

- **Consultas tributarias vinculantes y pronunciamientos judiciales.** *Irene Rovira Ferrer*
- **La transparencia fiscal como mecanismo para combatir el uso abusivo de los *tax rulings*.** *José Manuel Macarro Osuna*
- **Consecuencias tributarias de las aportaciones colectivas sin remuneración: ¿donación o compraventa?** *María del Mar Soto Moya*
- **Patrimonialidad sobrevenida.** *Francisco Arasteny Torregrosa y Carlos Mahiques Gómez*
- **La aportación de nuevas pruebas en procedimientos de revisión.** *Javier Bas Soria*
- **Casos prácticos de exenciones en el IVA internacional.** *Javier Bas Soria*
- **Cualificación del comité de auditoría en las empresas europeas.** *Félix J. López Iturriaga, Nuria Reguera Alvarado y César Zarza Herranz*
- **Límites de la activación de créditos fiscales.** *Javier Romano Aparicio*
- **Caso práctico de Técnicos de Auditoría y Contabilidad.** *Javier Romano Aparicio y José Tovar Jiménez*

# REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

**Agosto-Septiembre 2017 – Números 413-414**

## 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*)

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

Natalia Cassinello Plaza (*Profesora de Finanzas y Contabilidad de la Universidad Pontificia de Comillas [ICADE]*)

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

Francisco Javier Forcadell Martínez (*Profesor Titular de Organización de Empresas. Universidad Rey Juan Carlos*)

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*)

María José Lázaro Serrano (*Socio-Partner Auditoría Grant Thornton*)

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

Diego Martín-Abril Calvo (*Socio Gómez Acebo y Pombo. Inspector de Hacienda [excedente]*)

Javier Martín Fernández (*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*)

Antonio Montero Domínguez (*CMS Albiñana & Suárez de Lezo. Inspector de Hacienda [excedente]*)

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

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

Enrique Ortega Carballo (*Socio Gómez Acebo y Pombo. Inspector de Hacienda [excedente]*)

Carlos Palao Taboada (*Abogado Montero-Aramburu*)

Gaspar de la Peña Velasco (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid. Abogado*)

Jesús Quintas Bermúdez (*Senior Counsellor/Equipo Económico Inspector Financiero y Tributario [excedente]*)

Enrique Rubio Herrera (*Presidente del ICAC*)

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

Fernando Serrano Antón (*Catedrático Jean Monnet. Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. UCM*)

Eduardo Verdún Fraile (*Partner –Indirect Tax– Ernst & Young Abogados. Inspector de Hacienda [excedente]*)



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

**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](mailto:info@cef.es)

**IMPRIME:**

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

**EDITA:**

Centro de Estudios Financieros, S.L.

DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

ISSN: 1138-9540

SUSCRIPCIÓN ANUAL (2017)	SOLICITUD DE NÚMEROS SUELTOS (cada volumen)
152,50 €	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Suscriptores: 18 €</li> <li>• No suscriptores: 22 €</li> </ul>

En la página [www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm](http://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 indexada en las siguientes bases de datos y organismos:



**Correo electrónico:** [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es)

**Edición electrónica:** [www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm](http://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.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).*


## SUMARIO

### REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN (Comentarios y casos prácticos)

Página

#### TRIBUTACIÓN

##### ESTUDIOS

- 68/2017** La compleja relación entre las consultas tributarias vinculantes y los pronunciamientos judiciales  
*The complex relationship between binding tax queries and judicial decisions* ..... 5  
**1.ER PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2017**  
(Irene Rovira Ferrer)
- 69/2017** La transparencia fiscal como mecanismo para combatir el uso abusivo de los acuerdos tributarios previos (*tax rulings* y APA) en el Plan BEPS y el Derecho de la UE  
*Fiscal transparency as a mechanism to fight the abusive use of tax rulings and APAs in the BEPS Project and EU Law* ..... 43  
(José Manuel Macarro Osuna)
- 70/2017** Consecuencias tributarias de las aportaciones colectivas sin remuneración: ¿donación o compraventa?  
*Tax consequences of collective contributions without remuneration: donation or purchase?* ..... 85  
(María del Mar Soto Moya)
- 71/2017**  Revisión del concepto de «entidad patrimonial» a la luz de la Ley 27/2014 del impuesto sobre sociedades. Patrimonialidad sobrevenida  
*A review of the patrimonial entity concept in the light of corporate tax law 27/2014. Supervening holding character* ..... 111  
(Francisco Arasteny Torregrosa y Carlos Mahiques Gómez)

##### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- 72/2017** La aportación de nuevas pruebas en procedimientos de revisión (Análisis de la STS de 20 de abril de 2017 [rec. núm. 615/2016]) ..... 115  
(Javier Bas Soria)

## CASO PRÁCTICO

- 73/2017** Casos prácticos de exenciones en el IVA internacional ..... 125  
 (Javier Bas Soria)

## CONTABILIDAD

### ESTUDIOS

- 74/2017** La cualificación del comité de auditoría en las empresas europeas:  
antecedentes e implicaciones  
*The qualification of the audit committee of the European firms: antecedents  
and implications* ..... 127


**1.ER PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2017**


(Félix J. López Iturriaga, Nuria Reguera Alvarado y César Zarza Herranz)

- 75/2017** Efectos en los estados financieros del artículo 5 de la Resolución de  
9 de febrero de 2016, del ICAC, por la que se desarrollan las normas  
de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la  
contabilización del impuesto sobre beneficios  
*Effects on the financial statements of article 5 of the resolution of 9 February  
2016, of the Institute of Accounting and Auditing, by which develop the rules  
of registration, assessment and preparation of the annual accounts for the  
income tax accounting* ..... 167

(Javier Romano Aparicio)

## CASO PRÁCTICO

- 76/2017** Segundo ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en  
 el Cuerpo de Técnicos de Auditoría y Contabilidad ..... 183  
(Javier Romano Aparicio y José Tovar Jiménez)

 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 COMPLEJA RELACIÓN ENTRE LAS CONSULTAS TRIBUTARIAS VINCULANTES Y LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

**Irene Rovira Ferrer**

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario.  
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)*



Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio Estudios Financieros 2017** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Gaspar DE LA PEÑA VELASCO, don Alejandro BLÁZQUEZ LIDOY, don Antonio MONTERO DOMÍNGUEZ, don Jesús QUINTAS BERMÚDEZ, don Fernando SERRANO ANTÓN y don Eduardo VERDÚN FRAILE.

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

---

### EXTRACTO

El principal objetivo del presente trabajo es analizar la poliédrica relación entre los efectos vinculantes de las consultas tributarias escritas y los pronunciamientos judiciales, en concreto desde una triple perspectiva: valorando su papel en los enjuiciamientos de origen nacional, precisando los cambios jurisprudenciales como límite a los mismos y determinando las especialidades de las sentencias prejudiciales y de incumplimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto. Asimismo, se analizarán y criticarán las diferentes consecuencias de tales consideraciones, con el fin de clarificar sus efectos respecto a los diferentes obligados tributarios y poner de manifiesto las carencias que presenta en este punto nuestro ordenamiento (especialmente ante el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea). Y es que la precisión de tales cuestiones, que no ha estado exenta de opiniones contrapuestas, resulta del todo imprescindible para dotar a las consultas tributarias escritas de la eficacia e importancia que merecen, por cuanto, tanto por la amplitud de su objeto como por sus efectos vinculantes para la Administración, son una de las actuaciones que forman parte del derecho de información de los obligados tributarios más relevante y completa.

**Palabras clave:** consultas tributarias; efectos vinculantes; pronunciamientos judiciales; Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017 / Fecha de revisión: 06-07-2017*

## THE COMPLEX RELATIONSHIP BETWEEN BINDING TAX QUERIES AND JUDICIAL DECISIONS

Irene Rovira Ferrer

---

### ABSTRACT

The main objective of this study is to analyze the complex relationship between binding tax queries and judicial decisions, especially from a triple perspective: evaluating the role of these tax queries in the Spanish judicial pronouncements, clarifying the jurisprudential changes as a limit of their binding effects and determining the special features of the judgments of the European Court of Justice of the European Union in this regard (in particular, the preliminary rulings and the non-compliance rulings). Moreover, the different consequences of these considerations for taxpayers will be analyzed, and also the shortcomings that are present in our legislation (especially considering the primacy of the European Union law). The accuracy of such matters, which have not been exempt from conflicting opinions, is absolutely essential in order to provide the binding tax queries with the efficiency and importance that they deserve, because they are one of the most relevant and complete actuations of the taxpayers's information right.

**Keywords:** tax queries; binding effects; judicial decisions; Court of Justice of the European Union.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Efectos de las consultas tributarias escritas
  - 2.1. En relación con la Administración
  - 2.2. En relación con el consultante
3. Los pronunciamientos judiciales de origen nacional y el carácter vinculante de las consultas tributarias
  - 3.1. Las consultas tributarias vinculantes en los enjuiciamientos de los órganos judiciales
  - 3.2. Los cambios jurisprudenciales como límite a los efectos vinculantes de las consultas tributarias
    - 3.2.1. Efecto temporal de los cambios jurisprudenciales
    - 3.2.2. Consecuencias de la finalización de los efectos vinculantes de las consultas tributarias a causa de un cambio jurisprudencial
4. La particularidad de las sentencias prejudiciales y de incumplimiento del TJUE ante el carácter vinculante de las contestaciones a las consultas tributarias
  - 4.1. Consecuencias de la finalización de los efectos vinculantes de las consultas tributarias a causa de las sentencias prejudiciales o de incumplimiento del TJUE
5. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, las consultas tributarias escritas son uno de los instrumentos que el artículo 85.2 c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), cita expresamente como parte de los deberes de información y asistencia de la Administración tributaria, a través de los cuales debe orientar y coadyuvar a los obligados tributarios en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>1</sup>.

De conformidad con su regulación, establecida en los artículos 88 y 89 de la LGT y desarrollada en los artículos 65 a 68 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGGIT), aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, estas consultas consisten en un medio de información a través del cual los obligados tributarios pueden formular a la Administración tributaria preguntas sobre el régimen, la clasificación o la calificación tributaria que corresponda a un determinado supuesto, por lo que, como señala BARQUERO, debe entenderse prácticamente incluida cualquier cuestión que pueda surgir en la aplicación de la normativa tributaria (ya sean aspectos sustantivos, formales o incluso de hecho)<sup>2</sup>.

No obstante, parece que restan fuera de su objeto aquellas actividades que constituyan cualquier tipo de valoración de elementos determinantes de la deuda tributaria, puesto que constituyen el ámbito específico de otras actuaciones también calificadas como parte del deber de información (en concreto, el suministro de información sobre la valoración de bienes inmuebles con carácter previo a su adquisición o transmisión y la celebración de acuerdos previos de valoración).

---

<sup>1</sup> Prueba de la relevancia de tales deberes es que el artículo 34 h) de la LGT también señala la información y asistencia como parte de los derechos de los obligados tributarios, si bien la falta de determinación de su contenido exacto en ambos casos, la ausencia de tener que prestar obligatoriamente todas las actuaciones por las que se podrían materializar y la imposibilidad de reclamar su exigencia ponen cuanto menos en duda su configuración como auténticos derechos subjetivos. Al respecto, véase un análisis completo de estos derechos y deberes en ROVIRA FERRER, I.: *Los deberes de información y asistencia en la sociedad de la información*, Bosch, Barcelona, 2010.

<sup>2</sup> Es importante remarcar esta última consideración porque tradicionalmente se ha sostenido la restricción de las consultas a las cuestiones jurídicas, si bien carece totalmente de sentido porque todos los aspectos de hecho «implican por regla general valoraciones jurídicas o, dicho de otro forma, son inseparables de las cuestiones de derecho». (BARQUERO ESTEVAN, J. M.: *La información administrativa a los contribuyentes*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 177). En el mismo sentido, ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «Interpretación administrativa y consulta tributaria (Consideraciones sobre la reforma del artículo 107 de la Ley General Tributaria)», *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 47-48, 1985, págs. 474 y 475, y PALAO TABOADA, C.: «Spain», en *The International guide to advance rulings*, IBFD Publications BV, Ámsterdam, 1999, pág. 9.

Así pues, excepto por lo que se refiere a las valoraciones, los obligados tributarios podrán plantear de forma individual o conjunta<sup>3</sup> consultas tributarias escritas respecto de cualquier cuestión tributaria relativa a sus obligaciones o derechos, y es que, como precisa el artículo 88.2 de la LGT, su presentación deberá tener lugar «antes de la finalización del plazo establecido para el ejercicio de los derechos la presentación de declaraciones o autoliquidaciones o el cumplimiento de otras obligaciones tributarias».

Por su parte, señala el artículo 88.5 de la LGT que su resolución corresponderá «a los órganos de la Administración tributaria que tengan atribuida la iniciativa para la elaboración de disposiciones en el orden tributario, su propuesta o interpretación», lo que concreta parcialmente el artículo 65 del RGGIT al apuntar que, en el ámbito de competencias del Estado, la competencia corresponderá a la Dirección General de Tributos (DGT) del actual Ministerio de Hacienda y Función Pública (sin perjuicio de que la competencia, el procedimiento y los efectos de las contestaciones a las consultas relativas a la aplicación de la normativa aduanera comunitaria se regulen por lo dispuesto en el Código Aduanero Comunitario –art. 88.8 de la LGT–).

Por consiguiente, si la consulta versa sobre una disposición autonómica (ya sea en relación con sus tributos propios o un tributo estatal cedido), parece que la competencia corresponderá al órgano de la comunidad autónoma (CC. AA.) encargado de su propuesta o interpretación<sup>4</sup>, tal y como se desprende también del artículo 55.2 de 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<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> En concreto, el artículo 88.3 de la LGT señala que también podrán formular consultas tributarias los colegios profesionales, cámaras oficiales, organizaciones patronales, sindicatos, asociaciones de consumidores, asociaciones o fundaciones que representen intereses de personas con discapacidad, asociaciones empresariales y organizaciones profesionales, así como a las federaciones que agrupen a los organismos o entidades antes mencionados, cuando se refieran a cuestiones que afecten a la generalidad de sus miembros o asociados.

<sup>4</sup> De hecho, así lo hacen constar expresamente las DGT de los diferentes Gobiernos autonómicos, como puede observarse, entre muchas otras, en la contestación a la Consulta 1/2015, de 14 de enero, de la DGT del Gobierno de Aragón (en la cual, tras precisar que la consulta se dirige fundamentalmente a preguntar sobre la aplicación de un precepto normativo autonómico, entiende que «compete a este centro directivo contestar la consulta, atribuyéndose a la misma, en lo referido a la aplicación de la normativa aragonesa, los efectos vinculantes que reconoce el artículo 89 de la Ley General Tributaria»).

<sup>5</sup> En concreto, señala el mencionado precepto que no son objeto de delegación autonómica las competencias relativas a la contestación de las consultas reguladas en los artículos 88 y 89 de la LGT, «salvo en lo que se refiera a la aplicación de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias». No obstante, debe destacarse un supuesto especial que existe en la CC. AA. de Canarias, ya que, a pesar de que la competencia normativa en relación con el impuesto general indirecto canario y el arbitrio sobre importaciones y entregas de mercancías en las Islas Canarias resida exclusivamente en el Estado (excepto por lo que respecta a los aspectos relativos a su gestión, liquidación, recaudación, inspección y a la revisión de los actos dictados en aplicación de los mismos), el apartado 3 de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de Modificación de Aspectos Fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, establece que serán competentes los órganos de la CC. AA. a la hora de resolver las consultas tributarias presentadas sobre los mismos. Sin embargo, como precisa, cuando sean relativas a

Sin embargo, dicha cuestión es un poco más compleja en el ámbito local, ya que, a pesar de que la competencia para la elaboración e interpretación de las disposiciones legales relativas a sus tributos sea del Estado, el artículo 13 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales (TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, señala que será competente para resolver las consultas planteadas en relación con la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales a la entidad que ejerza dichas funciones<sup>6</sup>. No obstante, parece lógico que las cuestiones estrictamente procedimentales que se encuentren reguladas por una norma del Estado quedarán fuera de dicha atribución, por lo que, en la práctica, realmente, las consultas planteadas sobre tales tributos son resueltas por la DGT (concretamente, a través de la Subdirección General de Tributos Locales).

Así pues, parte de la gran relevancia que hace de las consultas tributarias uno de los principales y más completos mecanismos de información a disposición de los ciudadanos es la amplitud de su objeto (lo que también permite que contribuyan, en buena parte, a la mejora permanente del sistema tributario<sup>7</sup>), importancia que se completa con los efectos vinculantes de su contestación que se prevén para la Administración.

Sin embargo, la precisión de tales efectos y de las consecuencias que de ellos se derivan no ha estado exenta de conflictos, sino que sigue presentándose como objeto de debate tanto en sede administrativa como judicial. Por ello, el principal objetivo del presente trabajo consiste en contribuir a clarificarlos, determinando específicamente su relación con los pronunciamientos judiciales.

De este modo, tras precisar los efectos de su contestación tanto para los particulares como para la Administración, se analizará su papel en los enjuiciamientos judiciales de origen nacional, valorando seguidamente los cambios de criterio jurisprudencial como límite a los mismos y las consecuencias que de este se desprenden.

Finalmente, la completitud del cometido propuesto requerirá cerrar este estudio analizando las singularidades que presentan al respecto las sentencias prejudiciales y de incumplimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), resaltando especialmente en estos casos las ca-

---

la localización del hecho imponible o cuando su contestación afecte o tenga trascendencia en otros impuestos de titularidad estatal, será necesaria la obtención de un informe previo del Ministerio de Hacienda.

<sup>6</sup> Funciones que en algunos casos, como prevé el artículo 77.1 del TRLRHL en relación con el impuesto sobre bienes inmuebles, se atribuyen en exclusiva a los ayuntamientos respecto a su liquidación, recaudación y revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria (precisándose expresamente que tales competencias comprenderán, entre otras, las «actuaciones para la asistencia e información al contribuyente referidas a tales materias»).

<sup>7</sup> Al respecto, ZORNOZA señala que la amplitud del objeto de las consultas, lejos de suponer un problema para su eficacia, supone una ventaja para la Administración, y es que puede tomar conciencia de los problemas surgidos por la aparición de nuevas formas de comportamiento de los agentes económicos y aprobar así las normas necesarias para su resolución. (ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «Interpretación administrativa y consulta tributaria (Consideraciones sobre la reforma del artículo 107 de la Ley General Tributaria)», *op. cit.*, pág. 476).

rencias que quedan puestas de manifiesto de nuestro ordenamiento jurídico (fundamentalmente ante el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea –UE–).

## 2. EFECTOS DE LAS CONSULTAS TRIBUTARIAS ESCRITAS

Cuando las consultas tributarias sean contestadas por el órgano competente (mediante escrito notificado al obligado tributario que las presentó), tendrán lugar los diferentes efectos que se detallan a continuación.

### 2.1. EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN

Como señala el artículo 89.1 de la LGT, la contestación a las consultas tributarias escritas tendrá efectos vinculantes, en su relación con el consultante, para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos, de la misma forma que se desprenderán ante cualquier obligado con el que exista identidad entre sus hechos y circunstancias y los que se incluyan en la contestación a la consulta. Sin embargo, y a pesar del acierto de tales previsiones (ya sea por el aumento de seguridad jurídica que conllevan, el mayor respeto al principio de igualdad o la mayor eficacia de las consultas en cuanto a mecanismo de información), procede lamentar que no se haya detallado qué deberá entenderse por dicha «identidad», aunque parece que únicamente deberá predicarse sobre aquellos elementos que resulten esenciales o determinantes (y más considerando que, si bien la Real Academia Española define «identidad» como «cualidad de idéntico», concreta el concepto de «idéntico» como «que es igual que otro con que se compara» o «muy parecido»)<sup>8</sup>.

No obstante, en relación con tales efectos, es importante realizar cuatro precisiones al respecto:

- En primer lugar, y aunque la LGT no detalle qué órganos y entidades encargados de la aplicación de los tributos resultarán vinculados, procede dejar claro que no siempre será su integridad, sino que deberá atenderse en cada caso al concreto objeto sobre el que se proyectan y, en consecuencia, al órgano competente para su resolución. De este modo, y aunque la contestación a una consulta sobre la normativa estatal (a cargo de la DGT del Estado) vinculará con carácter general, no ocurrirá lo mismo respecto a las que tengan un objeto autonómico y sean dictadas por la

<sup>8</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> edición, Espasa Libros, Madrid, 2014. Disponible en: <<http://www.rae.es/diccionario-de-la-lengua-espanola/la-23a-edicion-2014>> [Fecha de consulta: 29 de abril de 2017]. Además, como señala, parece obvio que nunca podrá existir una identidad en términos absolutos al menos en lo subjetivo, sin olvidar que «una interpretación extrema puede violentar el principio de igualdad tributaria». (GRAU RUIZ, A.: «El nuevo régimen jurídico de las consultas tributarias», en *Jornadas de estudio sobre la nueva Ley General Tributaria*, 22 a 25 de noviembre de 2004, Madrid, Universidad Complutense, 2004, pág. 52).

DGT del Gobierno de la CC. AA. correspondiente<sup>9</sup>, del mismo modo que, a pesar de que las contestaciones de la DGT del Estado sobre los tributos locales vinculen a todos los órganos y entidades encargados de su aplicación, las que pudieran realizarse por un ayuntamiento conforme al mencionado artículo 13 del TRLRHL solo vincularán a la pertinente entidad local.

- En segundo lugar, resulta relevante destacar que, como parte de los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos, también quedarán vinculados por su contestación los órganos competentes para resolverlas respecto a los criterios manifestados en contestaciones anteriores, aunque debe precisarse que, como señala el artículo 68.1 del RGGIT, ello no impedirá que opere la doctrina general del precedente administrativo (admitiéndose los cambios de criterio siempre que estén debidamente motivados).
- En tercer lugar, procede remarcar que su carácter vinculante no abarcará a los Tribunales Económico-Administrativos (TEA), en tanto que no se encuentran entre los órganos y entidades encargados de aplicar los tributos (sino que justamente resuelven las reclamaciones contra los actos dictados por estos). Y es que, además, como ha señalado el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), si no fuera así, se vaciaría de contenido la posibilidad de revisión dentro de la vía administrativa, vulnerándose al mismo tiempo el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución (CE)<sup>10</sup>.

Sin embargo, es de suma relevancia precisar que la no vinculación de los TEA se predica respecto a su libertad de decisión sobre cuestiones sustantivas de Derecho cuando el objeto de reclamación es un criterio aplicado por la Administración en virtud de una consulta vinculante, ya que, cuando el objeto sea la no aplicación de dicho criterio por parte de la Administración estando obligada a ello, deberán limitarse a declarar la improcedencia del acto sin entrar en su valoración de fondo (a no ser que,

<sup>9</sup> Así consta expresamente en la práctica totalidad de contestaciones a consultas tributarias escritas dictadas por las DGT de los Gobiernos autonómicos, como puede observarse, por ejemplo, en las consultas del Gobierno de Aragón tanto respecto a la regulación autonómica de tributos cedidos (como es el caso de la Consulta 3/2016, de 7 de noviembre, al ISD), como en relación con los tributos propios (como ocurre en la Consulta 2/2016, de 24 de junio, sobre el impuesto medioambiental sobre determinados usos y aprovechamientos de agua embalsada). En ambos casos se detalla expresamente que «la respuesta a estas cuestiones tiene carácter vinculante solo para los órganos de la Administración tributaria Aragonesa, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

<sup>10</sup> Entre otras, lo señala la RTEAC de 29 de septiembre de 2011 poniendo fin a un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, en la cual, tras recordar la tradicional separación entre las funciones, y por ende los órganos, de aplicación de los tributos y de revisión de los actos resultantes de dicha aplicación, deja claro que «las contestaciones a las consultas exclusivamente tienen carácter vinculante para los órganos de aplicación de los tributos, y no para los órganos de revisión entre los que se encuadran los Tribunales Económico-Administrativos» ya que, de no ser así, «carecería de sentido la función revisora dentro de la vía administrativa, impidiendo a los obligados tributarios el ejercicio efectivo en dicha vía de su derecho de defensa, que no tendría posibilidad alguna de prosperar».

exista una consulta tributaria vinculante posterior aplicable al caso o haya aparecido doctrina vinculante del TEAC –ya que, siempre que resulten más favorables para el reclamante, serán de carácter preferente y resultarán también de aplicación obligatoria para los órganos y entidades encargadas de aplicación de los tributos–<sup>11</sup>.

No obstante, respecto a los casos en los que los TEA podrán entrar a conocer el fondo del asunto, procede recordar que operará el límite del principio de *reformatio in peius* (es decir, que su resolución no podrá empeorar la situación del recurrente), del mismo modo que su libertad también se verá coartada cuando exista doctrina vinculante del TEAC más favorable aunque sea posterior (ya que, como se señalaba, se encuentran vinculados por la misma)<sup>12</sup>.

- Y finalmente, conviene resaltar que, en cualquier caso, esta obligación de vinculación administrativa no está exenta de limitaciones restrictivas, ya que, en primer lugar, señala el artículo 89.1 de la LGT que no procederá si el obligado tributario no hubiera presentado la consulta antes de la finalización del plazo establecido para la presentación de declaraciones o autoliquidaciones, el cumplimiento de otras obligaciones tributarias o el ejercicio de derechos relacionados con la misma.

Asimismo, como es lógico, añade tal precepto que su carácter vinculante únicamente operará si no se hubieran alterado las circunstancias, antecedentes y demás datos recogidos en el escrito de consulta (modificación que, a pesar de que ni la LGT ni el RGGIT lo detallan, parece que deberá ser de carácter sustancial<sup>13</sup>), de la misma forma que, como señala el apartado 2 y reitera el artículo 68.2 del RGGIT, la vinculación tampoco se desprenderá cuando se hubieran planteado consultas relacionadas con el objeto o tramitación de un procedimiento, recurso o reclamación iniciado con anterioridad a su presentación.

Finalmente, y aunque olvidando la doctrina vinculante del TEAC<sup>14</sup>, señala el segundo párrafo del artículo 89.1 de la LGT dos supuestos generales donde la vigencia de la vinculación

<sup>11</sup> De hecho, así lo ha reconocido el propio TEAC, véase de forma expresa en la RTEAC de 5 de julio de 2016 o la de 15 de diciembre de 2015. De este modo, tras precisar que los efectos vinculantes de las consultas tributarias para la Administración solo operan en beneficio del obligado tributario (en el sentido de que no le podrá aplicar un criterio más gravoso que el que figure en la contestación), FALCÓN Y TELLA señala que, por esta vía indirecta, se trasladan así los mismos efectos al posterior control económico-administrativo, el cual solo podrá apartarse de estos si es a favor del contribuyente. (FALCÓN Y TELLA, R.: «El carácter vinculante de la doctrina sentada al resolver consultas y reclamaciones económico-administrativas», *Quincena Fiscal*, núm. 19, 2004, pág. 6).

<sup>12</sup> Al respecto, véase entre otras la RTEAC de 15 de diciembre de 2015.

<sup>13</sup> Entre otros, véase en esta línea, ADAME MARTÍNEZ, F.: *Naturaleza jurídica y efectos de las contestaciones a consultas tributarias*, Documentos-Instituto de Estudios Fiscales, núm. 28, 2005, pág. 19; GRAU RUIZ, A.: «El nuevo régimen jurídico de las consultas tributarias», *op. cit.*, pág. 56.

<sup>14</sup> Al respecto, como se señalaba, el propio TEAC ha reconocido la prevalencia de su doctrina más beneficiosa aunque fuera adoptada con posterioridad a la realización de una situación tributaria (como reconoce la RTEAC de 15 de di-

desaparecerá en cualquier caso: ante la variación de la legislación sobre la que versan (aunque, además de precisarse que la limitación es respecto a las situaciones materializadas con posterioridad, deberían considerarse incluidas las variaciones experimentadas por las normas con rango inferior a la ley<sup>15</sup>) y ante un cambio en la jurisprudencia (supuesto que, por su relevancia a los efectos de este trabajo será estudiado de forma individual)<sup>16</sup>.

## 2.2. EN RELACIÓN CON EL CONSULTANTE

Por lo que respecta a los efectos de las contestaciones a las consultas tributarias en relación con el consultante, debe destacarse, en primer lugar, que, conforme al artículo 89.3 de la LGT, su presentación y contestación «no interrumpirá los plazos establecidos en las normas tributarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias», lo que no tiene otra finalidad que la de evitar que se conviertan en un mecanismo para justificar los retrasos e inobservancias de los deberes de los obligados tributarios.

Sin embargo, como pone de manifiesto SALVO TAMBO, cierto es que dicha previsión se compeadece mal con el plazo de seis meses del que dispone la Administración para resolver, ya que «la planificación fiscal del contribuyente y, por tanto, la satisfacción del principio de seguridad jurídica, deben llevar a que la máxima cautela que aquel deba tener en sus previsiones sea la de formular una consulta al menos seis meses antes de que se cumpla el plazo para cumplir una obligación cuyo régimen jurídico consulta»<sup>17</sup>. Asimismo, la falta de efectos contemplados ante la no contestación en el plazo previsto es una clara merma de la eficacia de dicho mecanismo que no deja de restarle valor y utilidad.

---

ciembre de 2015 al señalar que la obligación administrativa de seguimiento de esta doctrina, derivada de los artículos 242.4, 243.5 y 239.8 de la LGT, genera en obligado tributario un derecho subjetivo oponible con ocasión de la revisión del acto, cuya vulneración exige la anulación de este), de la misma forma que ha reconocido que su doctrina vinculante será de aplicación preferente respecto a todas las consultas en relación con todas las situaciones acaecidas con posterioridad (véase, por todas, la RTEAC de 13 de diciembre de 2011).

<sup>15</sup> Sin embargo, como precisa SALVO TAMBO, no deben considerarse incluidas en dicho límite las órdenes interpretativas reguladas en el actual artículo 12.3 de la LGT, ya que, a pesar de que tendrán efectos vinculantes para todos los órganos de la Administración tributaria (si son dictadas por el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas) o para los órganos y entidades encargados de la aplicación de los tributos (si vienen dictadas por los órganos de la Administración tributaria previstos en el art. 88.5 de la LGT), no son fuente de Derecho conforme al artículo 7 de la LGT. Además, de no ser así, advierte que se concedería a la Administración un poder de disposición amplísimo para eludir la eficacia propia de las contestaciones a consultas, sin olvidar que tampoco resultaría coherente con el respeto al principio de seguridad jurídica con el que parece basarse su obligación de seguimiento. (SALVO TAMBO, I.: «Las consultas tributarias», en *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria*, IEF, Madrid, 2004, pág. 526).

<sup>16</sup> Al respecto, véase *infra* el epígrafe 3.2. Los cambios jurisprudenciales como límite a los efectos vinculantes de las consultas tributarias.

<sup>17</sup> SALVO TAMBO, I.: «Las consultas tributarias», *op. cit.*, págs. 515 y 516.

