tipos de modelo de barco bajo el escenario descrito, le interesa el modelo tipo 1, pues por cada viaje adicional obtiene 1.056 um adicionales [(14 – 10) um/pasajero × 264 pasajeros/viaje]. Por cada viaje el modelo 1 obtiene un margen por viaje de 3.168 um (12 um/viajero × 264 viajeros), mientras que el modelo 2 obtiene un margen por viaje de 2.112 um (8 um/viajero × 264 viajeros), manteniéndose el resto de factores constante.

Conceptos	Modelo 1	Modelo 2
(+) Ingresos × Ventas (22 × 264 × 360)	2.090.880	2.090.880
(-) Costes variables (264 × 360 × 10 y 14)	–950.400	–1.330.560
(=) Margen	1.140.480	760.320
(-) Costes fijos	–900.000	–550.000
(=) Beneficio operativo (BAIT)	240.480	210.320

APARTADO 4

Opción 1		
Precio compra	900.000,00	100 %
85% s/Saldo final tesorería 31-12-2015 (85% × 177.345)	150.743,25	16,75 %
		.../...

Opción 1		
.../...		
Préstamo (6%) a solicitar (Diferencia entre 1) y 2))	749.256,75	83,25 %
Opción 2		
Precio compra	900.000	100,00 %
85% s/ Saldo final tesorería 31-12-2015 ($85\% \times 177.345$)	150.743,25	16,75 %
Cash por venta activos financieros disponibles para la venta	190.000	21,11 %
Préstamo (6%) a solicitar (Diferencia entre 1), 2) y 3))	559.256,75	62,14 %
Generación caja explotación (BAIT + Amortización)	modelo 1	modelo 2
Escenario 1 apartado 2	140.400	173.600
Escenario apartado 3	330.480	300.320
Escenario 2 apartado 2	442.800	375.200
Cuota anuales por financiación ajena en ambas opciones		
Opción 1 [$749.256,75 \times 0,06/[1 - (1,06)^{-10}]$]	101.799,98	
Opción 2 [$559.256,75 \times 0,06/[1 - (1,06)^{-10}]$]	75.985,07	

Desde una perspectiva de rentabilidad económica, en cualquiera de los escenarios planteados, para cualquiera de los dos modelos de barco, la sociedad generaría flujos de tesorería de explotación anuales suficientes como para devolver las cuotas establecidas en las condiciones del enunciado en ambas opciones (10 años de devolución, 10 años de vida útil del activo, 6 % TAE, distintos importes solicitados).

Si se realizara un análisis de escenarios, teniendo en cuenta el más pesimista en cuanto a generación de flujos de caja de explotación de los definidos en los anteriores apartados, en aras de debilitar la capacidad de devolución de la financiación con los flujos de caja de explotación recurrentes y si, simultáneamente, se tensionaran los costes de la financiación a más del 6 %, la más afectada de las estructuras de financiación sería la más apalancada (opción 1) para el modelo de barco 1, pues tendría menos capacidad de generar tesorería de explotación bajo escenarios adversos (necesita mayor nivel de ocupación *per se*, para atender al pago de los costes fijos y a partir de ahí también a los pagos financieros) como para devolver cuotas anuales de mayor cuantía a las aproximadamente 101.800 um establecidas. Es cierto que, dado su apalancamiento operativo, dicho modelo de barco, una vez superado el punto muerto, tendrá mayor sensibilidad que el

modelo 2 en materia de generación de caja de explotación ante variaciones unitarias de ocupación por pasajero, sirviendo para atender al servicio de la deuda con mucha mayor holgura y facilidad.

Ante la igualdad del coste de financiación, a mayor diferencial positivo de la rentabilidad sobre el activo respecto al coste de financiación, la rentabilidad sobre fondos propios será superior a la rentabilidad sobre activo, todo ello derivado del efecto positivo del apalancamiento financiero. No ocurrirá lo mismo cuando el coste de financiación sea superior a la rentabilidad sobre activo. En este caso el apalancamiento financiero es negativo y la rentabilidad sobre fondos propios inferior a la rentabilidad sobre activos.

Para escenarios adversos, la opción de financiación 2, esto es, aquella que implica menor apalancamiento financiero sería conveniente, al tener mayor capacidad para atender al servicio de la deuda (principal e intereses) favoreciendo una mayor rentabilidad financiera.

Para escenarios favorables de mayor rentabilidad económica, a mayor apalancamiento, si la rentabilidad sobre activo es superior al coste financiero, contribuirá cada vez más a la rentabilidad sobre fondos propios.

A través del desarrollo de la fórmula de Dupont, llegamos desde la rentabilidad económica a la rentabilidad financiera:

- $\text{RoA (Rentabilidad sobre activo)} = \text{BAII/Total activo} = \text{BAII/Ventas} \times (\text{Ventas/Total activo}) = \text{Margen s/Ventas} \times \text{Rotación Activo}$
- $\text{RoE (Rentabilidad sobre fondos propios)} = \text{Margen s/Ventas} \times \text{Rotación activo} \times \text{Apalancamiento financiero} = (\text{BAII/Ventas}) \times (\text{BAT/BAII}) \times (1 - T) \times (\text{Ventas/Total activo}) \times (\text{Total activo/Fondos propios}) = \text{RoA} \times (\text{BAT/BAII}) \times (1 - T) \times \text{Apalancamiento financiero}.$

Si el escenario esperado asciende a 264 pasajeros/viaje, con independencia de cómo se financie, el modelo de barco a elegir sería el 1, por las razones previamente apuntadas. Una vez decidido lo anterior y dado el RoA bajo dicho escenario, una estructura de financiación de financiación más apalancada (tipo) también termina siendo favorable a la elección de la opción 1. En otro tipo de escenarios, por debajo de 250 pasajeros/viaje (siempre por encima de los 109,13 pasajeros por viaje), económicamente hablando, la elección sería el modelo de barco 2, encontrándose dicho barco por encima del punto muerto en lo que a materia de grado de apalancamiento operativo se refiere (no total, pues pudiera ser que no cubriera los costes financieros). Por debajo del punto muerto 109,13 pasajeros/viaje, la opción de financiación 2, menos apalancada, sería la más acertada.