En segundo lugar, conforme al apartado 4 del artículo 89 de la LGT, la contestación a las consultas tributarias escritas tendrá únicamente carácter informativo para el consultante, que podrá apartarse libremente del criterio señalado por la Administración (aunque siempre que su actuación derive de una interpretación razonable de la normativa). No obstante, cierto es que, si decide actuar conforme a la contestación a la consulta, quedará exento de responsabilidad por las posibles infracciones tributarias que pudiera comportar su forma de proceder (art. 179.2 d) de la LGT)<sup>18</sup>, lo que también procederá respecto a los obligados tributarios que hayan ajustado su actuación a los criterios manifestados por la Administración en la contestación a una consulta que hubiera formulado otro obligado (aunque en tal caso se limita la exoneración a que exista una igualdad sustancial entre sus circunstancias y las mencionadas en la contestación a la consulta –en el sentido de que permita entender aplicables dichos criterios al nuevo caso– y que tales criterios no hayan sido modificados)<sup>19</sup>.

De todos modos, tanto en relación con el sujeto que haya planteado la consulta como respecto a los demás, la exoneración de responsabilidad no procederá respecto a la infracción relativa a los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria regulada en el artículo 206 bis de la LGT, por cuanto, como ha añadido la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, no podrá considerarse en tales casos, salvo prueba en contrario, «que existe concurrencia ni de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones tributarias ni de la interpretación razonable de la norma».

Finalmente, el artículo 89.4 de la LGT establece la imposibilidad de entablar recurso alguno contra la contestación a las consultas tributarias escritas (al entender que, en tanto que la Administración se limita a ofrecer su interpretación de la normativa tributaria, son actos de mera información), si bien su calificación como acto administrativo no solo ha sido discutida sino incluso divergente entre la propia jurisprudencia<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> En concreto, señala el mencionado precepto que las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria cuando, entre otras circunstancias, se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, precisando que ello se entenderá, junto a otros supuestos, «cuando el obligado tributario haya ajustado su actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria competente en las publicaciones y comunicaciones escritas».

<sup>19</sup> Obsérvese en este punto que, mientras que la extensión de los efectos vinculantes de las contestaciones a consultas a terceros obligados se vincula a la «identidad» entre los hechos y circunstancias de dicho obligado y los que se incluyan en la contestación a la consulta (art. 89.1 de la LGT), en materia de exoneración de responsabilidad la LGT habla de «igualdad sustancial» entre sus circunstancias y las mencionadas en la contestación a la consulta, por lo que parece que la ley es más restrictiva a la hora de extender los efectos vinculantes para la Administración respecto a terceros que a la hora de exonerarlos de responsabilidad. No obstante, para una adecuada coherencia del sistema, ello resulta un argumento más para defender que la identidad de la que habla la ley deba ser estrictamente esencial o determinante, y es que si la Administración considera que entre dos supuestos existen las coincidencias necesarias para que un obligado tributario actuara conforme a la contestación de una consulta tributaria formulada con anterioridad, también debe verse obligada a aplicar en los mismos el contenido vinculante de tal contestación.

<sup>20</sup> A modo de ejemplo, sentencias como la STS de 10 de febrero de 2001, la SAN de 1 de julio de 2005 o las RTEAC de 30 de abril y de 22 de mayo de 1996 han entendido que no pueden ser consideradas como acto administrativo (seña-

No obstante, parece que en este punto la atención debe centrarse en que las contestaciones a las consultas tributarias escritas no son en esencia actos definitivos o resolutorios de un procedimiento (es decir, los que prejuzgan el fondo del asunto determinando cómo se debe resolver –que son los que pueden recurrirse directamente–) sino actos de trámite (en el sentido de manifestación del deber de información y asistencia de la Administración tributaria –los cuales solo pueden ser directamente recurridos cuando vienen a decidir sobre el fondo del asunto por poner fin al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación–), y es que los actos se dictan en el seno de un procedimiento que culmina con una resolución final, que es la que realmente decide el fondo de la cuestión planteada<sup>21</sup>.

De todos modos, como resaltó FALCÓN Y TELLA y ha reconocido el propio TEAC, ello no obsta que, en efecto, las contestaciones a las consultas tributarias con eficacia vinculante sean actos que den lugar al nacimiento de derechos y obligaciones desde el momento en que son notificadas<sup>22</sup>.

Sin embargo, como añade el artículo 89.4 de la LGT, la imposibilidad de recurrir las contestaciones a las consultas tributarias no impedirá que, mediante la impugnación del acto o actos administrativos que se dicten en su aplicación, se recurran posteriormente los criterios manifestados en las mismas, aunque, como han criticado algunos autores, ello supone un sacrificio del interés de los obligados tributarios (ya que deben soportar el riesgo de aplicar un criterio que les puede resultar desfavorable a la espera de que, con posterioridad, obtengan una resolución judicial que lo cambie)<sup>23</sup>.

---

lando el TS en este caso que la respuesta a una consulta vinculante «le faltaría –a la respuesta, se entiende– el requisito de ser consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa, y ya antes se ha dicho que estas respuestas, sea cual sea su naturaleza –vinculante o no– no son producto del ejercicio de una potestad administrativa, sea reglamentaria o interpretativa, que también tiene naturaleza reglamentaria conforme ya se destacó, sino de un deber de información y asistencia en el cumplimiento de obligaciones tributarias», mientras que otras, como las SSTs de 2 de junio de 1995 o de 1 de julio de 2000, las han calificado como tales (alegándose en esta última que «la contestación [a una consulta tributaria escrita], por tanto, fue un acto administrativo perfecto, declarativo de derechos que no pueden ser ignorados»).

<sup>21</sup> Al respecto, véase el Dictamen del Consejo de Estado núm. 984/97, de 13 de marzo de 1997, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, el cual, a pesar de su objeto, aporta tales consideraciones plenamente aquí aplicables. Además, como añade, la imposibilidad de recurrir directamente a los actos de trámite no implica que «no sean impugnables o que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración no fiscalizable en vía de recurso», sino que «no son impugnables separadamente: habrá que esperar, pues, a que se produzca la resolución final del procedimiento para, a través de su impugnación poder plantear todas las discrepancias que, en su caso, pueda tener el recurrente».

<sup>22</sup> En este sentido, véase, entre otras, la RTEAC de 15 de diciembre de 2015.

<sup>23</sup> Entre otros, véase BARQUERO ESTEVAN, J. M.: *La información administrativa a los contribuyentes*, op. cit., pág. 206. No obstante, no puede olvidarse que, como resaltó FALCÓN Y TELLA, «admitir que la contestación pudiera servir para acceder a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con carácter previo al acto de liquidación supondría, de hecho, convertir a los jueces y tribunales en intérpretes del ordenamiento jurídico más allá del objeto procesal de los recursos que resuelven, cuando según la Constitución su papel se limita a "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" (art. 117.3 CE), que es algo muy distinto, y excluye una interpretación en abstracto y con carácter preventivo». (FALCÓN Y TELLA, R.: «Consultas vinculantes y jurisprudencia», *Quincena Fiscal*, núm. 9, 1997, pág. 5).

No obstante, como concluye BARQUERO, razones de economía procesal y procedimental motivan la decisión de la LGT, por cuanto, a través de la impugnación posterior de los criterios administrativos manifestados, resulta compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>24</sup>.

### 3. LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES DE ORIGEN NACIONAL Y EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS CONSULTAS TRIBUTARIAS

A la hora de entrar en el análisis de la relación entre el carácter vinculante de las contestaciones a las consultas tributarias y los pronunciamientos judiciales nacionales, procede dividir el estudio en dos supuestos diferenciados: por un lado, valorando el papel que desempeñan las consultas tributarias vinculantes en los enjuiciamientos de tales órganos y, por otro, centrandó la atención en los efectos de los cambios de jurisprudencia ante el carácter vinculante de las consultas tributarias en sentido divergente.

#### 3.1. LAS CONSULTAS TRIBUTARIAS VINCULANTES EN LOS ENJUICIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

Por lo que respecta al papel que despliegan las consultas tributarias vinculantes en los pronunciamientos judiciales nacionales, procede recordar, en primer lugar, que los efectos de tales consultas vinculantes únicamente alcanzan a los órganos y entidades encargados de la aplicación de los tributos, por lo que, en principio, quedan exentos de los mismos los órganos de carácter judicial.

Sin embargo, procede realizar dos puntualizaciones respecto a esta última afirmación, ya que existen dos supuestos en los que la existencia de una consulta vinculante tendrá incidencia en su actuación:

- En primer lugar, si un obligado tributario recurre la falta aplicación del contenido vinculante de una contestación a una consulta tributaria estando la Administración obligada a ello (ya sea por haber sido notificada al obligado tributario o por haber probado la identidad entre los hechos y circunstancias del reclamante y los que se incluían en la consulta), caso en el que la actuación del órgano judicial deberá limitarse a valorar si, con base en los artículos 88 y 89 de la LGT, la Administración tenía realmente la obligación de seguimiento. Por consiguiente, como se ha señalado respecto a los TEA, su fallo no versará acerca de la interpretación y aplicación de la normativa tributaria sustantiva que debía proceder ante una determinada situación de hecho, sino en valorar únicamente si operaban en la misma los efectos vinculantes de la consulta (es decir, limitándose a declarar la inobservancia o no

<sup>24</sup> BARQUERO ESTEVAN, J. M.: *La información administrativa a los contribuyentes*, op. cit., pág. 206.

del artículo 89 de la LGT, incluso aunque estime correcta la interpretación dada por la Administración en caso de vulneración del mencionado artículo)<sup>25</sup>.

De este modo, en caso de que el órgano judicial estime que la Administración ha infringido el artículo 89 de la LGT, deberá limitarse a declarar la nulidad del acto recurrido, considerando que, como señala JUAN LOZANO, este «no es un precepto programático sino una norma de la que derivan directamente derechos y obligaciones para las partes de la relación jurídico-tributaria»<sup>26</sup> y, por consiguiente, así lo exige el principio de legalidad.

Sin embargo, cierto es que en este punto existe una excepción en la que los órganos judiciales no quedarán limitados a anular el acto recurrido sino que podrán aplicar un criterio distinto al contenido en la consulta vinculante, y es el caso en el que, con posterioridad al momento en que se dictaron los actos sometidos a revisión, la DGT sentase un nuevo criterio favorable al contribuyente distinto del que hubiera tenido que aplicar la Administración (ya que tendrá carácter predominante)<sup>27</sup>.

- Y en segundo lugar, las contestaciones a las consultas vinculantes tendrán incidencia en la actuación de los órganos judiciales si lo que se recurre es justamente el criterio aplicado por la Administración a consecuencia de su obligación de seguimiento, es decir, si el obligado tributario quiere cuestionar el criterio manifestado en una contestación a una consulta acogándose, como se ha visto, a la impugnación posterior de los actos que se dicten en su aplicación.

En este caso, y aunque los órganos judiciales sí que podrán entrar a valorar el fondo de la cuestión (que es, a fin de cuentas, el objeto de recurso), procede destacar que la existencia de la contestación a una consulta con efectos vinculantes actuará como límite a la hora de preservar la situación jurídica del obligado tributario, es decir, que nada impedirá que se aparten del criterio sostenido por la Administración pero siempre que sea para adoptar una solución más favorable para el consultante (por cuanto, como se ha señalado, la contestación a las consultas con efecto vinculante da lugar al nacimiento de derechos para los obligados tributarios desde el momento de su notificación).

<sup>25</sup> Y es que, como señala expresamente la STS de 9 de mayo de 2016, a pesar de que «la consulta vinculante no es fuente de Derecho –y, desde luego el criterio expresado en ella no vincula a los tribunales–», «no supone que los mencionados órganos administrativos [los encargados de la aplicación de los tributos], por disposición expresa de la ley, puedan apartarse de la respuesta dada por la propia Administración siempre que concurren los requisitos subjetivos, objetivos, formales y de procedimientos establecidos legal (arts. 88 y 89 LGT) y reglamentariamente (arts. 65 a 68 del Reglamento General de las Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria, Real Decreto 1065/2007)».

<sup>26</sup> JUAN LOZANO, A. M.: *Contestaciones a consulta: ¿hasta dónde vinculan las vinculantes?*, Lefebvre-El Derecho, 2016, disponible en: <[http://www.elderecho.com/tribuna/fiscal/Contestaciones-vinculantes-ley-tributaria\\_11\\_999055002.html](http://www.elderecho.com/tribuna/fiscal/Contestaciones-vinculantes-ley-tributaria_11_999055002.html)> [Fecha de consulta: 29 de abril de 2017].

<sup>27</sup> De hecho, así lo ha reconocido el propio TEAC, como puede véase de forma expresa en la RTEAC de 5 de julio de 2016 o en la RTEAC de 15 de diciembre de 2015.

Así, es de suma relevancia tener presente esta última limitación, pues aparte de la inseguridad jurídica que comportaría la aplicación retroactiva de un criterio perjudicial y de la evidente vulneración de la confianza legítima, existe en nuestro ordenamiento el principio de prohibición de la *reformatio in peius* que impide empeorar la situación de los obligados tributarios por el mero hecho de recurrir<sup>28</sup>.

Además, como señala FALCÓN Y TELLA con base en dicho principio, si los tribunales no siguieran la posición de la Administración para empeorar la situación del obligado tributario, se estaría vaciando de contenido el carácter vinculante de la contestación<sup>29</sup>, por cuanto el mismo, mientras siga vigente, es el que otorga al obligado tributario la seguridad de saber que su actuación es correcta (y, por consiguiente, ausente de consecuencias gravosas) en opinión de la Administración.

De todos modos, conviene recordar que tales consideraciones acerca de la incidencia de las consultas tributarias vinculantes en los enjuiciamientos judiciales nacionales únicamente operarán si no existe una modificación de la jurisprudencia aplicable al caso en contra del criterio vinculante para la Administración, ya que, como se ha señalado, el artículo 89.1 de la LGT enumera los cambios jurisprudenciales y los normativos como límites de la obligación de seguimiento de las consultas tributarias.

Por consiguiente, como se apuntaba al inicio del presente apartado, también procede analizar con detalle qué ocurre con los efectos vinculantes de las consultas tributarias ante los cambios en la jurisprudencia en sentido divergente, lo cual, junto a qué debe entenderse por los mismos, se encuentra revestido de gran relevancia y cierta complejidad.

### 3.2. LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES COMO LÍMITE A LOS EFECTOS VINCULANTES DE LAS CONSULTAS TRIBUTARIAS

Tal y como se ha puesto de manifiesto, el artículo 89.1 de la LGT señala que los efectos vinculantes de las consultas tributarias serán de aplicación «en tanto no se modifique la legislación o la jurisprudencia aplicable al caso». Sin embargo, a diferencia de lo que hacía el artículo 14 del

<sup>28</sup> Conforme a consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), este principio que prohíbe la *reformatio in peius* tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución jurídica impugnada, de modo que lo obtenido con el pronunciamiento que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido, que era precisamente eliminar o aminorar el gravamen sufrido por la resolución impugnada. Sin embargo, esta modalidad de incongruencia procesal producida en la segunda instancia únicamente se produce cuando la situación del recurrente se empeora a consecuencia exclusiva de su propio recurso y no a consecuencia de los recursos, directos o adhesivos, de la parte contraria (o de alegaciones concurrentes e incidentales que hayan sido formuladas por esta en condiciones que permitan reconocerles eficacia devolutiva), insertándose de modo en el derecho fundamental a la tutela judicial a través de la interdicción de la indefensión consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución (al respecto, véanse, entre otras, las SSTC 20/1982, de 5 de mayo; 116/1988, de 20 de junio; o 143/1988, de 12 de julio).

<sup>29</sup> FALCÓN Y TELLA, R.: «Consultas vinculantes y jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 7. En la misma línea, véase ADAME MARTÍNEZ, F. D.: *La consulta tributaria*, Editoriales Dodeca y Comares, Granada, 2000, págs. 126 y 127.

Real Decreto 404/1997, de 21 de marzo, por el que se establecía el régimen aplicable a las consultas cuya contestación debía tener carácter vinculante para la Administración tributaria (actualmente derogado por el RGGIT), no detalla lo que deberá entenderse por «jurisprudencia»<sup>30</sup>, por lo que parece que, ante la mención hoy general de la LGT y la ausencia de restricciones del RGGIT, será válida la jurisprudencia entendida en un sentido amplio (es decir, concibiéndola como los criterios manifestados un mínimo de dos veces por parte de los tribunales, cualquiera que sea su clase y categoría, al interpretar y aplicar el derecho en el curso de los asuntos de que conocen).

De este modo, no solo quedan así integradas las sentencias que claramente gozan de primacía (como las del TJUE, el TC o el TS), sino también las de los otros órganos judiciales (como los TSJ), lo cual, a pesar de que haya sido criticado por algunos autores con base en la habitual disparidad de posicionamientos de estos últimos<sup>31</sup>, resulta acorde con la demanda, fundamentada en la actual organización del Estado en materia de justicia, de que se amplíen las previsiones del artículo 1.6 del Código Civil (que limita la jurisprudencia a los pronunciamientos del TS) a todos los Tribunales Superiores de Justicia respecto a sus correspondientes ámbitos<sup>32</sup>.

Así pues, faltan por valorar ahora las consecuencias que tendrá el hecho de que, a causa de una modificación jurisprudencial, resulten extinguidos los efectos vinculantes de una consulta tributaria (tanto para los obligados tributarios que hasta el momento tenían derecho a su aplicación como para la Administración tributaria respecto a los mismos), si bien, antes de entrar en su análisis, resulta imprescindible delimitar cuál es el efecto temporal de los cambios en la jurisprudencia.

### 3.2.1. Efecto temporal de los cambios jurisprudenciales

Para analizar el efecto temporal de los cambios de criterio en la jurisprudencia, procede destacar, en primer lugar, la STC 7/2015, de 22 de enero, la cual, poniendo de manifiesto reiterada doctrina constitucional en este punto, deja claro que, siempre que no sea arbitrario y esté debidamente motivado (es decir, siempre que sea razonable y razonado), debe admitirse sin reservas el cambio de criterio jurisprudencial (puesto que el valor de la jurisprudencia «reside precisa-

<sup>30</sup> En concreto, el mencionado precepto únicamente mencionaba la jurisprudencia del TC y la del Tribunal Supremo (TS), probablemente a consecuencia del artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del artículo 1.6 del Código Civil, respectivamente.

<sup>31</sup> En este punto, véase SALVO TAMBO, quien señala que restringir el concepto de jurisprudencia a la emanada del TS y del TC «resulta más respetuoso con el principio de seguridad jurídica que sirve de fundamento a las consultas tributarias, máxime si se tiene en cuenta la posible disparidad de criterios que sobre una misma materia pueden tener los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, como en la realidad en numerosas ocasiones ocurre» (SALVO TAMBO, I.: «Las consultas tributarias», *op. cit.*, pág. 527).

<sup>32</sup> En esta línea, véase, entre otros, GORDILLO CAÑAS, A.: *Voz «Jurisprudencia»*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 3.888; FALCÓN Y TELLA, R.: «Consultas vinculantes y jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 7, o FERNÁNDEZ PAVÉS, M. J.: «La nueva regulación aplicable a las consultas con contestación vinculante», *Revista de Información Fiscal*, núm. 24, 1997, pág. 30.

mente en su dinámica adaptativa y motivada a las nuevas realidades en que se desenvuelven las relaciones jurídicas, teniendo en cuenta la libertad de apreciación de todo órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (de conformidad con el artículo 117.3 de la Constitución Española) y la consecuencia de una diferente concepción jurídica igualmente razonable y fundada en Derecho de los supuestos sometidos a su decisión»).

Sin embargo, como señala, entre otras, la STC 176/2000, de 26 de junio, también deberá añadirse como otra condición ineludible su vocación de futuro y de generalidad (en el sentido de que se encuentre destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas —es decir, que excluya todo significado de resolución *ad personam*—), de modo que, como concluyó la STC 76/2005, de 4 de abril, si la vocación del cambio es suficiente «como para impedir su calificación como irreflexivo, arbitrario, ocasional e inesperado, [...] no podría estimarse vulnerado el principio de igualdad en su vertiente de aplicación judicial de la ley».

Además, como también consta en la STC 7/2015, de 22 de enero, si los cambios de criterio jurisprudenciales reúnen tales criterios, tampoco podrá entenderse que erosionen el principio constitucional de seguridad jurídica<sup>33</sup>, de modo que, cuando tengan lugar, cualquier tribunal en cuestión «habrá de aplicar el nuevo criterio jurisprudencial a todo supuesto o situación jurídica que tenga ante sí para resolver, con independencia del momento temporal en que se interpuso el recurso».

Por consiguiente, en opinión del TC, una vez se adopte un cambio de criterio jurisprudencial que cumpla con las mencionadas condiciones, deberá aplicarse por los órganos judiciales en la resolución de todos los actos que tengan lugar a partir del mismo, con independencia de si el propio recurso se había presentado con carácter previo e incluso de si los hechos sobre los que versa habían acontecido con anterioridad<sup>34</sup>.

No obstante, cierto es que también ha reconocido una expresa excepción a dicho efecto retroactivo, y es que, a efectos de salvaguardar la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de la CE, ha señalado que no podrán aplicarse a las situaciones jurídicas que ya gocen de la protección de la cosa juzgada<sup>35</sup>.

Así pues, siempre que los cambios jurisprudenciales sean razonables, razonados, con vocación de futuro y con generalidad, el TC entiende que, más allá de la limitación expuesta, po-

<sup>33</sup> En este caso, el TC se ha pronunciado en los mismos términos que el TS en reiterada jurisprudencia, como puede verse, entre otras, en las SSTs de 5 de julio de 2002 o de 22 de diciembre de 2003.

<sup>34</sup> Y es que, si no, como añade el TC en la mencionada STC 7/2015, de 22 de enero, «quedaría petrificada la nueva interpretación jurisprudencial a aquellos escritos de interposición de recursos que fueran presentados debidamente ante los Tribunales de Justicia a partir del momento del "anuncio" del cambio de criterio, "anuncio" a que no están obligados los órganos jurisdiccionales, tal y como tiene asentada la doctrina constitucional referida. Asimismo, hay que tener en cuenta que una resolución judicial que incorpora un cambio de criterio jurisprudencial y cuya eficacia fuese meramente prospectiva sería un mero *obiter dictum*, amén de que se frustraría la finalidad del proceso porque la resolución no afectaría a las partes».

<sup>35</sup> Al respecto, véase la STC 7/2015, de 22 de enero.

drán desplegar efectos retroactivos respecto a los hechos y circunstancias acaecidos en el pasado, a pesar de que, como es lógico, este sido un tema candente de debate y ampliamente criticado.

Al respecto, la mayor parte de los argumentos esgrimidos en las críticas realizadas han venido sustentados en la pretensión de trasladar al ámbito de las modificaciones jurisprudenciales la prohibición de retroactividad que afecta a las normas, por cuanto, si bien no existe un principio general en nuestro ordenamiento que prohíba las normas retroactivas (y menos en materia tributaria)<sup>36</sup>, sí que el artículo 9.3 de la CE impide expresamente la retroactividad *in peius* de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

Además, conforme al artículo 10.2 de la LGT, no hay que olvidar que, salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efectos retroactivos (es decir, que la retroactividad no se presume), a no ser que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos y su aplicación resulte más favorable para el interesado (excepto por lo que respecta a los actos firmes).

Sin embargo, cierto es que tales argumentos pierden fuerza al considerar que su previsión por la CE y la LGT se proyecta exclusivamente sobre las normas (por lo que, teniendo en cuenta que la jurisprudencia no puede ser considerada fuente de derecho, queda fuera de la misma), sin olvidar que, tras un cambio jurisprudencial, la normativa sigue siendo la misma<sup>37</sup>.

No obstante, dentro del ámbito tributario, nada parece impedir que se acuda a la misma ponderación de bienes jurídicos realizada por el TC a la hora de prohibir la retroactividad normativa por entrar en colisión con otros principios consagrados constitucionalmente, como pasa esencialmente con la vulneración del principio de seguridad jurídica reconocido en el mismo artículo 9.3 de la CE (el cual, aunque no implica un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal, sí que protege «la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente ante cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad»<sup>38</sup>).

<sup>36</sup> Véase, por todas, la STC 173/1996, de 31 de octubre, donde el TC deja claro que el legislador tributario debe disponer de un amplio margen de discrecionalidad política para establecer normas retroactivas, ya que si se impidiera de forma absoluta, entre otras consecuencias, podría resultar totalmente inviable una verdadera reforma fiscal. Véase, entre otras, la STC 49/2015, de 5 de marzo.

<sup>37</sup> Al respecto, también así lo considera expresamente la Dirección del Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria en su consultivo ANP 3141/2015, donde señala que, «al tratarse del criterio interpretativo de una norma, a diferencia de lo que ocurre con los cambios normativos, respecto de los cuales entran en juego las normas sobre aplicación temporal (art. 10.2 LGT) y en particular, la prohibición de la retroactividad de las normas restrictivas o desfavorables, la doctrina administrativa vinculante, al igual que la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, no está sujeta a dichos límites al contener la interpretación de las normas que debió regir desde su entrada en vigor, razón por la cual, tanto una como otra se aplica a situaciones generadas antes de su dictado».

<sup>38</sup> Véanse, por todas, las SSTC 150/1990, de 4 de octubre; 89/2009, de 20 de abril; 90/2009, de 20 de abril; o 100/2012, de 8 de mayo.

Y es que, más allá de considerar la seguridad jurídica como «la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados»<sup>39</sup>, el TC la ha definido como «la expectativa razonable fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho»<sup>40</sup>, y es desde esta óptica donde nada impediría incardinar los cambios jurisprudenciales como elementos potenciales para su vulneración.

Por consiguiente, partiendo del doble examen que el TC ha considerado necesario para determinar su quebrantamiento en relación con la retroactividad normativa, parece que en este caso el grado de retroactividad del cambio jurisprudencial perjudicial que se cuestiona es auténtica o de grado máximo (en el sentido de que se pretenden vincular sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad al mismo y ya consumadas), punto en el que «solo exigencias calificadas de interés general se podrían imponer al sacrificio del principio de seguridad jurídica»<sup>41</sup>.

Y no parece que ninguna exigencia de interés general pueda prevalecer ante la aplicación retroactiva de las modificaciones jurisprudenciales que agraven la situación de un obligado tributario, vulnerando así su expectativa razonable y fundada de cuál sería la actuación de los poderes públicos en la aplicación del ordenamiento jurídico convertida en derecho por el artículo 89 de la LGT. Y es que, además, si la Administración y los órganos judiciales pudieran apartarse libremente y de forma más gravosa del contenido de las consultas tributarias vinculantes respecto a hechos y escenarios pasados, poco sentido y eficacia tendría su planteamiento como mecanismo del deber de información.

Asimismo, no hay que olvidar la incertidumbre que comportaría que, ante cualquier cambio jurisprudencial que pudiera tener lugar mientras no prescribiera el derecho de la Administración a liquidar una deuda tributaria, el obligado tributario pudiera verse con la obligación de asumir el nuevo criterio más gravoso aplicado en el seno de una regularización de una obligación que cumplió correctamente en su momento, debiendo cargar, además, con los intereses de demora derivados de la nueva liquidación.

<sup>39</sup> STC 15/1986, de 31 de enero.

<sup>40</sup> SSTC 36/1991, de 14 de febrero; o 165/1999, de 27 de septiembre.

<sup>41</sup> En concreto, el TC somete a un doble examen la determinación de la vulneración de la seguridad jurídica por parte de la retroactividad normativa: por un lado, del grado de retroactividad del cambio normativo cuestionado (valorando si es auténtica o de grado máximo –en el sentido de que pretende vincular sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas– o impropia o de grado medio –es decir, que la norma incida sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas–), y, por otro, de las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto (pues, respecto a la retroactividad auténtica o de grado máximo, «solo exigencias calificadas de interés general se podrían imponer al sacrificio del principio de seguridad jurídica», pero, en relación con la retroactividad de grado medio o impropia, su ilicitud dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta la seguridad jurídica, las razones que conduzcan a su adopción, su previsibilidad, y otras circunstancias relevantes como su cuantía). Así consta, entre muchas otras, en las SSTC 126/1987, de 16 de julio; 150/1990, de 4 de octubre; 173/1996, de 31 de octubre; 182/1997, de 20 de octubre; y 176/2011, de 8 de noviembre.

Por consiguiente, parece que cuando el artículo 89.1 de la LGT señala que «en tanto no se modifique la legislación o la jurisprudencia aplicable al caso, se aplicarán al consultante los criterios expresados en la contestación», se está refiriendo al momento en el que tengan lugar los deberes o derechos que sean objeto de la consulta, por lo que este será el momento que determinará la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso actuando como límite a la hora de agravar la situación del obligado tributario. Y ya no con base en la seguridad jurídica, la confianza legítima y la buena fe de los obligados tributarios, sino por motivos de estricta legalidad.

Así pues, parece que los efectos temporales que deberían desplegar los cambios jurisprudenciales respecto a las consultas tributarias vinculantes son los mismos que contempla la RTEAC de 13 de diciembre de 2011 respecto a la doctrina vinculante del TEAC derivada de las resoluciones que resuelvan los recursos extraordinarios para la unificación de doctrina, y es que, a pesar de que esta no se encuentre prevista entre los límites a los efectos vinculantes de las consultas que prevé el artículo 89 de la LGT, también es susceptible, como se ha visto, de acabar con los mismos<sup>42</sup>.

Y en concreto, como señala la mencionada resolución, la vinculación de la pertinente doctrina se producirá «a partir de la resolución», aunque precisando que «solo despliega sus efectos respecto a situaciones que se produzcan con posterioridad» (es decir, que nunca podrá tener efectos retroactivos). Asimismo, como detalla, la vinculación de la resolución no solo deberá respetar la situación jurídica individualizada que dio lugar a la misma (es decir, que no afectará al potencial obligado tributario al que se le hubiera aplicado el contenido de una consulta vinculante en sentido divergente), sino que tampoco se extenderá «a todas aquellas resoluciones dictadas por los órganos económico-administrativos anteriores al mencionado recurso que se hubiesen dictado con análogo contenido [al recurrido]», a no ser que, como se ha señalado, el nuevo criterio doctrinal resulte más beneficioso para el obligado tributario (ya que los efectos vinculantes de las consultas tributarias para la Administración solo operan en beneficio del obligado tributario, en el sentido de que no se les podrá aplicar un criterio más gravoso que el que figure en la contestación).

<sup>42</sup> Al respecto, aunque la mencionada RTEAC se refiera a las resoluciones que dicte la Sala Especial resolviendo los recursos extraordinarios para la unificación de doctrina (reguladas en el art. 243 de la LGT); no hay que olvidar que la LGT también contempla que generarán doctrina vinculante del TEAC las resoluciones que dicte resolviendo los recursos extraordinarios de alzada para la unificación de criterio (reguladas en el art. 242 de la LGT) y cuando exista doctrina reiterada del mismo conforme el actual artículo 239.8 de la LGT (la cual, como detalla la RTEAC de 5 de julio de 2016, se entenderá cuando existan dos o más resoluciones que apliquen un mismo criterio, «resolución o resoluciones anteriores cuya existencia se indicará en la resolución o resoluciones posteriores, a efectos de que por todos se pueda entender que es doctrina reiterada, cumpliendo así con esta cita expresa con el mandato de la Ley contenido en el artículo 239.8 de que el Tribunal Central recoja de forma expresa que se trata de doctrina reiterada»). Así, en tales casos, el TEAC deberá seguir su propia doctrina a no ser que opte y justifique oportunamente un cambio en la misma, vinculación que también será exigible al resto de tribunales económico-administrativos regionales y locales, a los órganos económico-administrativos de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía y al resto de la Administración tributaria del Estado y de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía (es decir, también a los órganos y entidades encargadas de la aplicación de los tributos).

Por consiguiente, para saber si un obligado tributario tiene derecho a la aplicación del contenido de una consulta tributaria o no, deberá acudir al momento en el que se ejercieron los concretos derechos o se cumplieron las obligaciones que fueron objeto de la misma, de modo que si se realizaron con anterioridad a la aparición de doctrina vinculante del TEAC o de un cambio jurisprudencial en sentido divergente, seguirán vigentes los efectos vinculantes de la consulta tributaria (a no ser que el cambio jurisprudencial o la nueva doctrina fueran más beneficiosos para el interesado) y, si fueron posteriores, deberá aplicarse la nueva doctrina o criterio jurisprudencial.

Y es que, de hecho, estos son los efectos que la propia DGT ha señalado para los cambios de criterio respecto a los expresados en una consulta vinculante anterior, estableciendo que «el carácter vinculante de la contestación a las consultas tributarias se mantendrá para la Administración tributaria en relación con las obligaciones y derechos cuyo cumplimiento y ejercicio, respectivamente, hubiesen de materializarse por el obligado tributario durante la vigencia de dicho criterio»<sup>43</sup>.

### 3.2.2. Consecuencias de la finalización de los efectos vinculantes de las consultas tributarias a causa de un cambio jurisprudencial

Para poder analizar las consecuencias de la finalización de los efectos vinculantes de las consultas tributarias a causa de un cambio jurisprudencial, conviene distinguir, en primer lugar, los casos en los que la modificación jurisprudencial sea en beneficio de los obligados tributarios, supuesto en el que, como se ha visto, nada impedirá que estos, si se encuentran en plazo, impugnen el acto en el que la Administración siguió sus efectos vinculantes y los órganos económico-administrativos o judiciales confirmen la situación más favorable para los mismos.

Sin embargo, procede puntualizar que los actos firmes en materia tributaria quedarán fuera de la posibilidad de modificación, por cuanto, primeramente, señala el artículo 213.3 de la LGT que los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones y las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativas que hayan sido confirmados por sentencia judicial firme no serán revisables en ningún caso. Además, respecto a los no confirmados, el cambio de jurisprudencia no constituye ningún motivo para acudir al procedimiento para declarar la nulidad de pleno derecho de los mismos (en tanto que no resulta subsumible en ninguno de los motivos que contempla el art. 217 de la LGT<sup>44</sup>), y, aunque podría haber razones para considerar dicho cambio,

<sup>43</sup> Consulta Vinculante de la DGT V0179/2017, de 25 de enero.

<sup>44</sup> Tales causas, conforme al artículo 217 de la LGT, son que los actos lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; que tengan un contenido imposible; que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta; que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados; que sean actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; o cuando concorra cualquier otro motivo establecido expresamente en una disposición de rango legal.

podría incardinarse en una de las causas que prevé el artículo 219 de la LGT para que la Administración, dentro de los cuatro años siguientes a su adopción, proceda a su revocación en beneficio de los interesados (concretamente, cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado<sup>45</sup>), no parece adecuada dicha práctica. Y es que señala el artículo 213 que, además de los confirmados por sentencia judicial firme, tampoco las resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos y los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones sobre los que hubiera recaído resolución económico-administrativa podrán ser objeto de revocación, por lo que solo podrían revocarse aquellos actos que fueran firmes por no haber sido recurridos en plazo. Por consiguiente, dejar sin revocar a tales actos sería claramente contrario a la exigencia del respeto al principio de igualdad que requiere dicha práctica (por cuanto deberían revocarse todas las situaciones singulares idénticas y no beneficiar, justamente, a quienes no hubieran ejercido acción alguna en defensa de sus derechos), sin olvidar que también quedarían fuera las deudas derivadas de autoliquidaciones.

De todos modos, en relación con los obligados tributarios que hubieran presentado una autoliquidación basándose en el criterio más gravoso manifestado por la Administración, sí que parece que podrán solicitar su rectificación con base en el artículo 120.3 de la LGT (siempre y cuando, obviamente, no hubiera prescrito su derecho a solicitar las devoluciones de ingresos indebidos), y es que, como ha precisado la jurisprudencia, los «intereses legítimos» cuyo perjuicio sirve de base para la misma se entenderán afectados cuando la declaración pretendida suponga para el interesado una utilidad o beneficio aunque sea instrumental o de efecto indirecto (lo cual, obviamente, en tanto que se solicita la aplicación de un criterio más beneficioso, procederá en este caso)<sup>46</sup>.

Y en la misma línea, mientras no prescriba el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, nada impedirá que, a pesar de que con anterioridad tuviera la obligación de seguimiento de la consulta tributaria, regularice la situación del obligado tributario cuando se den las circunstancias para ello conforme al nuevo criterio.

Por su parte, si la modificación jurisprudencial resulta más gravosa para los obligados tributarios, procede recordar que, por las exigencias de los principios de confianza legítima, buena fe, seguridad jurídica, y, especialmente, legalidad, no podrá aplicarse a las circunstancias o situa-

<sup>45</sup> Al respecto, así lo han puesto de manifiesto autores como GARCÍA NOVOA, C.: *La revocación en la Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 51 y ss., quien considera que también podría procederse a la misma por la aparición de una consulta vinculante de la propia Administración más favorable a los intereses del obligado tributario, o por la existencia de una doctrina reiterada del TEAC. Por su parte, la modificación jurisprudencial no sería subsumible dentro de las otras causas que prevé el artículo 219 de la LGT (que los actos infrinjan manifiestamente la ley –lo que no ocurriría en este caso por cuanto simplemente se cambia la interpretación de la misma y, justamente, la ley obligaba a la Administración a aplicar el criterio vinculante contenido en la consulta–, ni cuando se haya producido indefensión a los interesados en la tramitación del procedimiento de que se trate –lo que lógicamente tampoco se daría en este caso–).

<sup>46</sup> A modo de ejemplo, véanse al respecto las SSTC 62/1983, de 11 de julio; 257/1988, de 22 de diciembre; o 97/1997, de 19 de mayo; y las SSTS de 8 de julio de 1986 o de 31 de mayo de 1990.

ciones de hecho que se hubieran producido con anterioridad, por lo que los obligados tributarios tendrán derecho a que, respecto a las mismas, se les siga aplicando el contenido de la consulta (es decir, que tampoco la Administración podrá adoptar regularización alguna cuando proceda basándose en el nuevo posicionamiento jurisprudencial).

No obstante, como se ha señalado, sí que el cambio doctrinal será aplicable a las situaciones que se produzcan con posterioridad a su adopción, por mucho que el obligado tributario sea el propio sujeto que planteó la consulta vinculante o que exista plena identidad entre sus hechos y circunstancias y los que se incluían en la contestación.

#### 4. LA PARTICULARIDAD DE LAS SENTENCIAS PREJUDICIALES Y DE INCUMPLIMIENTO DEL TJUE ANTE EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS CONTESTACIONES A LAS CONSULTAS TRIBUTARIAS

Sin perjuicio de las consideraciones realizadas hasta el momento, existen dos supuestos en los que la incompatibilidad de los criterios mantenidos en una consulta tributaria vinculante y una sentencia tienen unos efectos diferentes, los cuales se concretan en los que la divergencia derive de sentencias prejudiciales o de incumplimiento dictadas por el TJUE.

En concreto, la singularidad de tales sentencias tiene lugar por el principio de primacía del Derecho de la UE y la especialidad de la que, en consecuencia, goza el TJUE respecto a los órganos nacionales (ya sean consultivos, administrativos o judiciales), cuyas resoluciones tienen preferencia en cualquier caso respecto a las de estos últimos.

En concreto, por lo que respecta a las cuestiones prejudiciales, suponen un mecanismo formalizado mediante el cual un juez nacional solicita al TJUE que se pronuncie sobre la interpretación de los Tratados de la UE o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la UE, en virtud de la competencia que le otorga el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). De este modo, la sentencia dictada por el TJUE en su resolución determinará cuál debe ser la correcta interpretación del Derecho de la UE, por lo que conllevará la obligación de su seguimiento tanto por parte del órgano jurisdiccional que formuló la cuestión prejudicial como por cualquier otro órgano (nacional o de otro Estado miembro) que deba aplicarlo en cualquier supuesto<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Al respecto, así consta expresamente en varias SSTJUE (como es el caso de la STJUE de 15 de enero de 2013, asunto C-416/10, *Jozef Križan y otros/Slovenská inšpekcia životného prostredia*, en relación incluso con el propio TC), ya que, como ha afirmado, su interpretación de una determinada norma aclara y especifica, cuando es necesario, el significado y alcance de la misma, tal y como esta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor (STJCE de 15 de septiembre de 1998, asunto C-231/96, *dilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis)/Ministero delle Finanze*).

Y es que la finalidad de la cuestión prejudicial es conseguir la uniformidad y corrección en la interpretación y aplicación del ordenamiento de la UE en todos los Estados miembros, lo que también conlleva los efectos retroactivos de los criterios contenidos en estas sentencias<sup>48</sup>.

Sin embargo, en algunos casos excepcionales, el TJUE ha considerado conveniente limitar tales efectos (esencialmente por consideraciones imperiosas de seguridad jurídica –al haber actuado las partes de buena fe bajo una incertidumbre objetiva– y por los graves problemas internos de índole económica que su no previsión pudiera generar en el Estado en cuestión)<sup>49</sup>, aunque cierto es que tales supuestos son muy minoritarios y, en cualquier caso, así debe constar expresamente en la propia sentencia<sup>50</sup>.

Por su parte, similares consideraciones pueden apuntarse respecto a las sentencias en las que el TJUE declara un incumplimiento por parte de algún Estado miembro, por acción u omisión, de las obligaciones que le incumben en virtud del TFUE o de las medidas dictadas en su ejecución, cuya competencia se contempla en los artículos 258 a 260 del TFUE. En estos casos, el Estado incumplidor está obligado a adoptar sin demora las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento y restablecer las situaciones afectadas como si nunca hubiera ocurrido, ya que, como señala CAAMAÑO, cada vez es más inusual que el TJUE ordene la conservación de los actos dic-

<sup>48</sup> En relación con sus efectos *ex tunc*, véanse, entre otras, las SSTJUE de 10 de enero de 2006, asunto C402/03, *Skov y Bilka*; de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb*; o de 19 de diciembre de 2013, asunto C-262/12, *Vent De Colère y otros*, donde consta expresamente que «la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma».

<sup>49</sup> En palabras del propio TJUE, «únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, cuando, por una parte, existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y, por otra parte, era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión» (STJUE de 13 de abril de 2010, asunto C-73/08, *Bressol y otros Céline Chave-rot y otros/Gouvernement de la Communauté française*). De todos modos, respecto al ámbito tributario, es de suma relevancia destacar que, como también ha dejado claro, «las consecuencias económicas que pudieran derivar para un Gobierno de la ilegalidad de un impuesto no han justificado jamás, por sí mismas, la limitación de los efectos de una sentencia del Tribunal de Justicia», ya que, si no fuera así, además de suponer un importante menoscabo de la protección jurisdiccional de los derechos de los contribuyentes reconocidos por la normativa europea, «las violaciones más graves recibirían el trato más favorable, en la medida en que son estas las que pueden entrañar las consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros» (STJCE de 11 de agosto de 1995, asuntos acumulados C-367 a 377/93, *Rodens BV & RSK Internationale/Inspecteur der Invoerrechten*).

<sup>50</sup> Para un mayor desarrollo al respecto, véase, entre otros, COBREROS MENDAZONA, E.: «Las sentencias prospectivas en las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 4, 2002; WALDHOF, Ch.: «Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ», en *CMLR*, núm. 46, 2009; y COBREROS MENDAZONA, E.: «Efectos de la sentencia prejudicial», *European Inclings (EUi)*, núm. 4, 2014.

tados antes de la publicación de la sentencia<sup>51</sup> (lo cual, también en este caso, debe especificarse y justificarse en el propio texto de forma expresa).

De todos modos, no es de extrañar que las consecuencias de las sentencias de incumplimiento sean especialmente gravosas para los Estados que hayan incumplido el Derecho de la UE (quienes, en caso de no atenderlas, podrán ser objeto de un nuevo procedimiento por incumplimiento y ser condenados al pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva<sup>52</sup>), y es que el procedimiento para la resolución del recurso de incumplimiento requiere que, antes de la fase jurisdiccional, tenga lugar una fase precontenciosa en la que la Comisión, conocedora del posible incumplimiento (ya sea por su control sistemático de la actuación de los Estados miembros o por la recepción de alguna queja al respecto por parte de particulares u otros Estados miembros), remita un escrito de requerimiento al Gobierno de dicho Estado en el que le informe de los términos de la oportuna infracción y le solicite la presentación de las observaciones oportunas.

Además, si el Estado no responde o lo hace de forma insuficiente, la Comisión emitirá un dictamen motivado al Gobierno del Estado en el que delimitará el objeto del incumplimiento imputado, señalará sus argumentos jurídicos y solicitará de nuevo al Estado que ponga fin a la infracción (indicándole las vías oportunas y un plazo para su cumplimiento), de modo que solo si el Estado tampoco responde de forma convincente a dicho dictamen se interpondrá el recurso de incumplimiento ante el TJUE<sup>53</sup>.

Así pues, tanto las sentencias prejudiciales como las de incumplimiento del TJUE que se pronuncien de forma contraria al contenido de una consulta tributaria comportarán el cese inmediato de los efectos vinculantes de esta última (tanto respecto a las situaciones que tengan lugar con posterioridad como, a no ser que se limite su retroactividad de forma expresa, con anterioridad), y tanto si lo que se declara contrario al Derecho de la UE es un criterio administrativo como si es una disposición del Derecho interno sobre la que versen.

Sin embargo, a diferencia de las sentencias prejudiciales (que simplemente puntualizan la interpretación correcta de la normativa europea –implicando que las interpretaciones que se realicen por todos los órganos administrativos, consultivos o judiciales de cualquier Estado miembro sean conforme a la misma– y comportan la inaplicación de los criterios o disposiciones naciona-

<sup>51</sup> CAAMAÑO ANIDO, M. A.: *Nulidad de la norma tributaria y devolución de ingresos indebidos*, Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 1, 1997, págs. 177.

<sup>52</sup> Al respecto, y aunque el TFUE no especifica el plazo dentro del cual los Estados miembros deben ejecutar la sentencia declarativa de incumplimiento, el TJUE ha señalado en su jurisprudencia que «la ejecución de la sentencia debe iniciarse inmediatamente y completarse en el menor plazo posible» (STJCE de 6 de noviembre de 1985, asunto 131/84, *Comisión/Italia*).

<sup>53</sup> De todos modos, cierto es que, conforme al artículo 259 del TFUE, si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha en que lo hubiera solicitado un Estado miembro, este podrá recurrir al TJUE sin que ello sea obstáculo.

les que resulten incompatibles), las de incumplimiento declaran la vulneración del Derecho de la UE por parte de un Estado miembro, por lo que, aparte de comportar la prohibición de seguir aplicando las normas o criterios declarados contrarios (que, igual que en el caso de las sentencias prejudiciales, se predicará con eficacia *erga omnes*), también tienen fuerza ejecutiva por lo que respecta a su reparación (en el sentido de que todos los órganos del Estado miembro tienen la obligación de asegurar, en el ámbito de sus respectivos poderes, la ejecución de la sentencia).

No obstante, salvo que lo prevea la normativa europea<sup>54</sup>, la concreción de cómo deben proceder los Estados ante tales incumplimientos se regula por el Derecho interno (principio de autonomía)<sup>55</sup> y, en caso de que el mismo no disponga de previsiones específicas respecto a dichos incumplimientos (como ocurre en España con algunas excepciones)<sup>56</sup>, se aplican las mismas disposiciones que regulan las vulneraciones del Derecho interno (con las limitaciones generales, en todo caso, de que el ejercicio de los derechos que los órganos jurisdiccionales están obligados a proteger no puede ser prácticamente imposible o excesivamente difícil –principio de efectividad–<sup>57</sup> y que los requisitos fijados por la legislación nacional no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna –principio de equivalencia–<sup>58</sup>).

Así pues, partiendo de tales consideraciones y teniendo en cuenta los efectos de las sentencias prejudiciales y de incumplimiento del TJUE, restan por ver las consecuencias de que su contenido sea contrario a la contestación de una consulta tributaria escrita.

#### 4.1. CONSECUENCIAS DE LA FINALIZACIÓN DE LOS EFECTOS VINCULANTES DE LAS CONSULTAS TRIBUTARIAS A CAUSA DE LAS SENTENCIAS PREJUDICIALES O DE INCUMPLIMIENTO DEL TJUE

Para poder analizar las consecuencias de la finalización de los efectos vinculantes de las consultas tributarias a causa de una sentencia prejudicial o de incumplimiento del TJUE, conviene distinguir, en primer lugar, los casos en los que el criterio del TJUE sea en beneficio de los obligados tributarios, aunque, teniendo en cuenta las similitudes de los efectos de ambas sentencias expuestas

<sup>54</sup> Como ocurre con los artículos 116 y ss. del Reglamento (UE) n.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión.

<sup>55</sup> Al respecto, como puede desprenderse de sentencias como la STJCE de 23 de febrero de 1961, asunto 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad*, las SSTJUE que declaran el incumplimiento del Derecho de la UE por parte de un Estado miembro tienen un carácter declarativo, en el sentido de que el TJUE no puede anular las disposiciones o los actos de derecho interno que se declaran contrarios al mismo ni señalar vías concretas de ejecución, sino que debe ser el Estado infractor el que adopte las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento.

<sup>56</sup> Como es el caso, por ejemplo, de la recuperación de ayudas de Estado que afectan al ámbito tributario o en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador.

<sup>57</sup> Véase, entre otras, la STJUE de 12 de diciembre de 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

<sup>58</sup> STJUE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

en el apartado anterior, nada impide que se analicen conjuntamente (por mucho que en el caso de las de incumplimiento se encuentre con la obligación de repararlo como si nunca hubiera ocurrido).

Además, procede señalar que tales consecuencias se desprenderán tanto si el objeto de la sentencia prejudicial o de incumplimiento es el propio criterio administrativo manifestado en la consulta tributaria o la disposición interna a la que hacen referencia, pues, en ambos serán las mismas respecto a los diferentes sujetos afectados.

No obstante, como se señalaba, a pesar de que con carácter general los efectos de tales sentencias sean *ex tunc*, existen algunos supuestos en los que se han limitado y únicamente se predicen de forma irretroactiva, por lo que la plena completitud del presente estudio requiere que, a pesar del carácter minoritario de estos últimos, se analicen de forma separada los dos.

De todos modos, lo que resulta común en todos los casos es que siempre deberá aplicarse el criterio fijado por el TJUE en las situaciones que se produzcan con posterioridad a la sentencia, es decir, que su dictamen acabará con los efectos vinculantes de las consultas tributarias contrarias al mismo y determinará la inaplicación del objeto declarado contrario al Derecho de la UE (por mucho que los obligados tributarios sean los propios sujetos que plantearon la consulta vinculante y aún no hayan actuado conforme a su contestación o que exista plena identidad entre sus hechos y circunstancias y los que se incluían en la misma).

*Sentencias prejudiciales y de incumplimiento beneficiosas para los obligados tributarios con efectos ex tunc:*

Tal y como se señalaba respecto a los cambios jurisprudenciales beneficiosos de origen nacional, los obligados tributarios que se encuentren en tales casos podrán impugnar el acto en el que la Administración siguió los efectos vinculantes de una consulta tributaria cuyo contenido se haya declarado contrario al Derecho de la UE, con el fin de que los órganos económico-administrativos o judiciales confirmen su situación más favorable (siempre y cuando, claro está, se encuentren en plazo –lo cual, dada su brevedad, no siempre será posible–)<sup>59</sup>.

Asimismo, si hubieran presentado una autoliquidación basándose en el criterio más gravoso manifestado por la Administración, podrán solicitar su rectificación con base en el artículo 120.3 de la LGT, de modo que, siempre que no hubiera prescrito su derecho a solicitar las devoluciones de ingresos indebidos, podrán obtenerlos junto a los pertinentes intereses de demora.

<sup>59</sup> Al respecto, ya el TJCE fue claro desde un primer momento al señalar que, una vez declarada una norma contraria al Derecho comunitario, podrían ser «revisadas las relaciones jurídicas agotadas en el pasado» y, en consecuencia, considerar nacido el derecho a la devolución de las cantidades que resultaran indebidamente ingresadas con arreglo a normativa anulada. Véanse, entre muchas otras, la STJCE *Ariete*, C-811/79, de 10 de julio de 1980; la STJCE *Essevi y Salengo*, C-142 y 143/80, de 27 de mayo de 1981; o la STJCE *San Giorgio*, C-199/82, de 9 de noviembre de 1983.

Por su parte, respecto a los actos firmes en materia tributaria, la cuestión resulta más compleja, ya que, como se ha visto, el artículo 213.3 de la LGT impide la revisión de los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones y de las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativas cuando hayan sido confirmados por sentencia judicial firme. Además, respecto a los no confirmados, las SSTJUE que declaren vulneraciones del Derecho de la UE no se encuentran, como tales, entre las causas tasadas que prevé el artículo 217 de la LGT para declarar la nulidad de pleno derecho de los actos afectados<sup>60</sup>, aunque, a pesar de la conveniencia de su inclusión (por poder iniciarse a instancia de parte y, especialmente, a efectos del respeto del principio de primacía del Derecho de la UE<sup>61</sup>), cierto es que el propio TJUE ha reiterado la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada<sup>62</sup> llegando a afirmar que el Derecho de la UE «no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración [del mismo]»<sup>63</sup>.

De todos modos, mientras no hayan transcurrido cuatro años desde la adopción del acto, parece que la Administración podría acudir a su revocación (no solo porque actuaría beneficio de los obligados tributarios, sino también porque así lo permite la primera de las causas del art. 219 de la LGT para su procedencia: que los actos objeto del mismo infrinjan manifiestamente la ley)<sup>64</sup>, aunque el cuestionamiento del respeto al principio de igualdad de dicha práctica plantea-

<sup>60</sup> Recuérdesse que tales causas, que, como ha reiterado la jurisprudencia, deben aplicarse de forma restrictiva, son: que los actos lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; que tengan un contenido imposible; que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta; que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados; que sean actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; o cuando concorra cualquier otro motivo establecido expresamente en una disposición de rango legal. Por consiguiente, y aunque algún supuesto hipotético puntual podría quedar incluido (como podría ocurrir en el caso de que una norma europea requiriera un trámite o procedimiento que no se hubiera seguido), este no será el caso de la generalidad.

<sup>61</sup> De hecho, como se verá, es por este principio que sí se permite precisamente la anulación de los actos firmes que sean susceptibles de integrar ayudas de Estado.

<sup>62</sup> Por todas, véase la STJCE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, *Köbler y República de Austria*, donde se señala que «procede recordar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada. En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos».

<sup>63</sup> Véanse, entre otras, las SSTJUE de 1 de junio de 1999, asunto C-126/97, *Eco Swiss/Benetton International NV*, o la de 16 de marzo de 2006, asunto C-234/04, *Kapferer/Schlank & Schick GmbH*.

<sup>64</sup> Y es que, respecto a las exigencias que se requieren, es evidente que dicha revocación no constituiría ninguna dispensa o exención no permitida por las normas tributarias (por cuanto dejaría sin efecto justamente la aplicación de una previsión ilegal), ni sería contraria al interés público o al ordenamiento jurídico.

do en relación con las modificaciones jurisprudenciales de origen nacional (por cuanto quedarían fuera las resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos y los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones sobre los que hubiera recaído resolución económico-administrativa o hubieran sido confirmados por sentencia judicial firme) aún se daría con mayor medida en este caso (teniendo en cuenta que se trata de actos en los que se ha cometido una ilegalidad, que opera el principio de primacía del Derecho de la UE y que acudir al TJUE para que dicte una sentencia prejudicial o de incumplimiento supone justamente una vía para reclamar contra el Estado cuando un órgano administrativo o judicial nacional haya dictado una resolución que infrinja el Derecho de la UE –y sin olvidar, además, que quedarían fuera de tal posibilidad las autoliquidaciones, al no constituir actos de la Administración–).

Por su parte, también sería defendible que, dentro del plazo de tres meses desde el dictamen de la STJUE, tanto los interesados como determinados cargos de la Administración<sup>65</sup> interpusieran un recurso extraordinario de revisión contra los actos firmes de la Administración tributaria y las resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos afectados, concretamente amparado en el artículo 244.1 c) de la LGT (que aparezcan documentos de valor esencial para la decisión del asunto que fueran posteriores al acto o resolución recurridos o de imposible aportación al tiempo de dictarse los mismos y que evidencien el error cometido).

Sin embargo, y a pesar de que la literalidad del artículo 244.1 c) de la LGT no impide considerar una STJUE como un «documento de valor esencial para la decisión del asunto» que no hubiera sido posible aportar en su momento y que «evidencia el error cometido», tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencia española han sido constantes al rechazar dicha posibilidad. Así, han alegado de forma cuestionable que este recurso se reserva solo para atacar actos administrativos firmes cuando se tiene conocimiento de nuevos hechos que, de haberse conocido con anterioridad, hubieran podido modificar el sentido del acto administrativo, sin que a tal efecto proceda la aparición de criterios jurídicos diferentes a los manejados por el órgano Administrativo actuante, aunque estos procedan de resoluciones judiciales<sup>66</sup>.

De todos modos, es evidente la conveniencia de que el legislador y, mientras tanto, los órganos judiciales y económico-administrativos reconsideren su posición respecto a la posibilidad de revisar los actos firmes (especialmente en aras a garantizar la primacía y correcta aplicación del Derecho de la UE y la tutela de los derechos de los obligados tributarios), y más considerando que, mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, se ha modificado el artículo 510.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) para introducir un mecanismo especial de revisión cuando se trate de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

<sup>65</sup> En concreto, los directores generales del Ministerio de Economía y Hacienda y los directores de departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en las materias de su competencia, así como los órganos equivalentes o asimilados de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía en materia de su competencia.

<sup>66</sup> Entre otras, véanse las SSTS de 14 de diciembre de 2006, de 24 de julio de 2008 o de 17 de junio de 2009 o las RTEAC de 14 de febrero de 2008, de 20 de enero de 2010 o de 11 de septiembre de 2014.

No obstante, cierto es que los contribuyentes que no pudieran subsanar su situación por estar afectados por actos firmes no revisables o por haber prescrito su derecho a la devolución de los ingresos indebidos, podrán solicitar la pertinente responsabilidad patrimonial al Estado-legislador por los daños y perjuicios que el incumplimiento del Derecho de la UE les hubiera causado<sup>67</sup> (la cual también puede solicitarse de oficio, aunque no suele ser lo habitual), cuya regulación, con base en el principio de primacía, equivalencia y preferencia, se encuentra en los artículos 32 a 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y 65 y 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Sin embargo, la normativa prevé en tales casos un doble régimen en función de si la vulneración del Derecho de la UE es directa (es decir, la produce un acto administrativo) o indirecto (producida por la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la UE), de modo que en el primer caso parece que el derecho a reclamar la oportuna responsabilidad patrimonial prescribirá una vez transcurrido un año desde la adopción del acto y en el segundo cuando haya pasado un año desde la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la pertinente STJUE (art. 67.1 de la LPACAP).

Por consiguiente, centrándonos en el objeto de este estudio, en el primer caso puede producirse el sinsentido de que un obligado tributario tenga prescrita la posibilidad de reclamar responsabilidad patrimonial por haber pasado un año dese su adopción aunque el incumplimiento del Derecho de la UE pueda venir reconocido por una STJUE dictada con posterioridad, del mismo modo que no tiene ninguna lógica que en el segundo caso no pueda solicitarse si no existe una STJUE (y es que su existencia únicamente debería ser relevante a efectos del plazo de prescripción, ya que la primacía del Derecho de la UE obliga a su aplicación con independencia de sentencia alguna).

Pero es que, además, en este segundo caso, la exigencia de responsabilidad también se somete a una serie de condiciones ciertamente cuestionables, requiriendo que la norma en cuestión tenga por objeto conferir derechos a los particulares (en el sentido de que su vulneración afecte a los derechos de estos últimos), que el incumplimiento esté suficientemente caracterizado (condición superflua por cuanto se cuenta con una STJUE que lo detalla y la responsabilidad es objetiva), que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la UE y el daño sufrido por los particulares (lo que es evidente que ocurrirá en tales supuestos) y que el particular hubiera obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que hubiera alegado la infracción del Derecho de la UE posteriormente declarada (lo cual resulta contrario a la jurisprudencia del TJUE)<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Y es que, como señala la STS de 13 de junio de 2000 en este extremo, tal reclamación «no pretende la nulidad de la liquidación ni la devolución de ingresos indebidos por parte de la Administración que ha percibido la cantidad ingresada, sino la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal en el ejercicio de la potestad legislativa».

<sup>68</sup> Al respecto, pueden traerse a colación las consideraciones de la STJCE de 2 de febrero de 1988, asunto C-309/85, *Barra, Estado belga y Municipio de Lieja*, al señalar que, «una disposición legal como la controvertida en el asunto

Además, y a pesar de que actualmente la responsabilidad patrimonial por la vulneración de la CE también exija esta última condición (la cual precisamente se incorporó para poder exigirla en los casos de vulneración de la UE respetando el principio de equivalencia —ya que, como se apuntaba, el TJUE ha remarcado que «los requisitos fijados por la legislación nacional aplicable no podrán ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna»<sup>69</sup>), el propio TS se ha pronunciado de forma contraria a la misma a nivel interno, señalando, por un lado, que «la ley goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo» y, por otro, que los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos<sup>70</sup>.

Así pues, y considerando que el TJUE también requiere el principio de efectividad (es decir, que los requisitos para la exigencia de responsabilidad «no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la reparación»<sup>71</sup>), debería procederse a reformar esta regulación, permitiendo la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador cuando, a consecuencia de una STJUE que les resulte beneficiosa, los obligados tributarios no puedan recuperar sus ingresos indebidos por haber prescrito su derecho a su solicitud o por tratarse de actos firmes<sup>72</sup> (y todo ello sin olvidar la posibilidad de que también sean indemnizados por las demás lesiones en cualquiera de sus bienes y derechos que este incumplimiento les haya podido conllevar<sup>73</sup>).

---

principal que, al limitar la devolución a aquellas personas que hayan ejercitado una acción de reembolso antes de la sentencia de 13 de febrero de 1985, priva pura y simplemente a quienes no cumplan ese requisito del derecho a obtener la devolución de las cantidades indebidamente pagadas, hace imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el artículo 7 del Tratado CEE».

<sup>69</sup> Véase, entre otras, la STJUE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

<sup>70</sup> En este punto, véase la STS de 13 de junio de 2000, en la que añade que dicho requisito supone para «los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad», por lo que «basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable».

<sup>71</sup> STJUE de 12 de diciembre de 2006, asunto C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

<sup>72</sup> Y es que, como señaló la STJCE de 2 de febrero de 1988, asunto C-309/85, *Barra, Estado belga y Municipio de Lieja*, la devolución de ingresos indebidos «es la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los justiciables por las disposiciones comunitarias tal como han sido interpretadas por este tribunal».

<sup>73</sup> Sin ir más lejos, así lo dejó claro la STJCE de 18 de abril de 2013, asunto C-565/11, *Mariana Irimie contra Administrația Finanțelor Publice Sibiu y Administrația Fondului pentru Mediu*, respecto a la devolución de impuestos recaudados por un Estado miembro en infracción del Derecho de la UE, señalando que «los justiciables tienen derecho a la restitución no solo del impuesto indebidamente recaudado, sino también de las cantidades pagadas a ese Estado o retenidas por este en relación directa con tal impuesto» (lo que «incluye asimismo las pérdidas constituidas por la imposibilidad de disponer de cantidades de dinero a raíz de la exigencia del impuesto por anticipado»).

De todos modos, mientras no se corrija el régimen interno a tal efecto, no hay que olvidar que si tales perjuicios derivan por una mala prestación del deber de información de la Administración tributaria (como ocurriría en los casos aquí estudiados, al haber basado su actuación en el contenido de una consulta tributaria vinculante), los obligados tributarios también podrán reclamar, mientras no prescriba su derecho, la oportuna responsabilidad patrimonial a la Administración<sup>74</sup>.

Finalmente, procede apuntar que, en tanto no haya prescrito su derecho a determinar la oportuna deuda tributaria mediante liquidación, la Administración deberá aplicar las consideraciones del TJUE en aquellas regularizaciones que procedan de las situaciones tributarias acontecidas con anterioridad a la sentencia (incluso a pesar de que tuviera la obligación de seguimiento de la consulta tributaria en su momento), y es que, como se señalaba, la obligación de seguir las consideraciones de las sentencias prejudiciales y de incumplimiento alcanza a todos los órganos administrativos, consultivos y judiciales de todos los Estados miembros.

*Sentencias prejudiciales y de incumplimiento beneficiosas para los obligados tributarios con efectos ex nunc:*

Tal y como se ha mencionado, la limitación de la retroactividad de los efectos de las sentencias prejudiciales y de incumplimiento debe preverse de forma expresa y solo se ha reconocido en casos muy excepcionales, esencialmente por consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (al haber actuado de buena fe bajo una incertidumbre objetiva) acompañadas de los graves problemas internos de índole económica que su no previsión pudiera generar en el Estado vulnerador del Derecho de la UE.

Por consiguiente, esta irretroactividad impide justamente que los obligados puedan impugnar, con base en dicho motivo, el acto en el que la Administración siguió la disposición o criterio declarado contrario al Derecho de la UE, lo que también se predica acerca de la rectificación de las autoliquidaciones presentadas para la recuperación de ingresos indebidos (art. 120.3 de la LGT).

Asimismo, tales actos tampoco podrán ser objeto de un recurso de nulidad de pleno derecho o de un procedimiento de revocación, ni incluso, aunque la jurisprudencia acabara permitiéndolo, de un recurso extraordinario de revisión (por lo que los actos firmes en materia tributaria también quedarán al margen de toda modificación).

Además, idénticas consideraciones deben apuntarse en relación con las regularizaciones administrativas que procedan de situaciones tributarias acontecidas con anterioridad, y es que no tendría ningún sentido que se vetara la restitución de los daños causados por un incumplimiento de la UE a

<sup>74</sup> Y es que, de conformidad con el artículo 32 de la LRJSP, «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley».

instancia de los obligados (ya que tampoco podrían solicitar la correspondiente responsabilidad patrimonial al Estado-legislador) pero se otorgara a quienes, de oficio, decidiera la Administración (sin olvidar que la retroactividad se predica respecto al momento en el que los hechos tuvieron lugar).

### *Sentencias prejudiciales y de incumplimiento no beneficiosas para los obligados tributarios con efectos ex tunc:*

A diferencia de lo que se ha alegado respecto a las modificaciones jurisprudenciales de origen nacional, procede recordar que el derecho de primacía del Derecho de la UE y la especialidad del TJUE también conllevan, con carácter general, los efectos retroactivos de las sentencias prejudiciales y de incumplimiento no beneficiosas, por cuanto su contenido corresponde a la correcta interpretación de las normas que debería haber operado desde un primer momento.

Por consiguiente, si el TJUE no limita expresamente la retroactividad de sus consideraciones, deberán aplicarse a todos los procedimientos pendientes de resolución o que puedan plantearse, de manera que tanto la Administración como los órganos revisores (administrativos o judiciales), en el momento de fundamentar los actos administrativos, resoluciones y sentencias pertinentes, se encuentran vinculados por las mismas aunque sean relativas a hechos o circunstancias acontecidos con anterioridad (y con independencia, dada su primacía, de que el criterio a aplicar sea contrario al que resultó vinculante en su momento para la Administración)<sup>75</sup>.

Por lo tanto, en contra de la opinión de la DGT<sup>76</sup>, la Administración no solo podrá sino que deberá adoptar el criterio del TJUE en las regularizaciones que procedan de situaciones tributarias materializadas con anterioridad (siempre y cuando, como es lógico, no haya prescrito su derecho a determinar la correspondiente deuda tributaria mediante liquidación), del mismo modo

<sup>75</sup> De hecho, así lo ha manifestado expresamente el propio TJUE en Sentencias como la STJCE de 27 de marzo de 1980, asuntos acumulados 66/79, 127/79 y 128/79, *Sri Meridionale Industria Salumi, Ditta Fratelli Vasanelli, Ditta Fratelli Ultrrocch/Amministrazione delle Finanze dello Stato*, al indicar que «la norma de Derecho comunitario de este modo interpretada surte sus efectos de conformidad con la interpretación dada a partir de su entrada en vigor, sin que proceda distinguir si las disposiciones de que se trata imponen gravámenes o conceden beneficios a los interesados y, en particular, sin que proceda distinguir si se trata de importes que las Administraciones nacionales hubieran debido percibir, pero –infringiendo el Derecho comunitario– no lo hicieron, o de importes percibidos infringiendo dicho Derecho».

<sup>76</sup> Al respecto, la DGT se ha manifestado en contra de tales consideraciones, entendiendo que, si bien debe adaptar su criterio a la jurisprudencia del TJUE, el nuevo criterio únicamente desplegará efectos desde que sea incorporado en una nueva contestación a una consulta tributaria motivando dicho cambio, añadiendo que «el carácter vinculante de la contestación a las consultas tributarias [que contenían el criterio anterior] se mantendrá para la Administración tributaria en relación con las obligaciones y derechos cuyo cumplimiento y ejercicio, respectivamente, hubiesen de materializarse por el obligado tributario durante la vigencia de dicho criterio». Así entiende que se desprende del hecho de que, con base en su regulación, «la contestación de una consulta tributaria persigue un objetivo evidente, como es que el obligado tributario conozca el criterio administrativo aplicable en la materia con anterioridad al ejercicio de derechos o al cumplimiento de obligaciones por parte de este», motivo por el cual, «atendiendo al principio de seguridad jurídica, en los supuestos de cambio de criterio administrativo derivado de una contestación vinculante posterior, la normativa establece la necesidad de motivar dicho cambio». Al respecto, véase, entre otras, la Consulta Vinculante de la DGT V0179/2017, de 25 de enero.

que deberán hacerlo los tribunales y órganos judiciales ante los obligados tributarios que hubieran impugnado los actos susceptibles de reclamación o recurso.

No obstante, es de suma relevancia realizar en estos casos cuatro puntualizaciones fundamentales, ya que, en primer lugar, si bien la Administración podrá regularizar la situación de los obligados tributarios con base en el nuevo criterio, no podrá imponerles ningún tipo de sanción por haber seguido el criterio manifestado por la DGT (en tanto que, además de la ausencia de uno de los elementos esenciales de las infracciones tributarias como es la culpabilidad, así se desprende del art. 179.2 d) de la LGT<sup>77</sup>).

En segundo lugar, en aras a una correcta técnica jurídica, tampoco debería poder exigirles intereses de demora, por cuanto el retraso en el correcto cumplimiento sería íntegramente imputable a la Administración<sup>78</sup>.

En tercer lugar, hay que destacar que quedarían fuera de la posibilidad de regularizar las situaciones tributarias con base en la resolución de la STJUE aquellos casos en los que el incumplimiento del Derecho de la UE derive de la falta de trasposición de una directiva o de su trasposición de forma incorrecta, ya que, a diferencia de las disposiciones de los tratados, de los reglamentos y de las decisiones, no tienen aplicabilidad directa.

Así, y aunque el TJUE ha permitido que, siempre que se den determinadas condiciones, los particulares aleguen frente a los Estados que no han traspuesto una directiva o lo han hecho de

<sup>77</sup> En concreto, señala el mencionado precepto que las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria cuando el obligado tributario «haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias», precisando que, entre otros supuestos, así se entenderá cuando «haya ajustado su actuación a los criterios manifestados por la Administración Tributaria competente en las publicaciones y comunicaciones escritas a las que se refieren los artículos 86 y 87 de la LGT» (entre las que se encuentran las consultas tributarias escritas).

<sup>78</sup> Y es que procede recordar en este punto que, junto a su esencia indemnizatoria, el propio TC ha reconocido la naturaleza disuasoria de los intereses de demora («su sola finalidad consiste en disuadir a los contribuyentes de su morosidad en el pago de las deudas tributarias y compensar al erario público por el perjuicio que a este supone la no disposición tempestiva de todos los fondos necesarios para atender a los gastos públicos» –STC 76/1990, de 26 de abril–), lo que también demuestra el artículo 26.6 de la LGT al señalar que, si bien su cuantía será el interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en el que resulten exigibles incrementado en un 25% (salvo que la Ley de Presupuestos Generales establezca otro diferente), en los casos de aplazamiento, fraccionamiento o suspensión de deudas garantizadas en su totalidad mediante aval solidario de entidad de crédito, sociedad de garantía recíproca o a través de certificado de seguro de caución será únicamente se exigirá el interés legal (a pesar de que los perjuicios por la falta de pago en plazo sean exactamente iguales). Y todo ello sin olvidar que el artículo 32.2 de la LGT exime de su cómputo «las dilaciones en el procedimiento por causa imputable al interesado» cuando sea la Administración quien deba abonarlos por el reembolso de ingresos indebidos, así como el hecho de que el artículo 26.4 de la LGT establece expresamente que «no se exigirán intereses de demora desde el momento en que la Administración tributaria incumpla por causa imputable a la misma alguno de los plazos fijados en esta ley para resolver hasta que se dicte dicha resolución o se interponga recurso contra la resolución presunta». De hecho, así lo ha entendido el propio TS en la STS de 14 de junio de 2012, señalando que, en el ámbito administrativo, la institución de los intereses moratorios responde a la misma sustancia que en el ordenamiento jurídico privado y, en consecuencia, no cabe exigirlos en los casos de *mora accipiendi*, es decir, en aquellos supuestos en que el incumplimiento o el retraso sean imputables al acreedor (en este caso, a la Administración).

forma insuficiente el principio de efecto directo de las mismas (el conocido principio de efecto directo vertical ascendente)<sup>79</sup>, ha prohibido su invocación por parte de los Estados frente a los particulares (el principio de efecto directo vertical descendente), señalando que el carácter obligatorio de una directiva, que constituye la base para invocarla frente a un tribunal nacional, solo existe en relación con «cada Estado miembro al que se dirige», pero «no puede crear por sí misma obligaciones a un particular y [en consecuencia] una disposición de una directiva no puede ser invocada como tal contra dicha persona»<sup>80</sup>.

Y en cuarto lugar, procede destacar las previsiones expresas que prevé el Derecho interno en los casos en los que el incumplimiento del Derecho de la UE pasa por haber adoptado una medida tributaria susceptible de ser considerada ayuda de Estado y exista una decisión de recuperación, supuestos en los que la Administración deberá proceder a la misma con base en los artículos 260 a 271 de la LGT (siempre que no haya culminado el plazo de prescripción de 10 años desde el día siguiente a aquel en el que la aplicación de la ayuda de Estado en cumplimiento de la obligación tributaria objeto de regularización hubiese surtido efectos jurídicos conforme a la normativa tributaria).

En tales casos, si la medida susceptible de ser considerada ayuda tiene como origen una autoliquidación, simplemente se procederá a la recuperación del pertinente importe junto a los correspondientes intereses de demora, aunque, si fue consecuencia de una resolución o liquidación previa practicada por la Administración tributaria en relación con la obligación tributaria afectada por la decisión de recuperación de la ayuda, la ejecución de dicha decisión determinará la modificación de la resolución o liquidación, aunque sea firme.

Por su parte, respecto a los actos firmes en materia tributaria fuera de las ayudas de Estado, procede recordar que, como se apuntaba, las decisiones del TJUE no se encuentran previstas como tales dentro de las causas para declarar su nulidad, de la misma forma que no tendría sentido que, en casos como este, la Administración acudiera al procedimiento de revocación (por cuanto no actuaría en beneficio de los obligados tributarios).

Sin embargo, si cambiara la posición de los órganos judiciales y administrativos en el sentido expuesto *supra*, la Administración podría interponer un recurso extraordinario de revisión ante el TEAC contra sus actos firmes y contra las resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos dentro del plazo de tres meses desde el dictamen de la STJUE, de la misma forma que resulta defendible la posibilidad de que, siempre que no hayan transcurrido cuatro años desde

<sup>79</sup> En concreto, precisa el TJUE que podrá alegarse el mencionado principio si las disposiciones de la directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas y de las mismas se deducen derechos y deberes subjetivos (véanse, en particular, las SSTJUE de 10 de septiembre de 2002, asunto C-141/00, *Kügler* o de 20 de mayo de 2003, asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, *Österreichischer Rundfunk y otros*).

<sup>80</sup> STJCE de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, *Marshall y Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*. En relación con la imposibilidad de la Administración de aplicar a los obligados tributarios el contenido de una directiva precisado por el TJUE cuando el Estado no la haya traspuesto o lo haya hecho de forma deficiente, véase, por todas, la RTEAC de 28 de octubre de 2013.

que su notificación, declare lesivos para el interés público sus actos y resoluciones favorables a los interesados viciados por el incumplimiento del Derecho de la UE.

En este sentido, y a pesar de que el artículo 218.3 de la LGT señale la Administración tributaria no podrá anular en perjuicio de los interesados sus propios actos y resoluciones fuera de los casos de declaración de nulidad de pleno derecho y de rectificación de errores, es objeto de dicho trabajo examinar todas las vías de actuación posible, por lo que, aunque resulte poco probable, parece que nada impedirá que la Administración, con base en el artículo 218 de la LGT, proceda a declarar lesivos para el interés público (en aras a garantizar la legalidad de su actuación) los actos y resoluciones favorables a los interesados contrarios al Derecho de la UE con el fin de proceder a su posterior impugnación en vía contencioso-administrativa.

Por su parte, también procede analizar qué ocurrirá respecto a los obligados tributarios que, a pesar del criterio vinculante de la Administración en el momento en el que presentaron una autoliquidación, actuaron conforme a la interpretación señalada posteriormente por el TJUE en su perjuicio, concretamente en el caso en que pretendan solicitar su rectificación con base en el artículo 120.3 de la LGT (por considerar, como se ha visto, que se perjudicaron sus intereses legítimos).

No obstante, debe tenerse en cuenta que lo que se está pretendiendo, en realidad, es la aplicación de un criterio que, a pesar de estar vigente y ser incluso vinculante en el momento de presentarse la autoliquidación, ha sido modificado con efectos retroactivos por parte del TJUE, de modo que los órganos de aplicación de los tributos, igual que el resto de órganos consultivos y revisores, deben adoptar el nuevo criterio y, en consecuencia, denegar tal solicitud.

Y es que, a fin de cuentas, el criterio que en este caso pretendería modificar el obligado tributario es el que corresponde a la correcta interpretación del Derecho de la UE que, en opinión del TJUE, debía haber operado desde un inicio, por lo que no puede alegar que esta forma de proceder perjudicara sus intereses<sup>81</sup>.

Finalmente, como es obvio, la interpretación fijada por el TJUE también será aplicable a las situaciones que se produzcan con posterioridad a la sentencia, por mucho que el obligado tributario sea el propio sujeto que planteó la consulta vinculante o que exista plena identidad entre sus hechos y circunstancias y los que se incluían en la contestación.

*Sentencias prejudiciales y de incumplimiento no beneficiosas para los obligados tributarios con efectos ex nunc:*

En tales casos, al encontrarse limitada la retroactividad de los efectos de tales sentencias, los órganos administrativos no podrán aplicar el criterio de la STJUE en las regularizaciones que procedan de las situaciones de los obligados tributarios acaecidas con anterioridad, del mismo

---

<sup>81</sup> De hecho, así lo ha entendido el propio TEAC en Resoluciones como la de 17 de noviembre de 2015.

modo que no podrían anular sus actos administrativos que contuvieran las disposiciones o criterios contrarios al Derecho de la UE ni proceder a su declaración de lesividad.

De igual modo, aunque la jurisprudencia acabara permitiéndolo, la Administración no podría presentar ante los mismos un recurso extraordinario de revisión (por lo que también quedarán al margen de toda modificación los actos firmes en materia tributaria), de la misma forma que, por ser los efectos de la sentencia irretroactivos, tampoco a los obligados tributarios que hubieran impugnado los actos susceptibles de reclamación o recurso se les podrían aplicar las consideraciones del TJUE.

Finalmente, y a pesar de existir en su momento un criterio vinculante para la Administración más beneficioso, tampoco parece que los obligados tributarios que hubieran presentado una auto-liquidación basándose el criterio coincidente con el del TJUE podrán solicitar su rectificación con base en el artículo 120.3 de la LGT, ya que, si bien los efectos retroactivos de la STJUE se encuentran limitados y, por consiguiente, los órganos administrativos no estarían vinculados por la misma, no podría considerarse que la interpretación correcta del Derecho de la UE (que, en realidad, hubiera tenido que operar desde un primer momento) hubiera vulnerado sus intereses legítimos.

## 5. CONCLUSIONES

Tanto por la amplitud de su objeto como por sus efectos vinculantes a nivel administrativo, la contestación de consultas tributarias escritas es una de las actuaciones que forman parte del deber de información de la Administración tributaria más relevante y completa, y es que sus efectos se predicen no solo respecto al consultante sino también para aquellos obligados con los que exista identidad entre sus hechos y circunstancias y los que se incluyan en la consulta. No obstante, considerando que a la hora de eximir de responsabilidad por haber actuado conforme a su contestación únicamente se requiere igualdad sustancial entre los hechos y circunstancias de la misma y los de los obligados en cuestión, también debería ser esta última la que se exigiese para la generación de sus efectos vinculantes (sin olvidar que, por razones obvias, la plena identidad es materialmente imposible), de la misma forma que su utilidad y eficacia real en cuanto a mecanismo informativo también requeriría salvar la difícil compatibilidad entre la necesidad de presentarlas antes del cumplimiento de la obligación o del ejercicio del derecho al que hacen referencia y el plazo de seis meses del que goza la Administración para su contestación.

Por su parte, para clarificar los límites a sus efectos vinculantes y evitar conflictos al respecto, debería especificarse que la alteración de las circunstancias, antecedentes y demás datos recogidos en el escrito de consulta debe ser de carácter sustancial y que las modificaciones legislativas incluyen las de normas inferiores a la ley (precisándose, además, que la limitación solo se proyecta sobre las situaciones materializadas con posterioridad), de la misma forma que deberían añadirse tanto las SSTJUE como la doctrina vinculante del TEAC en sentido divergente (sin olvidar la conveniencia de dejar también claro que, a diferencia de las SSTJUE, los cambios jurisper-

denciales y la mencionada doctrina solo operarán como tales respecto a las situaciones acaecidas después de su adopción –a no ser que resulten favorables para los interesados–).

Asimismo, no cabe duda de que, a pesar de que los TEA y los órganos judiciales queden fuera de su obligación de seguimiento, deberán limitarse a valorar si sus efectos vinculantes procedían o no cuando lo que se impugne sea la no aplicación de una consulta por parte de la Administración estando obligada a ello, quedando impedida su potestad para entrar a conocer el fondo del asunto con el fin de salvaguardar su eficacia en cuanto a mecanismo de información (a no ser que existiera una consulta tributaria posterior más favorable para el interesado aplicable al caso, una modificación jurisprudencial acaecida con posterioridad que también resultara más beneficiosa o, en el caso de los TEA, doctrina vinculante del TEAC en los mismos términos).

No obstante, si lo que contradice el criterio expresado en una consulta es una sentencia prejudicial o de incumplimiento del TJUE, los efectos serán del todo distintos, puesto que, debido al carácter *ex tunc* de las mismas que opera con carácter general y el principio de primacía del Derecho de la UE, sí que deberán aplicarse a hechos y situaciones materializadas con anterioridad aunque no resulten beneficiosas para los obligados tributarios (excepto que, por la prohibición del principio de eficacia vertical descendente, el incumplimiento derive de la falta de trasposición de una directiva o de su trasposición de forma incorrecta). Sin embargo, en tales casos, no se podrá exigir el pago de intereses de demora a los obligados tributarios, de la misma forma que no podrán ser objeto de sanciones si hubieran seguido el criterio manifestado por la Administración.

Finalmente, sirvan las críticas apuntadas en el análisis de las consecuencias de tales sentencias para constatar las deficiencias de nuestro ordenamiento jurídico ante los incumplimientos del Derecho de la UE, especialmente en relación con el procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho (puesto que, por sus características, por el principio de primacía del Derecho de la UE y por poder iniciarse a instancia de parte, debería incluir tales supuestos como causa legitimadora para su iniciación –y más considerando que sí que se permite la anulación de los actos firmes que sean susceptibles de integrar ayudas de Estado y, en el ámbito de la LEC, que sean contrarios a sentencias del TEDH–) y la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador (cuya regulación debería modificarse para que sea posible en todo caso conforme a las exigencias del TJUE y la correcta tutela de los derechos de los obligados tributarios).

## LA TRANSPARENCIA FISCAL COMO MECANISMO PARA COMBATIR EL USO ABUSIVO DE LOS ACUERDOS TRIBUTARIOS PREVIOS (*TAX RULINGS* Y APA) EN EL PLAN BEPS Y EL DERECHO DE LA UE

**José Manuel Macarro Osuna**

*Área de Derecho Financiero y Tributario.*

*Universidad Pablo de Olavide*

Este trabajo ha sido **finalista** en el **Premio Estudios Financieros 2017** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Gaspar DE LA PEÑA VELASCO, don Alejandro BLÁZQUEZ LIDOY, don Antonio MONTERO DOMÍNGUEZ, don Jesús QUINTAS BERMÚDEZ, don Fernando SERRANO ANTÓN y don Eduardo VERDÚN FRAILE.

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

---

### EXTRACTO

Las recientes filtraciones de resoluciones fiscales con efectos internacionales emitidas por determinadas jurisdicciones han confirmado una sospecha generalizada: los acuerdos tributarios previos (*tax rulings*) han sido empleados como herramientas para articular estructuras de elusión fiscal. Esta circunstancia ha motivado reacciones de diversa índole. Pese a que la Comisión Europea ha abierto numerosos procedimientos por ayudas de Estado contra los países otorgantes de dichos acuerdos, tanto la OCDE como la propia UE han entendido que la forma de luchar contra estas prácticas es incrementar la transparencia fiscal internacional. El presente trabajo tiene la finalidad de analizar los modelos de intercambio de *tax rulings* formulados por el Plan BEPS de la OCDE, que se decanta por un intercambio espontáneo de acuerdos específicos, y por el Derecho de la UE, que ha establecido un sistema automático e incondicional de *rulings*. A través de la comparación de los principales aspectos de ambos sistemas se formularán propuestas para contribuir a alcanzar el objetivo de redirigir los acuerdos tributarios previos a su verdadera finalidad: aportar seguridad jurídica a los obligados tributarios.

**Palabras clave:** transparencia fiscal; intercambio automático de información; *tax rulings*; BEPS; ayudas de Estado.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017 / Fecha de revisión: 10-07-2017*

## FISCAL TRANSPARENCY AS A MECHANISM TO FIGHT THE ABUSIVE USE OF TAX RULINGS AND APAS IN THE BEPS PROJECT AND EU LAW

José Manuel Macarro Osuna

---

### ABSTRACT

The recent leaks of tax rulings issued by certain jurisdictions with international effects on tax revenues of third countries have confirmed a widespread suspicion: tax rulings have been used as tools to develop tax avoidance structures. This fact has motivated reactions of various kinds. Despite the European Commission has opened many State Aid procedures against the countries that have granted such rulings, both the OECD and the EU itself have understood that the only way to fight these practices is to increase international fiscal transparency. The purpose of this paper is to analyze the different models of exchange of information, the one formulated by the OECD BEPS Project, which is based on a spontaneous exchange of certain types of rulings, and the one established by the EU Law, based on an automatic and unconditional exchange of every tax ruling issued. By comparing the main aspects of both systems, proposals will be made to achieve the goal of making tax rulings meet their true aim: to provide legal certainty to taxpayers.

**Keywords:** fiscal transparency; automatic exchange of information; tax rulings; BEPS; State aids.

---

---

## Sumario

1. La búsqueda de una solución a una sospecha confirmada: El uso perverso de los *tax rulings*
2. Una primera base para el intercambio internacional de *tax rulings*: La acción 5 del Plan BEPS
  - 2.1. Un intercambio espontáneo y obligatorio de *tax rulings* específicos
  - 2.2. La concreción de las jurisdicciones destinatarias del intercambio
3. La introducción del nuevo sistema de intercambio automático de *tax rulings* en la Directiva 2011/16/UE y su fundamento en los tratados
4. El nuevo procedimiento de intercambio automático de acuerdos tributarios previos con efectos transfronterizos
  - 4.1. Acuerdos tributarios incluidos en el nuevo régimen de intercambio automático e información susceptible de ser suministrada
    - 4.1.1. Tipos de acuerdos tributarios previos de intercambio obligatorio en el nuevo procedimiento
    - 4.1.2. Acuerdos tributarios objeto de intercambio en la normativa tributaria española
    - 4.1.3. El componente transfronterizo
    - 4.1.4. Contenido susceptible de intercambio
  - 4.2. Un intercambio masivo, generalizado e incondicional
  - 4.3. Procedimiento, plazos del intercambio y eficacia retroactiva
  - 4.4. Una excepción contraproducente: La exclusión de los acuerdos de precios de transferencia con países terceros
5. Conclusiones

## Bibliografía

**NOTA:** Este artículo ha sido realizado como desarrollo del Proyecto de Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2014/56401-P «Cesión de datos personales en procesos penales y procedimientos administrativos o tributarios en España y la Unión Europea - CESDATPENAL».

## 1. LA BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN A UNA SOSPECHA CONFIRMADA: EL USO PERVERSO DE LOS *TAX RULINGS*

Una de las prácticas que pueden utilizar las Administraciones tributarias como modo de aportar seguridad jurídica a los obligados tributarios acerca de la calificación o cuantificación tributaria de un acto son los acuerdos tributarios previos. Estos acuerdos, normalmente vinculantes para la administración que los emite, garantizan a los contribuyentes certeza acerca del cumplimiento de sus obligaciones tributarias. Sin embargo, en los últimos años se ha puesto de manifiesto el mal uso que están haciendo determinados países de estas herramientas, facilitando estrategias de elusión fiscal o infringiendo la normativa europea que prohíbe las ayudas de Estado.

Desde el año 2013, la Comisión Europea ha venido desarrollando una importante labor de investigación y control sobre el trato que han otorgado determinados Estados miembros a importantes multinacionales. Algunos de estos procedimientos han finalizado con sonoras sanciones a estos países por haber infringido la prohibición de ayudas de Estado al permitir la minimización artificial, o directamente la reducción de manera injustificada del impuesto sobre sociedades de dichas empresas. Concretamente, varias de estas acciones de la Comisión Europea se han sustentado en el mal uso que han hecho los Estados miembros de los acuerdos tributarios previos y acuerdos previos sobre precios de transferencia (en adelante *tax rulings* y *advance price agreements* o APA). Es el caso de las recientes condenas a Fiat y Starbucks, en las que la Comisión Europea consideró que los *tax rulings* otorgados, respectivamente, por Luxemburgo y los Países Bajos eran constitutivos de ayudas de Estado de acuerdo con lo establecido en el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En el segundo caso, los Países Bajos otorgaron un acuerdo previo sobre precios de transferencia a la empresa cafetera que fue considerado por la Comisión como selectivo, pues entendió que le había permitido reducir artificialmente su liquidación por el impuesto sobre sociedades desde 2008 en 20-30 millones de euros<sup>1</sup>. El acuerdo neerlandés sobre precios establecía la cantidad que Starbucks debía pagar a otra compañía del grupo, establecida en Reino Unido, por la cesión de la propiedad intelectual de esta segunda. Sin embargo, el acuerdo fijaba el valor del *royalty* muy por encima del de mercado, desviando la mayor parte del beneficio de la sociedad neerlandesa a la británica, con la peculiaridad de que esta última no estaba sujeta a tributación por el impues-

<sup>1</sup> Decisión de la Comisión (UE) 2017/502, de 21 de octubre de 2015, relativa a la Ayuda de Estado SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) aplicada por los Países Bajos en favor de Starbucks.

to sobre sociedades inglés. Al mismo tiempo, otro acuerdo de precios de transferencia permitía, además, reducir el beneficio imponible en los Países Bajos al establecer un precio inflado para las compras de café que hacía a otra compañía del grupo establecida en Suiza.

El caso de Fiat es similar al comentado de Starbucks. En este procedimiento, Luxemburgo otorgó un acuerdo previo sobre precios de transferencia que consentía que la empresa automovilística redujera artificialmente su tributación en el Gran Ducado. Su mayor fuente de ingresos, el retorno de capital de los préstamos a otras sociedades del grupo, se minimizaba en este APA mediante ajustes a la baja, injustificados desde un punto de vista económico<sup>2</sup>. La Comisión concluyó que, de haberse aplicado el principio de *arm's length* sobre estas actividades financieras, el beneficio imponible en Luxemburgo habría sido 20 veces mayor.

De los numerosos procedimientos incoados por la Comisión que han tenido mayor trascendencia pública, como los procedimientos contra Amazon, Apple, o los regímenes preferenciales de Bélgica, el más reciente es el procedimiento que se ha abierto contra McDonald's. En el caso de la célebre compañía de hamburguesas, de nuevo una serie *tax rulings* otorgado por Luxemburgo está siendo puesta en entredicho por parte de la Comisión Europea. Estos acuerdos establecían que el beneficio de McDonald's en Luxemburgo no debía tributar en el país, porque se consideraba transferido a un establecimiento permanente de dicho grupo con sede en Estados Unidos. Si bien en un primer *ruling* se exigía que McDonald's probara la efectiva tributación en América para poder evitar la imposición luxemburguesa, un segundo acuerdo la eximió de este requisito. De hecho, de acuerdo con la ley americana no existía presencia suficiente para que pudiera afirmarse la existencia de un establecimiento permanente, dando lugar a un supuesto de doble no imposición<sup>3</sup>. Pese a que en este último caso la existencia de ayuda de Estado aún no ha sido confirmada, y su resolución parece menos evidente que en los supuestos de APA contrarias al principio de libre competencia, podemos extraer una conclusión preliminar de los ejemplos comentados: la verdadera naturaleza de los acuerdos tributarios previos se ha venido desvirtuando en numerosas ocasiones, utilizándose como vehículos para ejercer una notable erosión de bases fiscales a nivel internacional.

Por si estos casos de ayudas de Estado a multinacionales por parte de varios países no fueran suficiente justificación para emprender una reforma legislativa que afrontara este problema, en noviembre de 2014 tuvo lugar una filtración de documentos que dio lugar a un gran escándalo público, salpicando directamente al actual presidente de la Comisión Europea<sup>4</sup>. Nos referimos al conocido

<sup>2</sup> Decisión de la Comisión (UE) 2016/2326, de 21 de octubre de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) ejecutada por Luxemburgo en favor de Fiat.

<sup>3</sup> Ayuda estatal SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN). Supuesta ayuda a McDonald's. Invitación a presentar observaciones en aplicación del artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE de 15 de julio de 2016.

<sup>4</sup> No hay que olvidar que gran parte de los *tax rulings* filtrados en *LuxLeaks* fueron otorgados por Luxemburgo siendo primer ministro del Gran Ducado Jean-Claude Juncker.

caso *LuxLeaks*, en el que se publicaron multitud de *tax rulings* concedidos por diversos Estados miembros, con especial intensidad por Luxemburgo, y que habían sido utilizados como herramientas de elusión fiscal, dando lugar a una «erosión masiva de bases imponibles»<sup>5</sup>. Las informaciones que vieron la luz dieron forma a un problema que, hasta entonces, solo se había comprobado en las investigaciones puntuales de la Comisión. Los documentos de *LuxLeaks* reflejaban que la imposición efectiva de las multinacionales, en muchos casos beneficiadas por los acuerdos filtrados, era de tipos del 1 o 2 %, pese a que el tipo nominal de los Estados miembros oscilara entre el 10 y el 35 %<sup>6</sup>. Al mismo tiempo, los datos publicados por la Comisión Europea sobre los *tax rulings* concedidos muestran que se trataba de un problema focalizado en unos pocos y específicos Estados miembros<sup>7</sup>.

El problema radica en que no todos los *tax rulings* que puedan servir para articular estrategias de elusión fiscal van a ser necesariamente calificables de selectivos y, por tanto, las herramientas para combatir las ayudas de Estado no son suficientes para eliminar su uso incorrecto. Las propuestas que se han planteado desde el Plan BEPS de la OCDE<sup>8</sup> y desde la Unión Europea para contrarrestar esta perversión de la utilidad de los *tax rulings* es incrementar la transparencia fiscal internacional. Ambas organizaciones supranacionales han optado por potenciar el intercambio de información de estos acuerdos previos, de manera que los países afectados por ellos puedan implementar medidas defensivas de sus bases imponibles, y luchar contra la elusión fiscal internacional<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> SWD (2015) 60 final, de 18 de marzo de 2015, Commission Staff Working Document, *Technical analysis of focus and scope of the legal proposal - Accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards exchange of information in the field of taxation*, pág. 5.

<sup>6</sup> SWD (2015) 60 final..., *op. cit.*, pág. 16. El documento aporta ejemplos concretos: la filial luxemburguesa de McDonald's pagaba un tipo efectivo del 1,4%, mientras que el tipo nominal de sus competidores en el mismo país era del 29,22%. Shire y Apple, ambas afincadas en Irlanda, pagaban un tipo efectivo del 1,7 y del 2%, respectivamente, siendo el nominal del 12,5%.

<sup>7</sup> SWD (2015) 60 final..., *op. cit.*, pág. 6: Entre 2010 y 2013, cuatro Estados miembros no han otorgado ninguno y ocho firmaron entre uno y 50 al año. Sin embargo, otros ocho Estados miembros firmaron entre 100 y 600 acuerdos previos al año y, sobre todo, existe un país de la Unión que ha acordado un promedio de 2.000 *tax rulings* al año. El documento hace referencia a la confidencialidad de los datos, y por ello no se determina la identidad de dicho Estado miembro. Sin embargo, en el mismo trabajo podemos encontrar datos sobre APA que permiten identificar cuáles son los países a los que se refiere.

<sup>8</sup> El Plan BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) se refiere a la iniciativa impulsada por la OCDE y el G20 en el año 2013 para luchar contra la erosión de bases fiscales y el traslado de beneficios en el impuesto sobre sociedades. Este plan cuenta con 15 acciones que tratan las principales conductas de elusión fiscal internacional que explotan las lagunas y discordancias entre normativas tributarias para minimizar la carga impositiva.

<sup>9</sup> El intercambio de *tax rulings* permitirá alcanzar las finalidades específicas que la doctrina ha venido atribuyendo al intercambio de información fiscal a nivel internacional: la correcta aplicación de los tributos y la lucha contra el fraude fiscal. MERINO ESPINOSA, M. P. y NOCETE CORREA, F. J.: «El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses», *Crónica Tributaria*, n.º 139, 2011, pág. 140. CALDERÓN CARRERO identifica una tercera finalidad, para canalizar los intereses de los obligados tributarios, y que en el caso del derecho tributario europeo, ha de evitar que los Estados miembros puedan otorgar un trato discriminatorio entre los distintos nacionales europeos. CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Intercambio de información y asistencia

Por ello hay que analizar los mecanismos de intercambio propuestos por dichas organizaciones, concretamente las aportaciones del Plan BEPS y de la Directiva (UE) 2015/2376. Ambas plantean la creación de obligaciones reales de intercambio de información a través de su inclusión en normas de derecho positivo<sup>10</sup>. Sin embargo, como veremos, la acción 5 del Plan BEPS se decanta por un intercambio espontáneo de determinados *tax rulings*, mientras que la directiva europea ha establecido un intercambio automático de la totalidad de los acuerdos con efectos transfronterizos. A través del estudio y comparación de dichas propuestas y de cómo articulan los requisitos y la forma de intercambio, así como el contenido y datos a compartir, intentaremos formular propuestas de mejora de dichos sistemas, para contribuir a crear un marco de intercambio de *tax rulings* que aporte una mayor transparencia fiscal internacional y ayude a combatir la elusión fiscal.

## 2. UNA PRIMERA BASE PARA EL INTERCAMBIO INTERNACIONAL DE TAX RULINGS: LA ACCIÓN 5 DEL PLAN BEPS

Uno de los pilares principales en que se fundamenta el trabajo de la OCDE en materia de fiscalidad internacional es «garantizar la transparencia promoviendo al mismo tiempo una mayor certeza y previsibilidad»<sup>11</sup>. Junto con los resultados del Foro Global sobre la Transparencia y el Intercambio de Información con Fines Fiscales hemos de destacar las aportaciones realizadas en esta materia por el Proyecto BEPS<sup>12</sup>. Concretamente, las cuestiones concernientes al intercambio de *tax rulings* y *advance price agreements* han sido tratadas en mayor medida en la acción 5, de título «Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia»<sup>13</sup>. Hacemos referencia al carácter preeminente de esta acción 5 por no ser la única en que se trata el intercambio de APA, que también viene establecido en la acción 13 sobre Documentación de precios de transferencia e informes país por país (*Country-by-Country Reporting*).

---

mutua», en CARMONA FERNÁNDEZ, N.: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea 2009*, Wolters Kluwer-CISS, Madrid, 2014, págs. 755-757.

<sup>10</sup> Como afirma LASARTE ÁLVAREZ, «por el camino difícil de la armonización, coordinación y colaboración fiscal no se avanza con grandes declaraciones sino mediante normas de obligado cumplimiento». LASARTE ÁLVAREZ, J.: «La competencia fiscal en el ámbito europeo. Una aproximación a la luz de las limitaciones de las normas de los Tratados sobre armonización y coordinación fiscal», en RAMOS PRIETO, J. (dir.), *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 62.

<sup>11</sup> Este es uno de los tres objetivos básicos que se ha marcado el Proyecto BEPS. OCDE, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OCDE Publishing, 2013, págs. 24 y ss.

<sup>12</sup> La importancia de la transparencia como herramienta para evitar actuaciones de competencia fiscal perjudicial fue ya apuntada por la OCDE en su informe de 1998. En él la estableció como criterio delimitador, pues establecía que su ausencia impedía a los países afectados por esta competencia fiscal perjudicial adoptar medidas defensivas. OECD, *Harmful tax competition: an emerging global issue*, 1998, OECD Publishing, pág. 28.

<sup>13</sup> OECD, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015.

Sin embargo, a efectos de comparación con el nuevo sistema de intercambio de *tax rulings* establecido en la Unión Europea, nuestro estudio debe focalizarse en el análisis de las propuestas de dicha acción 5. Como indica su título, se centra fundamentalmente en la lucha contra los regímenes preferenciales que permiten algunos países, haciendo énfasis en los sistemas de *patent box*, regímenes de propiedad intelectual con incentivos a la deducibilidad de gastos al I+D, y que la OCDE pretende limitar exigiendo que exista una verdadera actividad sustancial en la jurisdicción que lo posibilita. La acción contempla una doble línea de mejora, que fue la planteada al Foro de Prácticas Tributarias Perniciosas (en adelante FHTP, siglas de *Forum of Harmful Tax Practices*): establecer requisitos de sustancia para la aplicación de los regímenes preferenciales y profundizar en el intercambio de información con relevancia tributaria, concretamente de *tax rulings*<sup>14</sup>.

La razón de coligar de manera tan estrecha transparencia y prácticas elusivas es que, precisamente, la ausencia de la primera es uno de los elementos fundamentales que pueden esgrimirse para calificar un régimen especial como perjudicial<sup>15</sup>. Esto se debe a que la opacidad respecto de estos sistemas corre en detrimento del resto de países, que no podrán articular medidas defensivas para protegerse de una erosión de base imponible causada por el trato preferencial que otorgue otra jurisdicción<sup>16</sup>. De poco serviría proporcionar criterios cuya implementación limitara la utilización de estos regímenes a casos con verdadera sustancia económica, si la opacidad de los países que los aplican impide saber si han introducido dichas reglas o si la actuación administrativa sigue aplicando beneficios fiscales sin tener en cuenta la realidad económica<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> OCDE, *Plan de acción contra la erosión...*, *op. cit.*, pág. 21.

<sup>15</sup> En este sentido se manifiesta CALDERÓN CARRERO cuando afirma que la ausencia de información tributaria transnacional puede dar lugar a una mala aplicación de la normativa tributaria o a la elusión de la misma: «La carencia de información sobre las actividades económicas foráneas de los obligados tributarios a la que venimos refiriéndonos acaba afectando a la gestión tributaria de los Estados, de tal forma que las Administraciones encargadas de tal labor pueden terminar aplicando "incorrectamente" su legislación tributaria, ocasionando nada desdeñables "conflictos de imposición" entre los Estados y los obligados tributarios implicados». CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, CEF, Madrid, 2000, pág. 29.

<sup>16</sup> Estamos de acuerdo con ROSEMBUJ cuando enlaza el surgimiento de la costumbre internacional de intercambio de información con la necesidad de una respuesta a la universalización de la competencia fiscal perjudicial al afirmar: «El *standard* de competencia fiscal lesiva es el mejor ejemplo de *standards* internacionales con vocación universal que, paulatinamente, se desgranar en valores no universales, esto es, recibidos por los Estados en el interior de sus ordenamientos jurídicos y, además, son el punto de partida para la formación de una costumbre internacional que termina influyendo de modo activo en el comportamiento de todos los Estados implicados (p. e. deber de información de los *tax heavens*)». ROSEMBUJ, T.: *Intercambio internacional de información tributaria*, Edicions de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2004, pág. 23.

<sup>17</sup> Como afirma MARTÍN RODRÍGUEZ, dentro del juego de la competencia fiscal entre países podemos encontrarnos con conductas perfectamente leales, en las que los Estados optimizan el empleo de sus recursos financieros y la relación costes fiscales-prestaciones públicas, y también con actitudes desleales: «Dado que las decisiones de los ciudadanos y las empresas se adoptan conforme a esta concepción amplia del sistema fiscal, los Estados compiten entre sí cuando optimizan el empleo de sus recursos financieros (relación ingreso-gasto). Esta forma de competencia es perfectamente leal. No olvidemos, sin embargo, que también pueden competir de manera desleal ofreciendo o consintiendo

## 2.1. UN INTERCAMBIO ESPONTÁNEO Y OBLIGATORIO DE *TAX RULINGS* ESPECÍFICOS

Concretamente, el proyecto inicial de acción 5 afirmaba que la ausencia de transparencia podía darse en dos planos<sup>18</sup>: con referencia al modo en que el régimen se diseña y administra, incluyendo una aplicación favorable de las normas, una negociación sobre su efectividad o directamente su inaplicación; y en relación con la existencia de normas sobre el secreto de la información que impidiera su intercambio efectivo<sup>19</sup>. Así, se puso de manifiesto la necesidad no solo de evitar el secreto fiscal, sino también la importancia de que afloraran aquellos acuerdos que pudieran suponer una aplicación más laxa o paccionada de la normativa tributaria.

Esta segunda vertiente es una clara referencia a la necesidad de que los *tax rulings*<sup>20</sup>, que pueden encubrir regímenes preferenciales, sean objeto de intercambio entre Administraciones tributarias. En este sentido, el sistema de intercambio de *rulings* debía mantener un difícil equilibrio que permitiese asegurar que la información enviada a las haciendas nacionales fuese suficientemente relevante, pero que, al mismo tiempo, no supusiera una carga administrativa innecesaria a la administración del país que la enviara<sup>21</sup>. El procedimiento que propone la OCDE es articular un mecanismo de intercambio espontáneo obligatorio de determinados *tax rulings* y APA. Es reseñable el hecho de que la acción 5, junto con el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal y la *Consolidated Application Note* de 2004 de la OCDE, ponga como referente de base para su regulación la Directiva 2011/16/UE sobre cooperación administrativa en materia de fiscalidad<sup>22</sup>. Destacamos esta mención porque, como veremos posteriormente, la reciente modificación ha dejado atrás el sistema de intercambio espontáneo en que se fijó el FHTP para la redacción de sus propuestas en la acción 5.

---

regímenes derogatorios que permitan sortear esta ecuación». MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M.: *Competencia fiscal e imposición indirecta en la Unión Europea*, CEF, Madrid, 2013, pág. 44.

<sup>18</sup> OECD, «Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance», *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, 2014, pág. 35.

<sup>19</sup> LAMPREAVE MÁRQUEZ, siguiendo lo ya enunciado por la OCDE en su informe de 1998 acerca de las causas de falta de transparencia, afirma que el intercambio de *tax rulings* y APA viene a solucionar el relativo a la forma en que un régimen se ha diseñado, administrado o aplicado favorablemente en caso de que las disposiciones puedan ser susceptibles de negociación con la Administración. LAMPREAVE MÁRQUEZ, P.: «Eliminar las prácticas fiscales abusivas reforzando la transparencia y la sustancia», en RAMOS PRIETO, J. (coord.), *Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 212. El informe de la OCDE introduce una causa adicional de falta de transparencia referente a los supuestos de países en los que no se exige el cumplimiento de las normas tributarias. OECD, *Harmful tax competition: an emerging global issue...*, op. cit., pág. 29.

<sup>20</sup> La OCDE define el término *tax ruling* de la siguiente manera: «any advice, information or undertaking provided by a tax authority to a specific taxpayer or group of taxpayers concerning their tax situation and on which they are entitled to rely». OCDE, *Consolidated Application Note*, 2004, pág. 47.

<sup>21</sup> OCDE, *Action 5, Final Report*, op. cit., pág. 46.

<sup>22</sup> OCDE, *Action 5, preliminary Report*, 2014, op. cit., pág. 4-6.

Pese a que la propia OCDE ha venido trabajando sobre un procedimiento de intercambio automático de información financiera con relevancia fiscal<sup>23</sup>, en lo referente a los *tax rulings*, como hemos comentado, se ha decantado por promover un intercambio de información espontáneo y obligatorio. Como afirma el propio Plan BEPS, esto implica que se trata del envío de una información que un país considera de relevancia tributaria para otro, pero sin que este último tenga que requerirla. Sin embargo, la posible apreciación discrecional del país de envío de la información respecto de su «importancia tributaria» para otro Estado se suple con la obligatoriedad del envío, pues la acción 5 conmina a este intercambio si se dan los requisitos establecidos para el mismo, sin que quepa eludir dicho mandato.

En lo referente a las circunstancias y elementos que deben cumplirse para que nazca la obligación de envío de *tax rulings* o APA para un país, es conveniente comentar la evolución que ha tenido la postura de la OCDE y de los trabajos del FHTP desde sus trabajos preliminares de la acción 5 hasta su informe final<sup>24</sup>. Es cierto que existen elementos que han permanecido constantes en las propuestas, como es la concreción de los conceptos de *tax ruling* y APA, y qué elementos descartan el interés en que sean intercambiados (que tuvieran un impacto exclusivamente nacional y no implicara inversiones o transacciones con otros países, o que se trate de *rulings* generales y no específicos, y otras circunstancias que analizaremos posteriormente). Sin embargo, existe un cambio sustancial en las causas que deben originar este impulso en el país de origen para realizar el envío de información.

Para ello debemos tener en cuenta que esta acción estaba destinada a combatir conductas tributarias perniciosas y, sobre todo, regímenes preferenciales que puedan tener estas consecuencias. Por este motivo, la propuesta inicial de intercambio espontáneo y obligatorio dependía de que el *ruling* o APA en cuestión pasara tres filtros específicos<sup>25</sup>:

- a) Solo se intercambiarían los acuerdos referentes a regímenes preferenciales, no únicamente aquellos que los desarrollaran o implementaran, sino todos aquellos que tuvieran algún impacto en su aplicación.
- b) Además, solo deberían intercambiarse los *rulings* de regímenes que entraran dentro del campo de actuación del FHTP, para lo que debían aplicarse a la tributación de rentas de actividades geográficamente móviles.
- c) El *ruling* debía producir una nula o baja tributación de dichas rentas, siendo indiferente que provengan de un tipo reducido o de la forma en que se incluirían di-

<sup>23</sup> OCDE, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, OECD Publishing, 21 de julio de 2014.

<sup>24</sup> Un resumen de la evolución de la postura de la OCDE en el ámbito del intercambio de información tributaria y de los progresivos documentos en esta materia en ROMERO FLOR, L. M.: «Las diferentes etapas normativas del intercambio de información entre administraciones tributarias», en GARCÍA PRATS, F. A.: *Intercambio de Información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, págs. 308-313.

<sup>25</sup> OCDE, *Action 5, preliminary Report*, 2014, *op. cit.*, págs. 39-44.

chas rentas en la base imponible. Así, cuando un país estimara que un *tax ruling* o APA cumpliera los tres filtros, así como algunas condiciones adicionales que se encuentran en el informe preliminar de la acción 5, quedaría obligado al envío de dicho acuerdo previo a «cualquier país afectado»<sup>26</sup>.

La propuesta final de intercambio espontáneo y obligatorio de información, no obstante, es muy diferente de lo hasta ahora comentado. Fundamentalmente porque se prescinde del requisito de que los acuerdos a intercambiar tengan que ser referentes a un régimen preferencial. Con ello el FHTP pretende dar un paso adelante en la búsqueda de una mayor transparencia pues, si bien no todo *tax ruling* o APA es, por sí mismo, un régimen preferencial, sí son vehículos apropiados para la implementación de estructuras de elusión fiscal. El modelo definitivo aportado exigirá compartir cualquier acuerdo previo que, de no ser intercambiado, pueda dar lugar a una erosión de bases fiscales o a un traslado de beneficios<sup>27</sup>.

Así, el modelo final propuesto por la OCDE obliga a intercambiar seis categorías de *tax rulings* específicos que cumplen esa condición de que «su ausencia de intercambio podría dar lugar a problemas de BEPS». Son las siguientes<sup>28</sup>:

1. *Rulings* referentes a regímenes preferenciales. Vemos que los acuerdos previos que habían centrado el informe preliminar de la acción 5 únicamente son un tipo más de *ruling* a intercambiar en la propuesta definitiva. Son los únicos en que ha de seguir haciéndose el análisis de los tres filtros para decidir si deben ser intercambiados o no.

<sup>26</sup> Es llamativo que en el trabajo preliminar, de forma muy diferente a cómo sucederá en el informe final, se hace una mención general al envío a «cualquier país afectado» y lo único que se aporte sea una lista de ejemplos como: el país de la fuente, el país de residencia de la matriz, el país de residencia del beneficiario efectivo, en los APA, el país de residencia de la empresa vinculada con que se haya hecho la transacción o si se ha realizado una distribución de beneficios de un establecimiento permanente a la matriz, al país de esta, y en el supuesto de *rulings* que no sean APA con los países donde se establezcan las partes intervinientes en la transacción, inversión o renta que trate el acuerdo específico.

<sup>27</sup> Este cambio también tiene efectos en lo relativo a la información compartida. Si bien en la propuesta inicial de 2014 se diferenciaba en función de si el acuerdo a intercambiar era un *tax ruling* sobre precios de transferencia, en los que se daría un proceso de dos etapas en la que primero se enviaría un primer bloque suficientemente detallado que permitiera al destinatario decidir activar la segunda etapa, en la que se intercambiaría información más completa. En el caso de que no se tratase de un acuerdo de este tipo, la propuesta inicial de 2014 dejaba libertad al país emisor para decidir qué información enviar, estableciendo solo un contenido mínimo ineludible. OECD, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2014 Deliverable*, págs. 45-46. En el documento final, sin embargo, se basaba por completo en este proceso de dos etapas, una inicial con un contenido mínimo sobre la emisión del *ruling*, si está dentro del marco de intercambio BEPS y los países potencialmente interesados. Y una posterior en que dichos países ya podrían solicitar, incluso, el *ruling* completo. OECD, *Action 5-Final Report, op. cit.*, pág. 54.

<sup>28</sup> El breve análisis de los acuerdos que han de ser intercambiados proviene de OCDE, *Action 5, Final Report, op. cit.*, págs. 48-51.

2. APA unilaterales u otros *rulings* transfronterizos unilaterales sobre precios de transferencia. El motivo fundamental de intercambiar estos acuerdos es que la falta de transparencia puede llevar a un desconocimiento del país con el que se realiza la transacción que pueda erosionar su base imponible por las disparidades de tributación de la operación. Para evitarlo, su intercambio se hace obligatorio, sin más condicionantes o requisitos, exigiéndose para determinados casos una transparencia adicional por su inclusión en los informes país por país (*Country-by-Country Reports*) tratados en la acción 13 del Proyecto BEPS.
3. *Rulings* unilaterales con efectos transfronterizos que produzcan un ajuste a la baja de los beneficios sujetos a tributación que no aparezca directamente reflejada en su contabilidad financiera o mercantil. En este caso los efectos de no intercambiar los acuerdos son claros, pues son una herramienta que puede tener un efecto de traslado de beneficios a otra jurisdicción que, sin conocimiento de aquella de la que se están desplazando los ingresos por no reflejarse en la contabilidad de la empresa o hacerse de forma retroactiva, puede estar reduciendo la tributación de dicha renta. El ejemplo que aporta la OCDE es clarificador: el de una transacción entre matriz y filial en que la última paga un precio inferior al de *arm's lenght*. Si el país de establecimiento de la filial realiza un ajuste a la baja de su beneficio para ajustarlo al precio real de la transacción, no comunicarlo al país de la matriz implicaría que el beneficio de esta no aumentaría en la cuantía correspondiente, produciéndose una deducción para la filial sin el correspondiente incremento de ingresos para la matriz.
4. *Rulings* relativos a los establecimientos permanentes (sobre su existencia o no, y la atribución de beneficios que se le haga). La cantidad de beneficio que se atribuya a un establecimiento permanente es una información fundamental para el resto de países en que tenga presencia dicha empresa multinacional para poder actuar en consecuencia, y que no exista doble imposición.
5. *Rulings* sobre partes vinculadas que sirvan como vehículo para conseguir una menor tributación del flujo de ingresos en su traslado de un país a otro.
6. Cualquier otro tipo de *ruling* que en ausencia de intercambio espontáneo de información diera lugar a problemas de BEPS. Este enunciado, pese a ser el último, es posiblemente el que más debemos destacar. Es claramente un cajón de sastre en el que se quieren incluir todos los acuerdos con potencial elusivo y, sobre todo, quiere establecer una obligación jurídica a los Estados que proporcionan este tipo de *rulings*: pueden seguir aplicándolos pero, en tal caso, deberán ser transparentes y comunicarlos a las jurisdicciones interesadas. El problema, por supuesto, es que son los propios países que otorgan dichos *tax rulings* los que habrán de apreciar, de forma individual, si sus consecuencias alcanzan a ser un «problema de BEPS». Como veremos en los apartados posteriores, en la Unión Europea existía una obligación similar de intercambiar información en circunstancias muy similares a estas, y su escasa aplicación es la que ha obligado a introducir el nuevo procedimiento que vamos a estudiar. La afirmación que introduce el informe final de que en caso de duda de que existan di-

chas circunstancias debe producirse el intercambio, no nos parece de suficiente entidad como para modificar esta consideración. Así, entendemos que, como establece la propia acción 5, con esta cláusula abierta se pretende dar «flexibilidad» al FHTP para futuras adiciones a esta lista de acuerdos que deben ser intercambiados. En ese aspecto nos parece una idea interesante de cara a futuras estructuras de elusión fiscal.

Sin embargo, a efectos reales de la cantidad de intercambios que se producirán, creemos que tienen mucha más relevancia los otros *rulings* sobre los que se ha establecido una obligación incondicional de ser compartidos<sup>29</sup>. El hecho de tener que intercambiar los APA unilaterales con efectos transfronterizos o los *rulings* sobre la atribución de beneficios de los establecimientos permanentes (en adelante EP), entre otros, sin que exista apreciación del país otorgante sobre si esto genera posibilidades de elusión o no, es, a nuestro parecer, el gran avance que aporta la acción 5 del Plan BEPS.

## 2.2. LA CONCRECIÓN DE LAS JURISDICCIONES DESTINATARIAS DEL INTERCAMBIO

Para completar esta regulación era necesario determinar los países a los que habría de enviarse los *rulings* de obligado intercambio. De nada serviría obligar a los países que otorguen estos acuerdos a intercambiarlos sin que tengan que determinar previamente que presentan un potencial elusivo, si al mismo tiempo ostentan una gran discrecionalidad para decidir qué países pueden estar interesados en dicha información. Así, la regla general es que los *rulings* deberán ser enviados a los países de residencia de todas las partes relacionadas con las que se haya hecho la transacción por la que se ha concedido el acuerdo, del que provengan los ingresos de las empresas a que se permita acogerse al régimen preferencial o que tenga vínculo con el EP al que se ha dado un *ruling*<sup>30</sup>. Además, se establece otro mandato general de intercambiar información con el país de residencia de la matriz última y de la propietaria más inmediata.

La amplitud de países a los que hay que enviar el contenido de los *rulings*, y especialmente tener que darlos a conocer en todo caso a los países de residencia de la matriz y empresas intermedias con participación inmediata es el segundo gran avance que manifiesta este sistema. Con

<sup>29</sup> Como afirma LÓPEZ RODRÍGUEZ, «el carácter espontáneo de la asistencia no implica libertad en la decisión o aleatoriedad, como no puede resultar de su condición de obligatoriedad», LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: «La competencia fiscal perjudicial en el Proyecto BEPS», en RAMOS PRIETO, J. (coord.), *Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 241. Es decir, aunque el intercambio propuesto por el Plan BEPS sea espontáneo, esto no debería menoscabar su obligado cumplimiento, que derivará de la introducción de esta obligación en instrumentos internacionales como los convenios sobre intercambio de información internacional o un convenio de doble imposición.

<sup>30</sup> Estas reglas son objeto de mayor desarrollo y concreción en el documento de la acción 5. Por un lado, se establece un porcentaje de participación mínimo, directo o indirecto, del 25% para considerar dos partes como vinculadas a efectos de tener que enviar los acuerdos previos a los países de residencia de las partes relacionadas. Además, se establecen los países destinatarios concretos de cada tipo de *ruling*. OCDE, *Action 5, Final Report, op. cit.*, págs. 52-53.

ello, será perfectamente posible que un *ruling* o un APA que afecte a dos jurisdicciones específicas deban ser también intercambiados con otros países que tengan interés expreso en dicho tratamiento tributario, incluso sin tener como residente ninguno de los entes afectados directamente por el acuerdo concedido. Como ejemplo sencillo, un acuerdo previo sobre precios de transferencia entre dos empresas vinculadas establecidas en los países A y B, que concede unilateralmente uno de ellos (digamos el B), deberá ser intercambiado no solo al otro (A), sino también al país C, donde esté establecida la matriz común de ambas, y que puede tener interés en que con dicha transacción no se vacíe la base imponible que tributa en su jurisdicción<sup>31</sup>.

Consideramos que esta especificación de los países a los que deben enviarse los *tax rulings* y, sobre todo, la ampliación de destinatarios que supone deber intercambiar la información en todo caso con los Estados de la sociedad controladora inmediata y la matriz última, suponen dos elementos que dan consistencia y gran utilidad al sistema. Eliminan la discrecionalidad de los países que otorguen estos acuerdos sobre las naciones a que enviar los datos correspondientes. Además, permite a distintas jurisdicciones adoptar las medidas defensivas para evitar el traslado de beneficios y la erosión de su base imponible a lugares de baja tributación, siendo este el objetivo último del intercambio de *tax rulings*.

Este sistema podría considerarse un primer paso ambicioso en la lucha contra la falta de transparencia tributaria y el uso de *tax rulings* opacos como instrumento para articular una planificación fiscal agresiva. La intención de la OCDE es que se incorpore a los principales mecanismos y tratados internacionales que regulen el intercambio de información entre Estados, llegando a afirmar específicamente que en el caso de la Unión Europea este debería formar parte de la Directiva 2011/16/UE<sup>32</sup>. Especialmente positiva sería su inclusión como un apartado adicional al artículo 7 del Convenio multilateral sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal (Protocolo 2010)<sup>33</sup>, desarrollada conjuntamente por la OCDE y el Consejo de Europa, y que establece obligaciones de intercambio de información para más de 109 jurisdicciones o, incluso, la expansión de los acuerdos OCDE sobre intercambio automático de información financiera a esta cuestión<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Entendemos que en este ejemplo en concreto la información también debería haber sido conocida por medio del Informe país por país, pero los efectos positivos del supuesto planteado valen igualmente para aquellos casos en que dicho *CbC Report* no hubiera sido implementado o cuando se trate de un acuerdo que no deba reflejarse en él.

<sup>32</sup> OCDE, *Action 5, preliminary Report*, 2014, *op. cit.*, pág. 47, donde se determina la base jurídica que ha de recoger el marco de intercambio de información propuesto por la OCDE, indicando que podría recogerse en los convenios de doble imposición o los protocolos bilaterales de intercambio de información, o en instrumentos multilaterales como el Convenio de Asistencia Mutua en materia tributaria.

<sup>33</sup> OCDE/Consejo de Europa, *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*, revisada por el Protocolo de 2010, <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm>>.

<sup>34</sup> OCDE, *Estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras*, <<http://www.oecd.org/publications/estandar-para-el-intercambio-automatico-de-informacion-sobre-cuentas-financieras-segunda-edicion-9789264268074-es.htm>>.

Sin embargo, y como vamos a analizar a continuación, la Unión no se ha limitado a aplicar el modelo propuesto por el Plan BEPS basado en el intercambio espontáneo de determinados acuerdos, sino que ha dado un paso adicional estableciendo un nuevo procedimiento automático de intercambio de *tax rulings* y APA. Analicemos el sistema establecido por la Unión Europea partiendo del esquema confeccionado por la OCDE y comprobemos si existe tal avance y en qué puntos no es tal.

### 3. LA INTRODUCCIÓN DEL NUEVO SISTEMA DE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE *TAX RULINGS* EN LA DIRECTIVA 2011/16/UE Y SU FUNDAMENTO EN LOS TRATADOS

Actualmente, la regulación referente al intercambio de información tributaria entre los Estados miembros está establecida en la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE. Las actualizaciones o modificaciones normativas, así como la sustitución de la antigua Directiva del 77 han ido reflejando un incremento gradual de la transparencia tributaria en el mercado interior, progresando tanto en los tipos de información objeto a comparir como en el funcionamiento del mecanismo de intercambio en sí<sup>35</sup>.

La Directiva 77/799/CEE se fundamentaba sustancialmente en la obligación de envío de información previo requerimiento y, si bien introducía determinados supuestos concretos de intercambio espontáneo de información, no profundizaba en el intercambio automático e incondicionado de datos de naturaleza fiscal<sup>36</sup>. Su sustitución por la Directiva 2011/16/UE su-

<sup>35</sup> Uno de los grandes avances derivados de la nueva Directiva de 2011 respecto a la del 77 es el cambio en el objeto y finalidad del intercambio. Si bien en la derogada el intercambio de información se limitaba a la correcta determinación de los impuestos, en la actual dicho intercambio se puede justificar con otros objetivos como la administración y ejecución de las leyes tributarias. MARTÍNEZ GINER, L. A.: «El intercambio de información en la Unión Europea a la luz de la Directiva 2011/16/UE sobre cooperación en el ámbito de la fiscalidad: aspectos novedosos», en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (coords.), *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, Atelier, Barcelona, 2012, pág. 77. Por otro lado, como afirma TOVILLAS MORÁN, «La novedad aportada por esta Directiva es la de cambiar el eje de los sistemas de intercambio de información anteriores en el sentido de favorecer el desarrollo y la aplicación del intercambio automático de información que se ha convertido en el centro de los instrumentos de cooperación entre administraciones tributarias. Ello supone un cambio notable de perspectiva puesto que en el sistema diseñado por la Directiva 77/799/CEE el desarrollo de la actividad de intercambio de información se centraba en el uso del intercambio de información previo requerimiento entre órganos administrativos». TOVILLAS MORÁN, J. M.: «La dimensión aplicativa de la Directiva comunitaria de intercambio de información tributaria», *Quincena Fiscal*, n.º 10, 2013, pág. 3 (versión web).

<sup>36</sup> El artículo 3 de la Directiva 77/799/CEE limitaba el intercambio automático de información a determinados procedimientos de realización de consultas que podían plantear las autoridades competentes de un Estado miembro, o la Comisión Europea, a las de otro, que estaban regulados en el artículo 9 de la misma directiva. Por su parte, el artículo 4 si introducía determinados supuestos que podían dar lugar al surgimiento de una obligación de enviar datos si, de manera espontánea, un Estado miembro apreciaba la existencia de alguna de las causas en él reguladas.

puso un primer avance en este procedimiento de envío automático de datos con relevancia tributaria, introduciendo determinados supuestos en los que los Estados miembros no deberían apreciar causalidad alguna para proceder al envío, sino que debían proceder a su intercambio de forma obligatoria e incondicionada<sup>37</sup>. No obstante, este nuevo mecanismo era limitado y se centraba en información sobre renta y patrimonio de personas físicas, sin hacer referencia a datos que pudieran servir para luchar contra la elusión o la planificación fiscal agresiva de las empresas multinacionales.

El impulso del Plan BEPS de la OCDE, junto con el escándalo de *LuxLeaks*, motivaron que la Comisión tomara la iniciativa con la publicación de un paquete de medidas para incentivar la transparencia fiscal en la Unión, y que están resumidas en la COM(2015) 136 final<sup>38</sup>. En este paquete se incluyeron diversas medidas como la derogación de la Directiva del ahorro, cuyo contenido había sido largamente superado por el de la Directiva sobre cooperación administrativa en materia fiscal, revisar el Código de Fiscalidad de las Empresas y, sobre todo, la introducción de este nuevo procedimiento de intercambio automático de *tax rulings*<sup>39</sup>. El objetivo que

<sup>37</sup> Concretamente, el artículo 8.1 de la Directiva 2011/16/UE obligaba a los Estados miembros a intercambiar automáticamente determinados datos respecto de los residentes en otros países de la Unión, concretamente: a) rendimientos del trabajo dependiente; b) honorarios de director; c) productos de seguro de vida, no cubiertos por otros instrumentos jurídicos de la Unión, sobre el intercambio de información y otras medidas similares; d) pensiones; e) propiedad de bienes inmuebles y rendimientos inmobiliarios. Como afirma el Boletín de Información Comercial Española, la Unión Europea ha sido pionera en el intercambio de información automática con finalidad tributaria, promoviendo en muchas ocasiones este tipo de procedimientos con terceros países a través de acuerdos bilaterales (podría citarse como ejemplo el conjunto de convenios internacionales con los EE. UU. para aplicar la normativa FATCA, que además dio lugar a nuevas iniciativas de mejora del intercambio entre Estados miembros para que se evitara tener que acudir a la cláusula de nación más favorecida). *Boletín de Información Comercial Española*, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, n.º 3046, diciembre 2013, págs. 8-13. En contra de esta tendencia es de señalar que durante varios años se firmaron acuerdos con algunos países terceros, como Suiza, donde se sustituía el intercambio automático de información por una retención en la fuente respecto de determinados ingresos financieros. Sin embargo, esta cuestión se modificó a raíz de la negociación con Suiza que dio lugar a la Decisión (UE) 2015/2400 del Consejo, de 8 de diciembre de 2015, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo modificativo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. La inclusión de Suiza en dicha directiva extendió el intercambio automático de información para dichos datos. En este sentido, PISTONE afirmó que en el momento de mayor impulso de la transparencia fiscal global, los denominados «acuerdos Rubik» eran contraproducentes y causaban efectos indeseables, ya que el anonimato que permiten es contrario a los intentos internacionales de progresar en la transparencia fiscal para evitar la evasión fiscal, verdadero problema estructural. PISTONE, P.: «Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic», *Bulletin for International Taxation*, 2013, vol. 67, n.º 4-5, pág. 224.

<sup>38</sup> COM(2015) 136 final, de 18 de marzo de 2015, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transparencia fiscal para luchar contra la evasión y la elusión fiscales.

<sup>39</sup> Concretamente, son seis las iniciativas que se plantean: 1. Establecer una rigurosa transparencia de las resoluciones fiscales. 2. Racionalizar la legislación sobre el intercambio automático de información (dentro del que se propone la derogación de la Directiva en materia de fiscalidad del ahorro). 3. Estudiar otras posibles iniciativas en materia de transparencia (en esta propuesta se hace una reflexión sobre la posibilidad de hacer públicas determinadas informa-

se había marcado la Comisión con este conjunto de medidas era doble. Por un lado, el refuerzo del intercambio de información serviría para afrontar el citado problema de opacidad sobre *tax rulings* y APA, y que habían dado lugar a numerosas denuncias por considerar dichos acuerdos como selectivos y, por tanto, susceptibles de ser calificados como ayudas de Estado. Por otro, otorgaría a la «Unión Europea más credibilidad a la hora de impulsar un ambicioso programa de transparencia a nivel mundial»<sup>40</sup>.

No obstante, las medidas contenidas en dicho paquete y, más concretamente, la nueva Directiva sobre intercambio de resoluciones fiscales, introducen obligaciones que tendrían un gran impacto en la actividad jurídico-económica de los Estados miembros, forzándoles a incrementar la transparencia a niveles realmente altos y a desarrollar una actividad administrativa que respondiera a los nuevos estándares. Debemos recordar, por ello, que la Unión Europea tiene competencias limitadas en lo referente a la armonización en materia tributaria, siendo interesante recalcar en qué se fundamenta esta reforma, pues en función de los artículos de los tratados en que se sustenten variará el contenido y profundidad de las medidas<sup>41</sup>. Pese a que la Comisión en un primer momento quiso argumentar la armonización del intercambio de información en materia tributaria de manera diversa, basándose en que al ser derecho tributario procedimental y no sustantivo, se podía seguir el procedimiento establecido en el artículo 114 del TFUE<sup>42</sup>,

---

ciones sobre el impuesto sobre sociedades tal como se hace con los requisitos de capital en las entidades bancarias o el pago que hacen las empresas de la industria extractiva y maderera). 4. Revisar el Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas. 5. Cuantificar mejor el déficit tributario. 6. Impulsar un aumento de la transparencia fiscal a nivel internacional.

<sup>40</sup> COM(2015) 136 final, *op. cit.*, pág. 5. En otras palabras, es necesario este paquete para combatir los problemas puestas de manifiesto con el caso *LuxLeaks* y que no solo menoscaban el funcionamiento del mercado interno, sino que desautorizaba a la Unión Europea como interlocutor internacional en su intento de impulsar una mayor transparencia fiscal internacional.

<sup>41</sup> El artículo 113 del TFUE sí establece la competencia de la Unión Europea para la armonización de determinados tributos, como el impuesto sobre el volumen de negocios (IVA) o aquellos sobre consumos específicos (impuestos especiales). La Unión ha avanzado en la armonización de dichos tributos también en lo referente a sus propios procedimientos de intercambio de información y de cooperación administrativa (por ejemplo el Reglamento 904/2010, de 7 de octubre, relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido). La Directiva 2011/16/UE, tal como se establece en su artículo 2.2, no tiene aplicación respecto de los citados tributos armonizados (tampoco sobre aranceles) y, por tanto, tampoco lo tendrá el procedimiento de intercambio automático que estamos estudiando. Esta falta de competencia exclusiva en la materia exige que para avanzar en la aproximación normativa se deba acudir al soporte del artículo 115 del TFUE, al tiempo que exige el respeto al principio de subsidiariedad de la Unión respecto de las competencias de los Estados miembros.

<sup>42</sup> MERINO ESPINOSA y NOCETE CORREA comentan como la propuesta inicial de la Comisión Europea basaba la armonización de los intercambios de información tributaria en el artículo 114 del TFUE, pese a que este excluye expresamente su uso en materia fiscal. Sin embargo, la Comisión consideraba que esta prohibición se limitaba al derecho tributario sustantivo, para poder así utilizar la vía de este artículo y no tener que someterse al requisito de unanimidad en el Consejo que exige el uso del artículo 115 del TFUE. Sin embargo, como observamos, las tesis del Consejo prevalecieron, estando incluso respaldadas por una STJUE de 29 de abril de 2004, Comisión contra Consejo, asunto C-338/01, y esta armonización está basada en el artículo 115 del TFUE y en el artículo 5 del TUE. MERINO ESPINOSA,

el Consejo ha manifestado en la propia directiva que este nuevo régimen se fundamenta en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el artículo 115 del TFUE<sup>43</sup>. La diferencia fundamental entre los procedimientos establecidos en dichos artículos es que la aproximación normativa que establece el artículo 114, argüido por la Comisión, se realiza a través del procedimiento legislativo ordinario, sin necesidad de la unanimidad que sí exige el procedimiento legislativo especial del artículo 115.

Dado que se trata de una competencia no atribuida a la Unión, una reforma armonizada debería ser acorde con el principio de subsidiariedad, que implica que solo se podría legislar sobre dicha materia si el avance necesario en ella, debido a su naturaleza, puede ser afrontado con mayor éxito por parte de la Unión Europea que de los Estados miembros de forma individual<sup>44</sup>. Además, para cumplir con el artículo 115 del TFUE, habría que reflexionar acerca de si estamos ante una cuestión que incide directamente en el funcionamiento del mercado interno<sup>45</sup>. Solo si se

---

M. P. y NOCETE CORREA, F. J.: «El intercambio de información...», *op. cit.*, págs. 150-151. Estamos de acuerdo con ambos cuando afirman que la exclusión que hace el artículo 114 respecto de la materia tributaria es de tal entidad que no parece que el hecho de que el intercambio de información sea instrumental y no sustancial pueda ser óbice para que opere esta excepción.

43 Artículo 115 del TFUE: Sin perjuicio del artículo 114, el Consejo adoptará, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior.

Artículo 5.3 del TUE: En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

44 Acerca de la exigencia de este requisito a una materia crucial para la consecución de un mercado sin distorsiones reflexiona HINOJOSA TORRALVO, que afirma: «He aquí la gran paradoja de la fiscalidad comunitaria: se articula porque se entiende como condición indispensable –posiblemente más que ninguna otra– para la consecución de los objetivos comunitarios, y sin embargo, se somete –posiblemente también más que ninguna otra– al corsé de la subsidiariedad». HINOJOSA TORRALVO, J. J.: «Presentación», en FERNÁNDEZ MARÍN, F.: «El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado en la Unión Europea», Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 24.

45 El TFUE trata la fiscalidad como un aspecto instrumental para la consecución de un mercado único sin distorsiones. Así, la fiscalidad no tiene carácter de objetivo por sí misma, sino de herramienta para alcanzar dicho fin último del mercado de la Unión. La asistencia mutua y el intercambio de información en materia fiscal son cuestiones que atenden al correcto devenir de la fiscalidad y, como afirma FERNÁNDEZ MARÍN: «la correcta aplicación del tributo no sería un fundamento suficiente para la regulación comunitaria de la asistencia, sino en relación con el carácter basilar de los tributos en el funcionamiento del mercado único». El impacto de la transparencia fiscal es, usando la terminología utilizada por HINOJOSA TORRALVO, «instrumental de lo instrumental», pues garantiza la adecuada aplicación de los tributos, que es fundamental para que no se utilice la política fiscal como medio de alterar la libre competencia económica. FERNÁNDEZ MARÍN, F.: *El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 146. HINOJOSA TORRALVO, «Presentación», *op. cit.*, pág. 24. De manera similar se pronuncia SÁNCHEZ LÓPEZ, que en el análisis de la STJUE de 27 de enero de 2009, *caso Hein Persche*, C-318/07, afirma que el intercambio de información tributaria tiene la función de ser «medio de garantía de la realización de las libertades comunitarias, más allá de la consecución de la correcta aplicación de los sistemas

cumplieran ambas circunstancias podría considerarse justificada la acción normativa de la Unión Europea y la introducción del citado procedimiento de intercambio automático de *tax rulings*.

Sobre la incapacidad de la actuación singular de cada país no parece que podamos albergar duda. El caso *LuxLeaks*, así como los escándalos de ayudas de Estado otorgadas a determinadas multinacionales, han puesto de manifiesto la opacidad existente en la materia, la escasa voluntad de colaboración de determinados Estados miembros, que no cumplieron su obligación de intercambiar espontáneamente dicha información y, sobre todo, la ausencia de mecanismos de defensa por parte del resto de Estados miembros para actuar ante unos acuerdos que desconocen<sup>46</sup>. Esta importancia de la acción coordinada supranacional queda también patente en su inclusión en la citada acción del Plan BEPS como un avance que ha de ser alcanzado mediante el acuerdo internacional ante la permisividad de ciertas jurisdicciones con el uso de *tax rulings* y APA como medios de elusión fiscal.

Respecto al impacto en el mercado interno, poco hay que decir sobre las consecuencias que tiene la elusión fiscal en la recaudación de los Estados que la sufren, así como sobre los problemas de competitividad que genera a las empresas de menor tamaño que no pueden acceder a *tax rulings* tan ventajosos como las multinacionales, o que no tienen entidad como para hacer estructuras de planificación fiscal agresiva en los que utilizar los *tax rulings* o APA. Por tanto, es claro que el nuevo procedimiento de intercambio automático de información, tal como se observa en la exposición de motivos de la directiva que lo introduce, cumple con los requisitos necesarios de los artículos mencionados de los tratados. En este caso el requisito de unanimidad establecido por el artículo 115 no ha sido obstáculo para la aprobación de la norma, aunque, como vamos a analizar, difiere en varios aspectos de la propuesta inicial de la Comisión Europea.

---

tributarios de los Estados miembros». SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E.: «La función armonizadora de los mecanismos de intercambio de información», *La Ley Unión Europea*, n.º 27, 2015, pág. 11 (versión web).

<sup>46</sup> La doctrina se ha pronunciado de manera reiterada sobre la dificultad de avanzar en la armonización tributaria y en la construcción de un mercado único si persisten conductas no cooperativas por parte de determinados Estados miembros, se continúa ejerciendo una importante competencia fiscal agresiva entre jurisdicciones comunitarias o se incumplen deliberadamente obligaciones como las de intercambio de información. Así, SÁNCHEZ LÓPEZ afirma que la «cooperación interadministrativa [...] no puede desarrollarse eficazmente a nivel comunitario si no se supera el *estatalismo* que domina la actuación de los Estados miembros». SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E.: «La función armonizadora...», *op. cit.*, pág. 6 (versión web). Con mayor rotundidad lo expresa HINOJOSA TORRALVO, que afirma que los Estados miembros «intentan limitar la efectividad de las normas comunitarias, (los) fomentan las negativas al intercambio de información oponiendo al Estado requirente su propio derecho o sus procedimientos tributarios», HINOJOSA TORRALVO, J. J.: «Prólogo» en FERNÁNDEZ MARÍN, F.: *El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 25 y 26. Esta «imposición» de la «soberanía nacional» a la cooperación tributaria entre Estados miembros también ha sido denunciada por DI PIETRO, que habla del «obstáculo» que puede representar la soberanía impositiva nacional para las «libertades comunitarias» o para el «funcionamiento del mercado» sin distorsiones. Para este autor el intercambio de información «se coloca como instrumental para la realización de los objetivos comunitarios y no para los intereses recíprocos de los Estados contratantes, como sucede en el intercambio de información previsto por los convenios internacionales». DI PIETRO, A.: «Prólogo» en FERNÁNDEZ MARÍN, F.: *El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 18.

## 4. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE ACUERDOS TRIBUTARIOS PREVIOS CON EFECTOS TRANSFRONTERIZOS

El nuevo sistema sobre intercambio de *tax rulings* ha sido establecido por la Directiva (UE) 2015/2376 del Consejo, de 8 de diciembre de 2015, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad. La regulación se inserta dentro de la Directiva sobre cooperación administrativa en materia fiscal, como dos artículos adicionales (*bis* y *ter*) al que articula la obligación de intercambio automático de información (art. 8). Del mismo modo, también se introduce un nuevo artículo sobre confidencialidad de la información intercambiada en este tipo de procedimientos.

### 4.1. ACUERDOS TRIBUTARIOS INCLUIDOS EN EL NUEVO RÉGIMEN DE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO E INFORMACIÓN SUSCEPTIBLE DE SER SUMINISTRADA

#### 4.1.1. Tipos de acuerdos tributarios previos de intercambio obligatorio en el nuevo procedimiento

Sin duda, el primer elemento básico que debía incorporar la directiva es la concreción de su objeto, es decir, la especificación de los acuerdos que iban a deber ser compartidos entre las distintas Administraciones tributarias de los Estados miembros. Dado que en el pasado la obligación espontánea establecida en la Directiva 2011/16/UE de intercambiar aquellos *tax rulings* que pudieran dar lugar a conductas de elusión fiscal no había tenido éxito, era necesario articular el elemento objetivo de manera que los países no pudieran encontrar lagunas en las definiciones que les permitieran evitar la obligación de compartir la información. Esta misma duda se la planteó la Comisión Europea en el documento de trabajo que acompañaba a la propuesta de directiva. Por un lado, el Código de Conducta sobre Fiscalidad de las Empresas había acuñado un concepto de acuerdo tributario previo más restringido<sup>47</sup>. Por otro, la acción 5 del Plan BEPS había dotado al término *tax ruling* de un contenido más general, definiéndolo como cualquier información dada a un contribuyente sobre su situación tributaria y que este pudiera hacer valer<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> SWD (2015) 60 final, de 18 de marzo de 2015, Commission Staff Working Document, *Technical analysis of focus and scope of the legal proposal - Accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards exchange of information in the field of taxation*, pág. 49, afirmaba que una de las opciones para definir los acuerdos tributarios previos era adoptar la postura del Código de Conducta, y definirlos como «any practice, agreement with tax offices or exercise of discretion by a tax authority, which provides some degree of agreement as to the level of taxation on a particular company, activity or business».

<sup>48</sup> *Vid.* nota 18. Por su parte, la definición correspondiente para APA es «an arrangement that determines, in advance of controlled transactions, an appropriate set of criteria ... for the determination of the transfer pricing for those transactions over a fixed period of time». OCDE, *Action 5, Final Report, op. cit.*, pág. 47.

La Comisión Europea, pese a tener en cuenta que una definición amplia de acuerdo tributario previo incrementaría la carga administrativa de los Estados miembros, consideró conveniente adoptar una definición general para evitar que algunos Estados pudieran considerar que determinadas prácticas tributarias no entrasen en el marco de una definición más estricta, «contribuyendo mejor al objetivo de incrementar la transparencia general»<sup>49</sup>. El considerando quinto de la directiva hace referencia a un concepto muy amplio que abarque «todas las formas que pueda adoptar el acuerdo»<sup>50</sup>, mientras que el considerando sexto proporciona algunos casos de acuerdos o decisiones que deben considerarse dentro de este concepto, aunque lo hace a meros efectos ejemplificativos y de forma no exhaustiva<sup>51</sup>.

Así, los nuevos artículos 3.14 y 3.15 de la Directiva 2011/16/UE incorporan las definiciones de «acuerdo previo con efecto transfronterizo» y «acuerdo previo sobre precios de transferencia», toda

<sup>49</sup> SWD (2015) 60 final..., *op. cit.*, pág. 49. Como afirma la Comisión, muchos Estados miembros argumentaban que sus actuaciones no entraban dentro del concepto de *tax ruling* aportado por las Instrucciones modelo del Código de Conducta, por ejemplo porque afirmaban que únicamente se realizaba una interpretación estricta de las normas sin potestad discrecional alguna, y por ello no realizaban el intercambio espontáneo que debiera haberse practicado. SWD (2015) 60 final..., *op. cit.*, pág. 15. Por ejemplo, a nivel nacional podría plantearse si las consultas vinculantes reguladas en los artículos 88 y 89 de la Ley General Tributaria entrarían o no dentro del concepto de *tax ruling*. Es de recordar que, de acuerdo con la citada normativa, se trata de meras «consultas respecto al régimen, la clasificación o la calificación tributaria que en cada caso les corresponda», que bajo el concepto acuñado por el Código de Conducta podrían no ser entendidas como acuerdos que han de ser intercambiados. Sin embargo, de acuerdo con la redacción definitiva de la directiva, entendemos que las consultas vinculantes cumplirían los requisitos para deber ser compartidas por la Administración tributaria española. No obstante, hay que tener en cuenta que esta amplitud del concepto de acuerdo a intercambiar se ve reducida por el requisito de restringirlo a personas jurídicas, que limitarán la carga administrativa que supondría tener que intercambiar todas las consultas vinculantes.

<sup>50</sup> VAN STAPPEN, OEPEN, y MOLLA señalan que esta afirmación referente a «todas las formas» incluiría acuerdos verbales y no únicamente escritos. VAN STAPPEN, D.; OEPEN, W. y MOLLA, E.: «Mandatory Automatic Exchange of Information on Tax Rulings: Political Agreement Reached in ECOFIN Council», *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, n.º 1, 2016, pág. 11. Es cierto que al hablar de «todas» no se puede excluir ninguna posible modalidad, pero debemos poner esta afirmación en relación con el momento en que se ha de emitir dicho acuerdo para ser objeto de intercambio: con anterioridad a la presentación de la declaración fiscal o de la realización de las transacciones. No caben acuerdos verbales en posteriores inspecciones, sino que han de ser emitidos previamente y los sujetos pasivos deben poder alegarlo, surgiéndonos la duda razonable de la capacidad (o certeza) de poder argüir un acuerdo verbal otorgado antes de presentar una declaración fiscal o de realizar un hecho imponible y que este deba ser respetado por la administración concedente. Dados los importantes problemas de prueba que encontraría el obligado tributario, parece poco factible que se den en la práctica este tipo de acuerdos y que se pueda afirmar su carácter vinculante. En todo caso, el carácter exclusivamente oral de un *ruling* que cumpliera el resto de requisitos se perdería en el momento en que su contenido hubiera de ser transcrito para ser transmitido al resto de Estados miembros.

<sup>51</sup> El considerando quinto dice lo siguiente: «El ámbito del intercambio automático de acuerdos previos con efecto transfronterizo y acuerdos previos sobre precios de transferencia formulados, modificados o renovados a una persona o grupo de personas, que esa persona o grupo de personas tenga derecho a invocar, debe abarcar todas las formas que pueda adoptar el acuerdo (con independencia de su carácter vinculante o no y del modo en que se formule)». Por su parte, el listado de acuerdos incluido en el sexto considerando recuerda en parte a la enunciada por la acción 5 del Plan BEPS (coincidencia de puntos en *rulings*, APA, o acuerdos sobre EP), pero introduce aspectos más concretos y específicos como los acuerdos sobre entidades híbridas o sobre la depreciación de activos adquiridos dentro de un grupo en otra jurisdicción.

vez que el artículo 3.16 especifica lo que debe entenderse por transacción transfronteriza, y que trataremos en el próximo apartado. La definición de ambos conceptos es notablemente genérica, abarcando cualquier acuerdo sobre la interpretación o aplicación de la normativa tributaria, al que se exige fundamentalmente haber sido emitido por una administración competente en la materia<sup>52</sup> respecto de uno o varios sujetos específicos, con anterioridad a que ocurra la transacción o la declaración fiscal pertinente, y que el solicitante tenga derecho a invocarlo con efectos vinculantes para la administración.

A diferencia de lo regulado por el Plan BEPS, la Directiva sobre cooperación administrativa no va a excluir del intercambio de información las APA bi o multilaterales, es decir, las que hayan sido concedidas para determinar la valoración de una transacción concreta a través del acuerdo de varias Administraciones tributarias. El motivo de incluir este tipo de información dentro de la susceptible de ser enviada es la generalización de destinatarios que introduce la nueva regulación comunitaria, diferente a la que propone el Plan BEPS. Dado que, como veremos, los *tax rulings* y APA han de ser enviados a todos los Estados miembros sin excepción, la intervención de más de uno en la formalización del acuerdo previo no excluye que pueda ser de interés para otros.

De hecho, en este aspecto podríamos afirmar que la directiva mejora la propuesta de la acción 5 en este aspecto, ya que esta última parece olvidar que no solo los países intervinientes en la transacción pueden estar interesados en conocer los datos tributarios bajo los que se va a desarrollar. Así, es llamativo que, bajo la propuesta BEPS, un APA unilateral deba ser enviado tanto a los países que tengan interés en la transacción como a aquel donde sea residente la matriz última e inmediata, y un APA bilateral no deba ser suministrado, por ejemplo, a los territorios de dichas sociedades propietarias de las que realicen la transacción si este ha sido acordado entre otras dos Administraciones<sup>53</sup>. En este aspecto, la solución adoptada por la directiva es preferible, no solo porque genera una mayor transparencia en sentido global, sino porque no excluye a países que puedan verse directamente afectados por tales acuerdos y evita que puedan generarse dinámicas bilaterales en determinadas jurisdicciones «amigas» que vayan en detrimento de una tercera.

Debemos hacer referencia a dos especificaciones que delimitan también el tipo de acuerdos que será obligatorio intercambiar de manera automática. En primer lugar, y como ya hemos adelantado, los nuevos artículos 3.14 e) y 3.15 c) de la Directiva 2011/16/UE establecen que los *rulings* o acuerdos sobre precios de transferencia deberán ser anteriores a la transacción o declaración tri-

<sup>52</sup> También entran aquellos que sean formulados por varias administraciones, entrando en el ámbito de aplicación de la obligación de intercambio tanto los *tax rulings* unilaterales como bilaterales o multilaterales.

<sup>53</sup> La Comisión Europea, a raíz del trabajo del Foro de Precios de Transferencia, define a los APA bilaterales y multilaterales como aquellos que requieren el acuerdo entre administraciones tributarias y el entendimiento de cada administración tributaria con el contribuyente, mientras que uno unilateral es aquel en el que existe solo una relación entre el obligado tributario y las autoridades de un único país. COM(2007) 71 final, de 26 de febrero de 2007, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the field of dispute avoidance and resolution procedures and on Guidelines for Advance Pricing Agreements within the EU, apdo. 45. En esta Comunicación la Comisión muestra su preferencia por los APA bilaterales y multilaterales.

butaria a la que se apliquen, no debiendo ser intercambiados los que se otorguen con posterioridad. En este sentido, el hecho de que en el enunciado de dichos artículos se determine que puedan ser concedidos «en el contexto de una inspección fiscal» puede entenderse como una medida tomada en dicho procedimiento con efectos en declaraciones o transacciones futuras<sup>54</sup>. Como argumenta la Comisión en su documento de trabajo, incluir todos los acuerdos a los que se llegara en un procedimiento de inspección (por ejemplo, todas las posibles actas con acuerdo de la normativa española en que se hiciera una interpretación concreta de la normativa tributaria), podría producir un incremento extraordinario de carga administrativa para los Estados miembros. Pero, sobre todo, la razón para excluir estos acuerdos posteriores es que carecen del elemento fundamental que posibilita la planificación fiscal agresiva o la articulación de mecanismos de elusión fiscal: la previsibilidad jurídica. Los *tax rulings* son acuerdos cuyo mayor interés es aportar seguridad jurídica sobre la forma en que una Administración tributaria va a hacer tributar determinada operación o manifestación de capacidad económica. Su uso como herramienta elusiva se ha basado, precisamente, en esta capacidad de anticipar sus efectos tributarios. Por ello, la Comisión, la OCDE, y el Consejo han entendido que los acuerdos a que se puedan llegar en un procedimiento de inspección no tienen esta capacidad de generar problemas de BEPS, y han sido excluidos del mecanismo de intercambio.

Por último, existe una exclusión adicional respecto de los acuerdos tributarios previos que van a ser intercambiados: los solicitantes no pueden ser exclusivamente personas físicas. Solo los *rulings* requeridos por personas jurídicas o los acuerdos mixtos (en que los administrados sean tanto personas físicas como jurídicas) serán objeto del nuevo sistema de intercambio automático de información. Esta exclusión está contenida en el nuevo artículo 8 bis.4 de la Directiva 2011/16/UE y el motivo, de nuevo, es el equilibrio de utilidad y limitación de la carga administrativa. Como afirma la Comisión, la mayor parte de los datos sobre personas físicas ya son objeto de intercambio automático conforme al artículo 8 de la Directiva 2011/16/UE. Además, siempre de acuerdo con el Documento de trabajo de la Comisión, los *tax rulings* dados a personas físicas suelen tener un limitado impacto de planificación fiscal agresiva o de elusión fiscal<sup>55</sup>. Por ello, y por limitar potenciales problemas acerca del derecho a la privacidad y cuestiones sobre protección de datos personales, los acuerdos que deberán ser objeto de intercambio han de involucrar siempre, al menos, a una persona jurídica.

#### 4.1.2. Acuerdos tributarios objeto de intercambio en la normativa tributaria española

Para analizar los efectos de esta directiva dentro del sistema tributario español es necesario acudir a la sección 2.<sup>a</sup> del título III de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

<sup>54</sup> De hecho, esta posibilidad es tenida en cuenta de forma expresa por parte de la acción 5 del Plan BEPS, que afirma que aunque no entrarán dentro del concepto de *tax rulings* aquellos acuerdos alcanzados en el transcurso de una inspección, sí lo serán si sus efectos no son referentes a la declaración que se está auditando, sino que tiene efectos para futuras obligaciones tributarias. OCDE, *Action 5, Final Report, op. cit.*, pág. 47.

<sup>55</sup> SWD (2015) 60 final..., *op. cit.*, págs. 50-51.

(en adelante LGT), referente a la «Información y asistencia a los obligados tributarios». Dentro de esta sección encontramos tres figuras que son susceptibles de cumplir los requisitos marcados por la directiva para ser objeto de transmisión al resto de Estados miembros: las consultas tributarias escritas, las solicitudes previas de información sobre el valor de inmuebles y, sobre todo, los acuerdos previos de valoración.

En las consultas tributarias escritas, reguladas en los artículos 88 y 89 de la LGT, los obligados tributarios pueden cuestionar a la Administración acerca del «régimen, la clasificación o la calificación tributaria que en cada caso les corresponda», debiendo estas formularse «antes de la finalización del plazo establecido para el ejercicio de los derechos, la presentación de declaraciones o autoliquidaciones o el cumplimiento de otras obligaciones tributarias». El aspecto fundamental de estas consultas es que la contestación es vinculante para la Administración encargada de la aplicación de los tributos. Como se puede observar, las consultas tributarias cumplen con los parámetros establecidos por la directiva para ser consideradas susceptibles de ser intercambiadas de manera automática con el resto de países de la Unión, siempre que hayan sido solicitadas por personas jurídicas.

Respecto de las solicitudes previas de información sobre el valor de inmuebles, reguladas en el artículo 90 de la LGT, su interés es mínimo. Esto es debido a que, como afirma la normativa de desarrollo<sup>56</sup>, se trata de solicitudes de información sobre el valor real de bienes a efectos de «tributos que graven *su* adquisición o transmisión», siendo vinculantes solo por tres meses. Hay que tener en cuenta que el artículo 2.2 de la Directiva 2011/16/UE excluye de su ámbito de aplicación al IVA, lo que restringe enormemente la obligación de intercambiarlos.

El segundo núcleo fundamental de resoluciones que deberán ser objeto de intercambio por parte de la Administración tributaria española son los acuerdos previos de valoración (APA españolas), regulados en el artículo 91 de la LGT. En este caso, ante una solicitud de los obligados tributarios, siempre previa a la realización del hecho imponible, la Administración indica la valoración o calificación de los elementos determinantes de la deuda tributaria sobre los que se haya cuestionado. Estos acuerdos vinculan a la Administración a aplicar los valores expresados en ellos siempre que no se modifique la legislación o varíen significativamente las circunstancias económicas que los fundamentaron. Tendrán como máximo, y salvo que la normativa específica marque lo contrario, una vigencia máxima de tres años. En la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), encontramos diversos acuerdos previos de valoración, que encuentran su desarrollo en los capítulos VII, IX y X del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Concretamente nos encontramos con: acuerdos previos de valoración de operaciones entre personas o entidades vinculadas (art. 18.9 LIS), que podrán ser tanto unilaterales como formalizados con otras Administraciones de forma conjunta; acuerdos de valoración previa de gastos correspondientes a proyectos de in-

<sup>56</sup> Artículo 69 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

investigación científica o de innovación tecnológica (art. 23.6 LIS); y acuerdos previos de valoración o de calificación y valoración de rentas procedentes de determinados activos intangibles en lo referente a la deducción por actividades de I+D (art. 35.4 c) LIS). Por último, nos remitimos a lo dicho en el apartado anterior para las actas con acuerdo de un procedimiento inspector, reguladas en el artículo 155 de la LGT. Dado que no son previas a la liquidación tributaria, solo podrían ser susceptibles de intercambio si determinaran algún componente de futuras liquidaciones tributarias del obligado tributario.

En conclusión, podemos observar que la obligación de intercambio de *tax rulings* y APA establecida por la Directiva 2015/2376/UE va a tener efectos reales en la normativa española, que cuenta con diversos tipos de acuerdos que cumplen los requisitos para deber ser compartidos con el resto de Estados miembros de manera obligatoria y automática.

### 4.1.3. El componente transfronterizo

Si atendemos al título del nuevo artículo 8 bis introducido en la Directiva de cooperación administrativa en materia tributaria, así como a los tipos de acuerdos que deben intercambiarse bajo su mandato, observamos que existe un requisito necesario que deben cumplir: tener efectos transfronterizos. En el caso de los «acuerdos previos con efectos transfronterizos», este componente internacional implica que el *ruling* se aplique a una «transacción transfronteriza» o se refiera a la cuestión de si existe establecimiento permanente en otra jurisdicción<sup>57</sup>. En el caso de los «acuerdos previos sobre precios de transferencia» también se establece que la obligación se impone a aquellos que sean válidos para «transacciones transfronterizas entre empresas asociadas»<sup>58</sup>. La razón de esta limitación parece ser doble. Por un lado, restringir la carga administrativa no obligando a intercambiar todos los acuerdos previos concedidos por cada Administración tributaria de la Unión al resto de Estados miembros (que pueden tener mínimo o nulo interés en recibir dicho exceso de información). Por otro, no hay que olvidar que el fundamento de la directiva, de acuerdo con el artículo 115 del TFUE, es contribuir al mejor funcionamiento del mercado interno. Por ello, la directiva centra el intercambio en aquellas actuaciones administrativas que sean susceptibles de tener impacto en otras jurisdicciones, que podrán evitar conductas elusivas o de traslado de beneficios, considerándose de escasa relevancia para el resto de Estados miembros los *tax rulings* estrictamente nacionales<sup>59</sup>.

La directiva introduce en el artículo 3.14 una definición de lo que deberá entenderse por «transacción transfronteriza». Lo primero que hemos de destacar de esta formulación es que hace

<sup>57</sup> Nuevo artículo 3.14 d) de la Directiva 2011/16/UE.

<sup>58</sup> Nuevo artículo 3.15 c) de la Directiva 2011/16/UE.

<sup>59</sup> SWD (2015) 60 final..., *op. cit.*, pág. 48. La Comisión entiende que, junto a la necesidad de limitar la carga administrativa, que se dispararía si se tuvieran que intercambiar todos los *tax rulings*, los que restringen su impacto a nivel nacional tienen una importancia limitada para otras jurisdicciones. Además, recuerda que la prohibición de ayudas de Estado sigue vigente, así como la necesidad de que estas le sean comunicadas previamente.

referencia a una «transacción o una serie de transacciones». Esta concreción se debe al hecho de que el *ruling* o APA pueda afectar a más de una operación específica. Sobre todo, por el hecho de tener en cuenta actuaciones estrictamente nacionales que estén inmediatamente relacionadas con otra operación anterior o posterior de la que sí se pueda predicar el componente transfronterizo. El acuerdo tributario previo, pese a desarrollarse única y exclusivamente dentro de una jurisdicción, podría tener un impacto en la forma en que se aplique dicho *ruling* en el conjunto de operaciones relacionadas, que sí podrían favorecer actuaciones de elusión fiscal internacional. Este sería el problema, por ejemplo, si una sociedad recibiera un APA sobre la valoración de una transacción entre dos sociedades vinculadas de una única jurisdicción que localizara el grueso del beneficio empresarial en una de ellas<sup>60</sup>. Si posteriormente aquella sociedad que ha obtenido un mayor beneficio transfiriera la renta a otra sociedad transfronteriza dando lugar a una erosión de la base fiscal, el acuerdo previo, con aparente impacto nacional, estaría alcanzando efectos internacionales. Por ello, la inclusión del término «serie de transacciones» nos lleva a pensar que los acuerdos con estos efectos transfronterizos, pese a ser indirectos, también deberían ser intercambiados. Lo contrario implicaría la posibilidad de que a través de complejas estructuras societarias y de transacciones nacionales e internacionales se pudiera eludir esta obligación de intercambio de información.

La directiva fundamenta este componente transfronterizo en que alguna de las partes de la operación tenga residencia fiscal en un Estado diferente al que formula el *ruling*, especificando supuestos concretos<sup>61</sup>. Además, incluye una cláusula general en el apartado d) afirmando que se considerarán como tales las «transacciones o series de transacciones (que) tienen un efecto transfronterizo». Este cajón de sastre muestra una clara intención de evitar que un exceso de concreción pueda implicar que se puedan quedar fuera de la obligación de intercambio *rulings* que afecten a otras jurisdicciones.

No obstante, debemos hacer una puntualización. Estamos de acuerdo con que el potencial elusivo de un *tax ruling* para realizar actuaciones de BEPS o de planificación fiscal agresiva es muy reducido en los acuerdos previos con efectos estrictamente nacionales. Esta idea se refuerza con el hecho de que el efecto transfronterizo pueda derivarse no de la operación concreta sino de la «serie de transacciones» que hemos comentado anteriormente. Sin embargo, debemos recor-

<sup>60</sup> Por ejemplo, podemos citar el documento en que la Comisión Europea explica el caso Amazon, en el que la sociedad Amazon EU Sarl transfería gran parte de su beneficio a una sociedad *holding* también establecida en Luxemburgo que era transparente a efectos de la normativa de EE. UU. y que impedía la aplicación de las reglas *CFC*. Esa transferencia de beneficio de una empresa a otra se daba a través de una transacción de propiedad intelectual, propiedad de la *holding*, en la que se establecía un precio muy superior al que resultaría de la aplicación del criterio de *arm's length*. Este precio estaba confirmado por la existencia de un *transfer pricing agreement* concedido por Luxemburgo y que, si nos ceñimos a su carácter estrictamente nacional, podría quedar fuera del ámbito de aplicación de esta directiva y no ser compartido con el resto de Estados miembros. Comisión Europea, C(2014) 7156 final, de 7 de octubre de 2014, *State aid SA.38944 (2014/C) – Luxembourg*, págs. 10 y ss.

<sup>61</sup> Es claro que la amplitud de la terminología usada, «otra jurisdicción», no restringe el carácter transfronterizo a situaciones entre Estados miembros, sino que también podrá darse en situaciones en que el componente internacional se dé con países terceros. En este sentido, VAN STAPPEN, D.; OEPEN, W. y MOLLA, E.: «Mandatory Automatic...», *op. cit.*, pág. 11.

dar que la acción 5 del Plan BEPS estableció una obligación genérica de intercambio de todos los *rulings* que pudieran causar problemas de BEPS. En este sentido, consideramos que la directiva podría haber establecido una cláusula similar en el requisito del impacto internacional del acuerdo, no haciendo referencia únicamente al «efecto transfronterizo» sino también a aquellos supuestos de *tax rulings* con impacto nacional que, simplemente, pudieran tener un «interés» para otra jurisdicción; por ejemplo, fijando la obligación de compartir un APA de efectos internos con la jurisdicción de la matriz de las sociedades involucradas<sup>62</sup>. La exclusión, no obstante, da lugar a que cualquier posible envío de este tipo de acuerdos deba realizarse según el procedimiento de intercambio espontáneo regulado en el artículo 9 de la Directiva 2011/16/UE, que, como hemos comentado, adolece de uno de los efectos que el intercambio automático y generalizado quiere evitar: la apreciación discrecional del Estado concedente del acuerdo sobre su interés para otra jurisdicción. Entendemos que debería haberse incluido una cláusula adicional de intercambio automático para acuerdos sin efecto transfronterizo pero con interés para otras jurisdicciones, si bien limitando el número de destinatarios a dichos Estados miembros involucrados<sup>63</sup>. Así habría una obligación mayor de transparencia que alcanzara a supuestos remotos que pudieran escapar de este intercambio automático por no tener un efecto transfronterizo directo o aparente<sup>64</sup>.

#### 4.1.4. Contenido susceptible de intercambio

La Comisión Europea, cuando analizó la necesidad de introducir un sistema de intercambio automático de *tax rulings*, dedicó especial atención al contenido que debía ser compartido, considerando tres opciones distintas. La primera fue la de compartir información detallada de cada acuerdo. Esta fue, sin embargo, rechazada, ya que se consideró que no era conveniente inundar a las Administraciones tributarias con información cuando estas, en caso de albergar dudas después de acceder a un resumen del acuerdo, siempre podrían solicitar mayor profundidad sobre los datos intercambiados. La segunda alternativa, opuesta a la primera, fue la de compartir una

<sup>62</sup> La intención no es otra que la de evitar la construcción de estructuras societarias en que transferencias nacionales puedan desvirtuar los efectos y la transparencia que pretende alcanzar la directiva.

<sup>63</sup> Esta crítica también la formuló el Parlamento Europeo, que calificó la disposición adoptada por el Consejo como «decepcionante» y lo tildó de «pérdida de una gran oportunidad» para incrementar la transparencia en materia fiscal. Las críticas del Parlamento Europeo se basan en tres aspectos: El primero de ellos es el que estamos tratando, pues afirman que hubiera sido deseable no limitar el intercambio de acuerdos a aquellos que tengan efectos transfronterizos: «*Limited scope* - MEPs would prefer the directive to apply to all tax rulings, not just "cross border rulings and advance pricing arrangements", given that purely national transactions can also have cross-border effects. The Council made the directive's scope "cross-border only"». Los otros dos puntos que critica el Parlamento Europeo son el papel reducido que se da a la Comisión Europea, que trataremos posteriormente, y la escasez de efecto retroactivo respecto del intercambio: <<http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20151022IPR98803/council-deal-on-automatic-exchange-of-tax-rulings-is-a-%E2%80%9Cmissed-opportunity%E2%80%9D>>.

<sup>64</sup> Quizás también se hubiera podido alcanzar este mismo resultado si se hubiera afirmado que dicho efecto transfronterizo fuera «directo o indirecto/mediato», lo que permitiría incorporar *tax rulings* nacionales pero con posible impacto mediato en otras jurisdicciones.

información mínima por cada *ruling*, limitada a cinco elementos<sup>65</sup>. La alternativa por la que se decantó la Comisión fue la intermedia: compartir los datos clave del acuerdo pero acompañados de un breve resumen del mismo. Su argumento fue la necesidad de incrementar la efectividad del intercambio, ya que facilitaría al resto de Estados miembros la apreciación de si estaban afectados por el *ruling* y mejoraría la transparencia. Además, aunque consideró que esta opción aumentaba la carga administrativa, esta se vería compensada con la menor solicitud de información detallada que vendría de aquellos países que no supieran si les implicaba el acuerdo o no.

La directiva adoptó la propuesta de la Comisión. En el apartado 6 del artículo 8 bis se detallan los elementos clave que han de ser compartidos (sujetos involucrados y grupo, fechas de aplicación, tipo de acuerdo, descripción de criterios, etc.), así como un «resumen del contenido del acuerdo [...] que incluya una descripción de la actividad empresarial o las transacciones o series de transacciones pertinentes en términos abstractos, que no constituya divulgación de un secreto [...]». Sin embargo, ahí no queda todo. El apartado 10 del mismo artículo establece la posibilidad expresa de que los Estados miembros receptores puedan solicitar, no solo información adicional, sino el texto completo del acuerdo. Por ello, hemos de manifestar nuestra aceptación del criterio adoptado por la Comisión y por la directiva, ya que permite una transparencia total respecto a este tipo de actos tributarios<sup>66</sup>.

Sin embargo, y pese a la posibilidad de requerir el documento final, es posible que existan casos en que siga existiendo la necesidad de un mayor detalle, dado que los propios *tax rulings* en cuestión son bastante reducidos y parcos y las justificaciones pueden ser genéricas o poco desarrolladas. Por ejemplo, si accedemos a los firmados por Luxemburgo con Skype en 2010 o Amazon en 2011, podemos observar que el primero cuenta solo con 5 páginas de contenido escueto, y que el segundo, si no contamos el anexo con las cuentas anuales de la empresa y de accionistas, no llega a 10 páginas<sup>67</sup>. Así, si el propio acuerdo alcanzado es escaso en detalles y criterios

<sup>65</sup> SWD (2015) 60 final..., *op. cit.*, pág. 42: 1. La identificación del contribuyente y, cuando fuera conveniente, del grupo al que pertenece. 2. El tipo de cuestión tratada en el acuerdo. 3. El criterio usado para la determinación del precio de transferencia en caso de APA. 4. La identificación de los Estados miembros que pudieran verse afectados por el acuerdo. 5. La identificación de cualquier otro sujeto pasivo que pudiera estar afectado por el acuerdo.

<sup>66</sup> Hay que tener en cuenta que tanto en la exposición de motivos como en el contenido de información que ha de ser intercambiado se hace referencia a la necesidad de evitar la divulgación de secretos comerciales, industriales o profesionales. Esta cláusula ya estaba presente en la Directiva 2011/16/UE antes de la reforma que estamos tratando, concretamente en su artículo 17.4, que indica que un Estado miembro podrá denegar «la comunicación de información en caso de que ello suponga la divulgación de un secreto comercial, industrial o profesional, de un procedimiento comercial, o de una información cuya divulgación sea contraria al interés público». Así, si bien el contenido del intercambio automático debe haberse elaborado teniendo en cuenta dicha previsión de no divulgación de información sensible para la empresa (apdo. b del nuevo art. 8 bis.6), nada se dice expresamente respecto del supuesto de requerimiento, a través del artículo 5 de la Directiva 2011/16/UE (relativo al intercambio previa solicitud), del *ruling* completo. Por ello, entendemos que a dicha petición resulta de aplicación el citado artículo 17.4, y que la transparencia absoluta que implica compartir el texto del acuerdo firmado debe compaginarse con la protección de los datos empresariales sensibles del contribuyente.

<sup>67</sup> Información obtenida en <<https://www.ijc.org/project/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database>>, web que muestra datos de la citada filtración de *tax rulings* conocida como *luxleaks*.

aplicados, entendemos que el resumen podrá ser de menor utilidad y que los *pull* de información ocurrirán con frecuencia no solo para conocer el acuerdo alcanzado, sino para pedir información a las Administraciones tributarias concedentes acerca de los criterios sobre los que hayan sustentado el *ruling* concedido. Esta reflexión, no obstante, va más allá del campo de actuación de la armonización fiscal de las instituciones de la Unión, recayendo en la responsabilidad fiscal de los Estados miembros y en el rigor de sus administraciones.

#### 4.2. UN INTERCAMBIO MASIVO, GENERALIZADO E INCONDICIONAL

Si hemos de destacar un aspecto en que la acción de la Unión Europea en materia de intercambio de *tax rulings* ha mejorado la propuesta de la acción 5 del Plan BEPS, es en la generalidad de destinatarios y el carácter incondicional del envío de información.

En primer lugar, observamos como el procedimiento insertado en el nuevo artículo 8 bis no hace depender la obligación de compartir los acuerdos comentados de ningún tipo de apreciación por parte del Estado miembro que hubiera otorgado dicho *ruling*. De hecho, este había sido el principal problema de la herramienta con que se había intentado promover la transparencia en este ámbito. Hasta la introducción de la Directiva 2015/2376/UE, la posibilidad de que un país de la Unión recibiera datos sobre un *tax ruling* emitido por otra jurisdicción dependía de que esta última entendiera que se daba alguno de los supuestos del artículo 9 de la Directiva 2011/16/UE, que regula el intercambio espontáneo de información. Dicha norma introducía cinco supuestos bajo los que un Estado debería enviar datos a otro, casos que se refieren a distintos problemas BEPS que podrían acontecer en la jurisdicción que recibiría la información. No obstante, la apreciación de la existencia de tales circunstancias y, con ello, la iniciativa o «*push*» del envío de la información, correspondía al Estado emisor del acuerdo. Hay que tener en cuenta que los Estados miembros no contaron únicamente con los parámetros establecidos por el artículo 9, sino que también se aprobó un Modelo de Instrucción que regulaba este intercambio, estableciendo criterios y directrices para ello<sup>68</sup>. Sin embargo, los resultados, como ya hemos comentado anteriormente, fueron profundamente insatisfactorios<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Nos referimos a la *Model Instruction for the Spontaneous Exchange of Cross-border rulings and unilateral advance transfer pricing agreements*, emitido por el Comité de Cooperación Administrativa para Fiscalidad (TAXUD D2, documento CACT n.º 36), el 13 de noviembre de 2013. En este modelo de instrucción, que solo es accesible al público parcialmente, se afirmaba la importancia de la efectividad de este intercambio, que debería basarse en la propia experiencia de los trabajadores de las distintas administraciones tributarias de los Estados miembros para conocer los datos relevantes para la liquidación tributaria. El Modelo de instrucción partía de las definiciones de *tax ruling* y acuerdo sobre precio de transferencia dadas por el Código de Conducta, y llega a aportar ejemplos de *rulings* que cumplirían con los supuestos establecidos en el artículo 9 de la Directiva de 2011. Junto a estos ejemplos, también establece las exigencias que deben cumplir las administraciones de los Estados miembros para satisfacer estas obligaciones (formación específica para los que otorguen estos acuerdos sobre cómo intercambiarlos y qué información compartir, medidas para facilitar el envío electrónico, etc.), estableciendo también el nivel mínimo de detalle que se debía compartir para cada acuerdo.

<sup>69</sup> La propia Directiva 2015/2376/UE afirma en su disposición de motivos, considerandos 3 y 4, que esta facultad de apreciación de los Estados miembros ha sido la que ha hecho fracasar la obligación de intercambio espontáneo de información del artículo 9 de la Directiva 2011/16/UE.

La opción que ofreció la OCDE solucionaría en gran medida el problema que se dio en la Unión Europea. Para cinco clases de *tax rulings* o APA, ciertamente los más relevantes dentro de las actuaciones de planificación fiscal agresiva o de la elusión fiscal, no habría capacidad de apreciación alguna y, de ser emitidos por un Estado, deberían ser comunicados a los países que determina, para cada tipo, la acción 5. Sin embargo, pese a cubrir los acuerdos previos de mayor importancia, la existencia de una cláusula genérica de intercambio de todos los *rulings* que puedan causar «problemas de BEPS» demuestra que no se contemplan todos, y que para los que sean diferentes de las tipologías especificadas seguirá necesitándose una valoración discrecional del Estado que lo haya otorgado.

Toda esta situación viene superada con la regulación introducida por la directiva. La nueva normativa no establece condiciones ni somete el intercambio al potencial elusivo de la falta de transparencia, y tampoco lo constriñe a una tipología concreta de acuerdo previo. Es indiferente el tipo de *ruling* que se haya alcanzado o su contenido, pues si cumple los requisitos comentados en el apartado anterior, deberá ser objeto de intercambio. El otorgamiento de un *tax ruling* o APA con efecto transfronterizo por un Estado miembro genera, por sí mismo, la obligación de compartir dicha información. Esta directiva elude, por tanto, el requisito de que la información tenga carácter «pertinente» para la Administración tributaria receptora. Este criterio de utilidad previsible de la información para proceder al intercambio o, como establece el artículo 26.1 del Modelo de Convenio OCDE, la «pertinencia previsible», ha sido tradicionalmente criterio básico en el intercambio internacional de información. Como vemos, el Plan BEPS ya lo ha tenido en cuenta al establecer, con base en ese posible interés previsible, los Estados destinatarios de la información respecto de los *rulings* sobre los que se establece el intercambio incondicionado. La directiva, sin embargo, va más allá, ya que al generalizar el envío a todo acuerdo previo con efectos tributarios y al establecer como destinatarios a la totalidad de los Estados miembros, está sustituyendo este criterio de «pertinencia» para el receptor por el de «transparencia absoluta» entre Estados miembros<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> Este criterio de «pertinencia previsible» vino a sustituir al de «necesidad» en el artículo 26 del MC OCDE. Respecto a dicho requisito de «necesidad», este deriva de un doble condicionante: en primer lugar, que la información resulte jurídicamente relevante y, en segundo lugar, conlleva la exigencia de que se hayan usado todas las fuentes internas de información antes de realizar solicitudes de información, que como afirma FERNÁNDEZ MARÍN, es deducción del principio de subsidiariedad que rige en la asistencia mutua tributaria y el intercambio de información. FERNÁNDEZ MARÍN, F.: «El intercambio de información...», *op. cit.*, págs. 23-25 y FERNÁNDEZ MARÍN, F.: «Límites al intercambio de información de las administraciones tributarias de los Estados miembros», en COLLADO YURRITA, M. A. (dir.), PATÓN GARCÍA, G. y SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E. (coords.), *Intercambio Internacional de Información Tributaria: Avances y Proyección Futura*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 112-127. Sin embargo, el Comentario al artículo 26 del Modelo de Convenio OCDE en su párrafo 5 reduce la importancia de este cambio, al afirmar que «El estándar de "pertinencia previsible" trata de que se intercambie información en materia tributaria en la medida más amplia posible y, al mismo tiempo, trata de precisar que los Estados no pueden "echar las redes" con total libertad o pedir información de dudosa pertinencia respecto de los asuntos fiscales de un contribuyente dado. Los Estados contratantes pueden acordar una redacción alternativa de este estándar que esté en consonancia con el alcance del artículo (por ejemplo, sustituyendo "previsiblemente pertinente" por "necesaria" o "pertinente")». SÁNCHEZ LÓPEZ ha criticado este cambio pues afirma que «no añade nada nuevo en relación con la información susceptible de intercambio, pareciendo acentuar, más bien, la indeterminación de los datos objeto de aportación al otro Estado». SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E.: *El intercambio de información tributaria entre Estados*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pág. 28. Por su parte, NOCETE CORREA y MERINO ESPINOSA afirman que aun no resolviendo los problemas de indeterminación de los datos que pueden ser objeto de transmisión entre varios Estados, este cambio ha conseguido una regulación que es útil para

Así, con esta solución se acaba con la discrecionalidad de las Administraciones tributarias que emitan dichos acuerdos acerca del juicio de la relevancia o no de su envío<sup>71</sup>. Esta obligación incondicional tiene un doble efecto: por un lado, garantiza la transparencia a nivel comunitario, incrementando la eficacia de los mecanismos de intercambio, que consideramos que es el principal aporte de esta directiva. Por otro, no sirve únicamente como mecanismo contra el uso de *tax rulings* como instrumento BEPS, sino que tendrá valor también, aunque en menor medida, como herramienta que permite a los Estados miembros fiscalizar y controlar el tipo de acuerdos y de medidas que sus homólogos estén concediendo a determinados contribuyentes, cabiendo la posibilidad, como ha ocurrido en los casos antes citados, de que puedan ser considerados como ayudas de Estado contrarias al Derecho de la Unión Europea. La puesta a disposición de la información sobre los acuerdos previos puede generar sospechas al resto de Estados miembros de que puede ser susceptible de ser una ayuda de Estado. Así, entendemos que este intercambio generalizado e incondicional puede tener un efecto colateral de limitar el uso de estos acuerdos como medio de establecer privilegios selectivos proscritos por el TFUE<sup>72</sup>.

Si bien esta ausencia de discrecionalidad y de limitación del intercambio a determinados tipos de acuerdo es el gran avance de la directiva que estamos analizando, existe un elemento adicional que debemos comentar: la ampliación masiva de destinatarios. Como establece el artículo 8 bis.1, la obligación de enviar los acuerdos previos transfronterizos ha de cumplirse compartiéndolos con «todos los demás Estados miembros». Hay que tener en cuenta que dentro del contenido de información que ha de ser compartida, el país emisor debe ya determinar, de manera discrecional y sin criterio establecido alguno, qué otros Estados miembros pueden tener interés en el acuerdo. No obstante, esta puesta a disposición completa es la forma de solucionar posibles errores en esta apreciación y, además, fortalece la función secundaria de medida contra el uso de *tax rulings* para articular ayudas de Estado, ya que cualquier país de la Unión podrá analizar dicho acuerdo.

---

aquellos tipos de información en que no se pueda acreditar el cumplimiento del principio de subsidiariedad. NOCETE CORREA, F. J. y MERINO ESPINOSA, M. P.: «El objeto del intercambio internacional de información», en COLLADO YURRITA, M. A. (dir.), PATÓN GARCÍA, G. y SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E. (coords.), *Intercambio Internacional de Información Tributaria: Avances y Proyección Futura*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pág. 69. Hay que tener en cuenta que estos criterios tienen más sentido en el caso del intercambio de información bajo solicitud, ya que el intercambio espontáneo regulado en la Directiva 2011/16/UE o en el Plan BEPS establecen sus propios criterios para considerar pertinente el envío de información.

<sup>71</sup> La ausencia de mención a la existencia de reciprocidad por parte de otros Estados miembros implica que la obligación de intercambio de información es absoluta, y que si, como afirma MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, un Estado miembro no cumple con las obligaciones derivadas de la Directiva, la Comisión Europea deberá iniciar un expediente por infracción, pero no tendrá efectos sobre las obligaciones del resto de Estados miembros de proporcionar dicha información. MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A.: «Nuevas obligaciones de intercambio de información en materia de "tax rulings"», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n.º 1, 2015, pág. 4 (versión web).

<sup>72</sup> Hay que tener en cuenta que, como hemos afirmado anteriormente, no se va a extender la obligación de intercambio automático a los acuerdos que no tengan efectos transfronterizos. Con ello se limita la fiscalización completa de las ayudas de Estado que puedan ser concedidas a través de *tax rulings* o APA. No debemos olvidar que el objetivo de este procedimiento de intercambio de información no es provocar que los Estados miembros se conviertan en vigilantes de las actuaciones de los otros, sino conocer el trato fiscal que se dé a empresas para evitar que resulte en pérdidas de recaudación y en conductas BEPS.

La utilidad del envío al conjunto de países es no tener que atender a reglas como las establecidas en la acción 5 del Plan BEPS, que determinan los Estados que han de recibir la información, y que podría darse el caso de que dejaran fuera a alguna jurisdicción interesada en recibir los datos del *ruling*. Es evidente que una cláusula así solo es posible dentro de la Unión Europea, pues no sería factible a nivel internacional que la globalidad de *tax rulings* fueran enviados a todos los países del planeta.

Por último, hemos de referirnos a otro destinatario del nuevo sistema de intercambio automático de información: la Comisión Europea. El artículo 8 bis establece que el mandato de envío de *tax rulings* debe incorporar como destinatario al organismo europeo, pero con restricciones. El apartado 8 de dicho artículo limita el contenido que se compartirá con la Comisión, no habiendo obligación de enviarle el detalle del sujeto pasivo al que se aplica ni a otros a los que puede afectar (porque podría permitir identificar el sector económico del solicitante y desvelar su identidad), ni, sobre todo, el resumen del *ruling* y de los criterios utilizados en las APA. Esta regulación difiere de la que propuso la propia Comisión, que no restringía la información que le sería suministrada a meros elementos básicos de control de la efectividad del intercambio. Como afirma la exposición de motivos de la directiva, la función de la Comisión debe limitarse a «supervisar y evaluar [...] la aplicación efectiva del intercambio de información»<sup>73</sup>.

Las razones de esta limitación no están del todo claras. Por un lado, podría pensarse que los Estados miembros quieren evitar que la Comisión tenga conocimiento inmediato de todos los *tax rulings* de forma inmediata, sin necesidad de tener que ejercer las atribuciones que posee y por las que podría obtenerlos, y proceda a revisar la legalidad y el respeto con la prohibición de ayudas de Estado de todos y cada uno de los acuerdos realizados. Con la regulación aprobada, deberá ser el resto de países de la Unión el que vigile el correcto hacer de las Administraciones tributarias de sus socios comunitarios, no incrementándose la transparencia con el encargado de valorar dicha corrección<sup>74</sup>. Si esta fuera la justificación nos parecería del todo inapropiada, por no ser función de los Estados miembros sino el de la Comisión analizar la legalidad de estos acuerdos, y por incrementar la carga administrativa de los Estados receptores de información. Una segunda posibilidad es el miedo a que el envío de estos acuerdos a la Comisión Europea pudiera dar lugar a su revelación a otras jurisdicciones de terceros países debido a convenios internacionales que haya firmado la Unión. Esta circunstancia se agravaría si, además, no existiera una efectiva

<sup>73</sup> Considerando 14 de la Directiva 2014/2376/UE.

<sup>74</sup> Este motivo lo plantea también el Parlamento Europeo, cuando comentando la decisión de la Comisión Europea sobre los *tax rulings* a Fiat y Starbucks afirmó que estos eran, precisamente, los motivos por los que la Comisión Europea debía tener capacidad para acceder a estos acuerdos y para investigar posibles conductas calificables como ayudas de Estado, llegando incluso a plantearse la pregunta retórica de si los Estados miembros querían esconder datos a la Comisión: <<http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20151022IPR98803/council-deal-on-automatic-exchange-of-tax-rulings-is-a-%E2%80%9Cmissed-opportunity%E2%80%9D>>.

Esta cuestión ha sido repetida por el Parlamento Europeo en las Recomendaciones del Comité Especial sobre *Tax Rulings* sobre *Fairer Corporate Taxes*: <<http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20151023IPR99008/fairer-corporate-taxes-special-committee-on-tax-rulings-votes-recommendations>>.

reciprocidad de los terceros países que recibieran dichos *rulings* por parte de la Comisión<sup>75</sup>. En todo caso, si se pretende avanzar en la integración fiscal comunitaria, así como en el buen funcionamiento del mercado interior, no parece adecuado que el papel de la Comisión Europea se limite a realizar estadísticas y a velar por la efectividad del intercambio<sup>76</sup>.

#### 4.3. PROCEDIMIENTO, PLAZOS DEL INTERCAMBIO Y EFICACIA RETROACTIVA

A diferencia del mecanismo planteado por la OCDE y del vigente en la Unión Europea hasta la reforma que estamos tratando, el sistema de intercambio de acuerdos previos con efectos transfronterizos entre Estados miembros será automático<sup>77</sup>. El valor añadido que proporciona este carácter es la previsibilidad y certidumbre del momento de recepción de la información, que deberá ser compartida de manera «sistemática a intervalos regulares fijados con anterioridad»<sup>78</sup>. Con-

<sup>75</sup> Así lo afirma LUJA cuando afirma que la construcción de una base de datos de *tax rulings* sería interesante siempre que estos se compartieran únicamente con las jurisdicciones que tuvieran una base de datos similar y actuaran recíprocamente con la Unión Europea: «Should an EU-wide tax ruling database be established, the EU should be careful when exchanging such information with its main trading partners without any means to ensure actual reciprocity. For example, if the other trading partner does not have an adequate ruling database for his own domestic purposes it will normally not be required to gather that information for the specific purpose of exchanging it with the EU». LUJA, A.: «EU State Aid Law and National Tax Rulings», Parlamento Europeo, Dirección General de Política Interna, IP/A/TAXE/2015-02, 2015, pág. 16. VAN STAPPEN, D.; OEPEN, W. y MOLLA, E.: «Mandatory Automatic...», *op. cit.*, pág. 12, enuncian que esta podría ser la causa de limitar el intercambio de *tax rulings* a la Comisión Europea: «Could it perhaps be that actual EU Commission knowledge of certain information would trigger (undesired) disclosure obligations towards third states under international agreements concluded by the European Union?».

<sup>76</sup> Nuevo artículo 8 *ter* de la Directiva 2011/16/UE.

<sup>77</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ hace referencia a esta distinción, afirmando que deben tenerse en cuenta las consecuencias de un intercambio automatizado: fundamentalmente la necesidad de tener un estándar común de envío y de una infraestructura que deriva del uso regular de estos instrumentos. Así, parece apuntar a que se trata de un marco más plausible en la Unión Europea que a nivel internacional, donde es el conjunto de convenios internacionales el que tiene que servir de base legal para estas obligaciones de intercambio de *tax rulings*. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: «La competencia...», *op. cit.*, pág. 421. LAMPREAVE MÁRQUEZ afirma que esta diferencia se debe a que la «OCDE entiende que tanto el intercambio automático como el intercambio espontáneo son igualmente eficaces y la Unión Europea se ha posicionado a favor del intercambio automático de información fiscal». Estamos de acuerdo con la autora en posicionarnos a favor del carácter automático del intercambio, aunque como hemos venido analizando, consideramos que la principal mejora respecto del régimen de la directiva no es la automatización del envío, sino la incondicionalidad y la generalización de destinatarios. LAMPREAVE MÁRQUEZ, P.: «Eliminar...», *op. cit.*, pág. 218, donde también pone en duda que algunas de las administraciones tributarias de los Estados miembros estén preparadas para este tipo de intercambio. De manera similar, CALDERÓN CARRERO y QUINTAS SEARA afirman que la UE ha superado el consenso alcanzado por BEPS en esta materia. CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: «Una aproximación al concepto de "planificación fiscal agresiva" utilizado en los trabajos de la OCDE», *RCyT. CEF*, n.º 394, 2016, pág. 66.

<sup>78</sup> Encontramos la definición en el nuevo artículo 3.9 de la Directiva 2011/16/UE: «"intercambio automático": la comunicación sistemática a otro Estado miembro de información preestablecida, sin solicitud previa, a intervalos regulares fijados con anterioridad».

cretamente, el artículo 8 bis.5 de la Directiva de cooperación administrativa establece que los *tax rulings* y APA que se consideren dentro los acuerdos de intercambio obligatorio deberán ser enviados «en el plazo de tres meses a partir del final del semestre del año natural durante el cual se hayan formulado, modificado o renovado». Los plazos se han relajado respecto de la propuesta de la Comisión, que era realizar el intercambio en el plazo de un mes a partir del fin del trimestre en que se hubiera firmado el acuerdo concreto<sup>79</sup>.

Con la redacción definitiva, los Estados miembros tienen la certeza de que en el primer y tercer trimestre del año recibirán la información relativa a este intercambio de acuerdos tributarios. No creemos que la ampliación del plazo a tres meses suponga un menoscabo de la transparencia que genera esta directiva, y parece un plazo razonable para que se desarrollen dichas tareas administrativas en los distintos Estados miembros. Junto con esta unificación de los plazos, la directiva y su posterior desarrollo también han proporcionado un formato único para proceder al intercambio<sup>80</sup>. El formato documental e informático se encuentra en el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2378<sup>81</sup>, y se basa en la utilización de la Red Común de Comunicación (CCN) como instrumento electrónico de envío de datos. Junto con esta armonización de las herramientas con las que ejecutar el envío, la Directiva 2014/2376/UE introduce también un nuevo artículo 21.5 en la Directiva de cooperación administrativa donde se encomienda a la Comisión crear un directorio central para los Estados miembros con respecto a este nuevo procedimiento automático antes de final de 2017<sup>82</sup>.

Hasta ahora hemos hablado siempre de *tax rulings* y APA cuya formulación, modificación o renovación haya de acontecer con posterioridad a la entrada en vigor de esta directiva y del mecanismo de intercambio automático. Este enfoque ha sido deliberado, ya que hemos procurado abordar el funcionamiento del sistema, sus aciertos y carencias sin tener en cuenta el momento en que se realizara el acuerdo a intercambiar. Sin embargo, la directiva extiende esta obligación también de manera retroactiva a determinados acuerdos que hubieran sido emitidos con anterioridad

<sup>79</sup> COM(2015) 135 final, de 18 de marzo de 2015, Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad, pág. 12.

<sup>80</sup> La propia Directiva 2014/2376/UE añadió un apartado 5.º al artículo 20 de la Directiva 2011/16/UE («Formularios normalizados y formatos electrónicos»), donde encomendaba a la Comisión Europea la adopción de un formulario normalizado, incluidas las disposiciones lingüísticas, para el intercambio del artículo 8 bis, antes del 1 de enero de 2017.

<sup>81</sup> Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2378 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2015, por el que se establecen disposiciones de ejecución de determinadas normas de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1156/2012.

<sup>82</sup> La implementación de las tecnologías de la información en la aplicación de los tributos y en la cooperación administrativa internacional está permitiendo un avance sin precedentes en la transparencia fiscal y en la asistencia mutua internacional. En este sentido se ha pronunciado OWENS, J.: «Moving Towards Better Transparency and Exchange of Information on Tax Matters», *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, n.º 11, 2009, pág. 557. En el caso de la Unión Europea, este directorio central podrá hacer más rápido e inmediato el acceso a la información de otros países así como el cumplimiento de estas obligaciones, reduciendo la carga administrativa que conllevan estos procesos.

a la introducción de esta norma. La razón, de acuerdo con la exposición de motivos, es «aprovechar los beneficios del intercambio automático y obligatorio». En otras palabras, dado el fracaso de la obligación de intercambio espontáneo de información y los escándalos provocados por *LuxLeaks*, existe una desconfianza palmaria entre los Estados miembros que debe ser solventada respecto de actuaciones pasadas que puedan seguir erosionando sus bases fiscales<sup>83</sup>. Además, la nueva presidencia de la Comisión Europea, puesta en entredicho por dicha filtración documental, era consciente de que se habían realizado ayudas de Estado a través de estas herramientas.

Por ello, realizó una propuesta drástica: obligación de intercambiar todos los *tax rulings* firmados en los últimos 10 años y que siguieran siendo válidos en esa fecha, plazo coincidente con el periodo máximo para la recuperación de ayudas de Estado consideradas ilegales<sup>84</sup>. El requisito de que fueran acuerdos con efectos en vigor parece querer dirigir los efectos a evitar que sigan provocando un traslado de beneficios entre Estados miembros, y no solo la recuperación de las ayudas ilegales pasadas. Con el requisito de que se trate de acuerdos que tengan aún efectos, la Comisión pretendía dirigir este procedimiento a cortar de raíz la opacidad presente sobre dichos acuerdos y las conductas elusivas o erosivas que puedan estar generando en la actualidad.

No obstante, la fórmula aprobada difiere de las pretensiones de la Comisión, sobre todo, porque permite a los Estados miembros excluir el envío de acuerdos anteriores al 1 de abril de 2016 si el grupo al que se hubiera otorgado, cuando no se dedicara a actividades financieras o de inversión, tuviera un volumen neto de negocios inferior a 40 millones de euros en el año anterior. Además, también reduce el periodo de aplicación retroactiva, y establece la obligación de compartir los acuerdos «formulados, modificados o renovados en los cinco años anteriores al 1 de enero de 2017»<sup>85</sup>. Sin embargo, elimina la necesidad de que sigan teniendo efectos en la actualidad para los formulados entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2016, y respecto a los formulados anteriormente, en 2012 y 2013, se condiciona el intercambio a que siguieran siendo válidos el 1 de enero de 2014<sup>86</sup>.

Las intenciones del Consejo parecen claras: restringir el intercambio retroactivo a grandes multinacionales que hayan podido acceder a acuerdos que permitan una menor tributación, o deter-

<sup>83</sup> Estamos de acuerdo con la afirmación de TORREGROSA CARNÉ cuando dice que «los diferentes sistemas de intercambio de información no deben entenderse como antagónicos y excluyentes los unos respecto de los otros, sino más bien como fórmulas complementarias que se interrelacionan entre sí». Sin embargo, el hecho de automatizar el intercambio general de *tax rulings* nos parece un acierto, dado que aporta mayor certeza que los intercambios espontáneos y permitirá a las administraciones fiscales receptoras de la información planificar sus actuaciones inspectoras de acuerdo con los plazos de recepción de dichos datos. TORREGROSA CARNÉ, M. D.: «El intercambio de información tributaria en el marco de la Unión Europea», *Impuestos*, n.º 5, 2014, pág. 2 (versión web).

<sup>84</sup> COM(2015) 135 final, propuesta de artículo 8 bis.2.

<sup>85</sup> El nuevo plazo elegido no es casual. Como afirma el documento de trabajo de la Comisión, dicho periodo de cinco años es coincidente con el periodo normal de validez de los acuerdos sobre precios de transferencia, con lo que esta regulación abarcaría la gran parte de estos. SWD (2015) 60 final..., *op. cit.*, pág. 54.

<sup>86</sup> Artículo 8 bis.2 de la Directiva 2011/16/UE.

minadas transacciones a valores que hayan trasladado los beneficios de unos Estados miembros a otros. No obstante, restringir la necesidad de validez actual sí es susceptible de generar cuestiones adicionales a las que propuso la Comisión, que estaba más interesada en incrementar la transparencia presente y futura. Los Estados miembros conocerán los acuerdos tributarios bajo los que han sido gravadas las grandes multinacionales durante los últimos años. Esto permitirá que los países que hayan podido sufrir problemas BEPS puedan actuar para corregir conductas elusivas o erosivas de tales grandes contribuyentes e, incluso, podrían llegar a producirse denuncias ante la Comisión por ayudas de Estado. En conclusión, la redacción definitiva no pretende únicamente eliminar la opacidad a futuro, sino que los Estados miembros puedan controlar los acuerdos que han otorgado sus vecinos en los últimos años sobre la tributación de las grandes compañías y actuar en consecuencia.

#### 4.4. UNA EXCEPCIÓN CONTRAPRODUCENTE: LA EXCLUSIÓN DE LOS ACUERDOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA CON PAÍSES TERCEROS

Del análisis hecho hasta ahora podría parecer que el ámbito de aplicación del nuevo procedimiento de intercambio automático es completo y carente de fisuras, ya que utiliza una definición general y amplia del concepto de *tax ruling*, de APA y de efecto transfronterizo. Nada más lejos de la realidad. La Directiva 2015/2376/UE ha establecido una excepción que restringe el espectro de acuerdos que han de ser intercambiados, conforme a su undécimo considerando, «por razones de seguridad jurídica».

El artículo 8 bis.3 de la Directiva 2011/16/UE incluye una exclusión de la obligación de envío de información para los «acuerdos previos bilaterales o multilaterales sobre precios de transferencia celebrados con terceros países [...] cuando el convenio fiscal internacional en cuyo contexto se negoció el acuerdo previo sobre precios de transferencia no permita su comunicación a terceros». Parece lógico pensar que debía incorporarse algún tipo de cláusula que permitiera a los países de la Unión respetar los compromisos de confidencialidad alcanzados en tratados y convenios internacionales con otros países. Por ello, esta excepción no afecta a todos los *tax rulings* que tengan impacto en países terceros, sino únicamente a los APA bi- o multilaterales otorgados conjuntamente por (al menos) un Estado miembro y un país tercero, que son los acuerdos susceptibles de estar amparados por la preeminencia de dichos tratados internacionales.

No obstante, esta exclusión nos merece una doble crítica. La primera se refiere a la forma en que se ha formulado y articulado. En el supuesto en que el convenio con el país tercero impida su intercambio, deberá compartirse con el resto de Estados miembros una información diversa: se pondrán a su disposición determinados datos que se extraigan de «la solicitud que dio lugar a la formulación de tales acuerdos»<sup>87</sup>. Esta información, aunque pueda permitir conocer que un suje-

<sup>87</sup> Concretamente la misma información a que se refiere el artículo 8 bis.6 de la Directiva de cooperación administrativa que, como hemos visto anteriormente, establece el contenido que debe intercambiarse de cada acuerdo previo con efecto transfronterizo.

to específico ha solicitado un *ruling*, difícilmente podrá servir para que el Estado receptor tenga una idea clara de cómo está tributando ni del acuerdo que se ha alcanzado.

El retroceso fundamental, sin embargo, lo encontramos en el caso opuesto, aquel en que el tratado «en cuyo contexto se negoció el acuerdo previo permita su divulgación, y la autoridad competente del tercer país autorice la divulgación de la información». El problema que encontramos es que la autorización para intercambiar el acuerdo de precios de transferencia no da paso, como parecería lógico, a su envío automático siguiendo el procedimiento que hemos comentado. Por el contrario, se da un paso atrás, y se establece que deberán ser compartidos de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Directiva 2011/16/UE. Esto conlleva que, pese a que existe la posibilidad de solicitar autorización para intercambiar todos, se devuelve al Estado miembro otorgante el poder de apreciación discrecional sobre el interés que puede tener ese APA para alguno (o varios) del resto de Estados miembros<sup>88</sup>. De la lectura del artículo no se deriva de forma clara, aunque sí parecería razonable, que fuera la percepción de estar ante alguno de los supuestos de intercambio espontáneo lo que debe dar lugar, por parte de la Administración tributaria del Estado miembro, a la solicitud de autorización a la análoga del país tercero y no al revés (primero solicitar autorización de todos los APA bilaterales y después analizar si se deben compartir). El resultado, sin embargo, es idéntico al *statu quo* que esta directiva pretendía modificar: compartir este tipo de acuerdos requiere del cumplimiento de determinadas condiciones cuyo cumplimiento deberán determinar los Estados miembros otorgantes de dichos acuerdos<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> De hecho, podría plantearse que esta adición es poco más que una especificación de la posibilidad ya contenida en el artículo 24 de la Directiva 2011/16/UE respecto del intercambio de información con terceros países. Recordemos que esta establece, en su apartado 1, que «Cuando la autoridad competente de un Estado miembro reciba de un tercer país información que, previsiblemente, guarde relación con la administración y aplicación del Derecho interno de dicho Estado miembro relativo a los impuestos a que se refiere el artículo 2, podrá, en la medida en que esté autorizado en virtud de un acuerdo suscrito con ese tercer país, facilitarla a las autoridades competentes de los Estados miembros a los que pueda resultar de utilidad y a cualquier autoridad requirente». Si consideráramos los APA bilaterales con terceros países información con interés fiscal recibido de dicho tercer país, se podría haber considerado que este artículo 24 debería haber conducido al intercambio de dichos acuerdos a los Estados miembros interesados. La principal diferencia que establece el nuevo mecanismo es que, en el artículo 24 se establece una posibilidad («podrá facilitarla»), mientras que en el artículo 8 bis afirma la obligación de intercambio espontáneo bajo las causas del artículo 9. No obstante, y como estamos comentando, el avance que se produce respecto del artículo 24 no es completo, dado que estamos tratando una directiva en la que se promueve el intercambio incondicional y automático de información, no el espontáneo.

<sup>89</sup> Así, si alguno de los Estados miembros que han sido condenados por el TJUE por haber concedido ayudas de Estado por APA que escondieran beneficios selectivos quisiera seguir otorgando acuerdos de precios de transferencia similares, en los casos en que se involucrara a un país no de la Unión Europea, realizar el APA de manera bilateral impediría al resto de Estados miembros conocer su contenido, limitando posibles denuncias a la Comisión o actuaciones antielusivas que limitarían el beneficio para dicha empresa. Por ejemplo, recordemos parte del caso Starbucks (no consideramos la vertiente del *royalty* porque el Estado de destino era el Reino Unido, país de la Unión Europea). Los Países Bajos concedieron un *ruling* por el que Starbucks Manufacturing (sociedad que recibe todo el beneficio de la sociedad para sus operaciones en Europea, Oriente Medio y África) transfería parte de su beneficio a la filial establecida en Suiza (Starbucks Coffee Trading SARL), que le proveía de las semillas de café, a través de una elevación artificial del precio por encima del principio de *arm's length*. Si los Países Bajos otorgaran un nuevo APA, y existiera

En nuestra opinión, esta solución nos parece un paso atrás. Siendo razonable la necesidad de cumplir con las obligaciones internacionales preexistentes, no debería haberse otorgado de nuevo facultad de apreciación discrecional a los Estados miembros sobre el intercambio. De recibirse la autorización de la administración del país tercero, el intercambio debería haberse ejecutado bajo el nuevo procedimiento del artículo 8 bis. Además, debería haberse impuesto una obligación de solicitud de este permiso para todos los nuevos acuerdos que se formularan, modificaran y renovar, así como para los que exista la obligación de intercambio retroactiva que hemos comentado.

La segunda crítica que se puede realizar a esta excepción es de naturaleza más general respecto a la actuación unilateral de la Unión Europea, y ha de realizarse teniendo en consideración también las propuestas del Plan BEPS. Ya hemos repetido nuestro desacuerdo con la exclusión de los acuerdos sobre precios de transferencia bilaterales por parte de la acción 5, ya que su conocimiento podría ser de gran interés para otros países, como el de residencia de la matriz de la sociedad. Incluso admitiendo que el intercambio fuese espontáneo y no automático, la normativa europea estaría yendo más allá que la propuesta OCDE, que los ignora<sup>90</sup>. Sin embargo, sí habría sido interesante, como mínimo, establecer un envío no sujeto a la apreciación discrecional, sino con destinatarios fijos, como hace la acción 5 para el resto de APA.

El razonamiento que queremos formular, sin embargo, no es de carácter de legalidad, sino de oportunidad. Esta excepción, que fue introducida por el Consejo, pues nada establecía la propuesta de la Comisión al respecto, no parece ajena a la premura que ha tenido la Unión Europea por hacer un marco de transparencia de manera unilateral. El interés por tomar la iniciativa en esta cuestión posiblemente tuvo el incentivo originado por la presión social generada por los escándalos de ayudas de Estado y de planificación fiscal agresiva acontecidos en la Unión, que habían salpicado a altos dirigentes comunitarios.

Dicha anticipación obliga a establecer esta cláusula que contenga la posibilidad de que los terceros Estados se nieguen a que se intercambie información aprobada por su Administración tributaria, ya que la verdadera implementación del Plan BEPS todavía queda lejos de estar completa en cuestiones como las de la acción 5. Hasta que no sepamos más sobre el desarrollo e implementación real de este intercambio de información en la Convención Multilateral sobre asistencia administrativa en materia fiscal, de los avances del Foro de Precios de Transferencia

---

duda acerca de su legalidad, acordarlo bilateralmente con Suiza (siempre que el convenio bilateral contuviera la confidencialidad de estos acuerdos, claro está), le permitiría adoptarlo de forma opaca, pudiendo esconder su contenido al resto de Estados miembros.

<sup>90</sup> La existencia del conflicto entre las normas internacionales y de la Unión Europea deberá resolverse atendiendo a la cláusula que permita un intercambio de mayor alcance (*wider-ranging provisions of assistance*) y «si ambas disposiciones permitieran la transmisión de datos objeto de intercambio, debe emplearse aquella cláusula que otorga mayores garantías de secreto tributario en el Estado receptor de la información». Por ello, aunque el Plan BEPS excluya este intercambio, la posibilidad de intercambio espontáneo que establece la directiva prevalece frente a la prohibición anterior. CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Intercambio de información y asistencia mutua»..., *op. cit.*, pág. 761. Véase también SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E.: *El intercambio...*, *op. cit.*, pág. 15.

y los verdaderos efectos de los controles sobre estos, o de la posible incorporación de cláusulas de transparencia sobre estos acuerdos, aún muy minoritarios, en la negociación de los convenios de doble imposición, no estaremos en disposición de saber si la introducción de esta exclusión en el artículo 8 bis.3 puede erigirse como una vía de escape que siga permitiendo actuaciones de planificación fiscal agresiva.

## 5. CONCLUSIONES

Es necesario avanzar en el intercambio de información tributaria a nivel internacional si queremos garantizar la subsistencia del modelo impositivo tradicional que conocemos hasta ahora, basado en convenios internacionales que dividen la tributación entre Estado de residencia y de la fuente. Los avances que se han producido en el seno de la OCDE y de la Unión Europea en esta materia han de ser recibidos con satisfacción, pues van en la línea correcta de garantizar una transmisión de datos que permita la correcta aplicación de los tributos y combatir prácticas de elusión fiscal internacional.

El progreso alcanzado en el intercambio de *tax rulings* es especialmente relevante, dado el mal uso que se les ha venido dando por parte de determinados Estados. La obligación de compartir estos acuerdos (sea de manera automática o espontánea) ha de servir para que los Estados perjudicados por conductas de elusión fiscal puedan reaccionar de acuerdo con su normativa interna y proteger sus bases fiscales. El hecho de que los Estados que puedan verse afectados por un *tax ruling* vayan a tener conocimiento de su contenido, y su potencial reacción en consecuencia, deberá servir de desincentivo a las empresas –y a los países otorgantes– para articular medidas de elusión fiscal mediante estos acuerdos. Este incremento de transparencia es un requisito ineludible para volver a dotar de legitimidad a los acuerdos tributarios previos –así como para que la Unión Europea recupere credibilidad internacional–, que deben volver a responder a su verdadera razón de ser: aportar seguridad jurídica a los agentes económicos, que no deben ser susceptibles de un uso perverso como mecanismos de elusión fiscal.

Si bien las medidas propuestas por la OCDE o la Directiva de la Unión implican un gran avance, ambas son susceptibles de mejora. Entendemos que tanto el carácter automático del intercambio como la generalización masiva de destinatarios son aspectos únicamente susceptibles de aplicación en la Unión Europea, pues sería poco realista pensar que los acuerdos tributarios previos hubieran de ser compartidos a todos los países del globo. Sin embargo, el modelo introducido en la directiva sí supone una mejora sustancial respecto del propuesto por el Plan BEPS en un aspecto: la restricción de los acuerdos que han de ser compartidos y el no sometimiento del intercambio a condiciones en ningún caso (como el de ser susceptibles de generar problemas BEPS). El principal avance del régimen establecido en la UE es que elimina la discrecionalidad de los países concedentes respecto a la conveniencia del envío, cuestión que había hecho fracasar el sistema de intercambio espontáneo que existía anteriormente. Idéntica solución debería haberse articulado a nivel de la OCDE. Si bien el Plan BEPS establece una gran variedad de acuerdos

que habrán de intercambiarse con destinatarios específicos, no debería haberse introducido una cláusula de cierre de apreciación discrecional, sino haber articulado reglas concretas que delimitaran los países afectados para el resto de acuerdos posibles (por ej. intercambio con el país de la matriz o de otras empresas vinculadas con alto porcentaje de participación).

No obstante, no hay que creer que la Directiva 2015/2376/UE es infalible y presenta un marco sin fisuras. Como hemos desarrollado, existen varias restricciones de la transparencia de estos acuerdos que pueden ser contraproducentes para el objetivo de la directiva. Por un lado, la exclusión de los acuerdos «estrictamente nacionales» podría haberse omitido para casos de sociedades multinacionales o con la matriz en otro Estado miembro. Consideramos también criticable la degradación del intercambio de aquellas APA bilaterales con terceros países. Si bien es razonable establecer un cauce que permita a los Estados miembros cumplir sus compromisos internacionales de confidencialidad, no encontramos adecuado rebajar el carácter del intercambio, de automático e incondicional, a espontáneo y limitado a los supuestos marcados por la directiva. Esta rectificación por parte del Consejo de la propuesta de la Comisión, por tanto, nos parece desacertada. Debería haberse introducido la obligatoriedad de la solicitud de autorización al país tercero para proceder al intercambio, que, de poderse realizar, debería seguir los mismos cauces y condiciones creados para el resto de *tax rulings* y APA.

Del mismo modo, también nos parece criticable el papel residual que se otorga a la Comisión Europea. Como hemos comentado, no todos los *tax rulings* que puedan tener efectos elusivos podrán ser considerados selectivos. El intercambio de información es la herramienta adecuada para luchar contra el uso incorrecto de estas resoluciones, y no únicamente los procedimientos contra ayudas de Estado. Por ello, creemos que la Comisión podría haber tenido un papel fundamental identificando desequilibrios y posibilidades de elusión entre Estados miembros si se le hubiera permitido acceder, siquiera parcialmente, al contenido de los acuerdos intercambiados. Mientras esperamos pacientemente si se producen nuevos avances en tributación sobre sociedades (la Comisión afirma que la BICCIS eliminaría los *tax rulings* perjudiciales<sup>91</sup>), el camino a seguir en la Unión Europea, así como en la OCDE, ha de ser profundizar en la transparencia fiscal y en el intercambio de acuerdos tributarios, impedir que se usen en la articulación de estructuras elusivas, y que se permita a los países afectados proteger su recaudación de la explotación de discordancias entre las normativas tributarias de los distintos Estados.

<sup>91</sup> COM(2016) 682 final, de 25 de octubre de 2016, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Establecimiento de un sistema de imposición de las sociedades equitativo, competitivo y estable para la UE*, pág. 8.

## Bibliografía

- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2000]: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, CEF, Madrid.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «Intercambio de información y asistencia mutua», en CARMONA FERNÁNDEZ, N.: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea 2014*, Wolters Kluwer CISS, Madrid.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A. [2016]: «Una aproximación al concepto de "planificación fiscal agresiva" utilizado en los trabajos de la OCDE», *RCyT*. CEF, n.º 394.
- FERNÁNDEZ MARÍN, F. [2006]: *El intercambio de información como asistencia tributaria externa del Estado de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERNÁNDEZ MARÍN, F. [2011]: «Límites al intercambio de información de las administraciones tributarias de los Estados miembros», en COLLADO YURRITA, M. A. (dir.), PATÓN GARCÍA, G. y SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E. (coords.), *Intercambio Internacional de Información Tributaria: Avances y Proyección Futura*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- LAMPREAVE MÁRQUEZ, P. [2016]: «Eliminar las prácticas fiscales abusivas reforzando la transparencia y la sustancia», en RAMOS PRIETO, J. (coord.), *Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- LASARTE ÁLVAREZ, J. [2014]: «La competencia fiscal en el ámbito europeo. Una aproximación a la luz de las limitaciones de las normas de los Tratados sobre armonización y coordinación fiscal», en RAMOS PRIETO, J. (dir.), *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, Aranzadi, Cizur Menor.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. [2016]: «La competencia fiscal perjudicial en el Proyecto BEPS», en RAMOS PRIETO, J. (coord.), *Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios: Estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- LUJA, A. [2015]: «EU State Aid Law and National Tax Rulings», Parlamento Europeo, Dirección General de Política Interna, IP/A/TAXE/2015-02.
- MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A. [2015]: «Nuevas obligaciones de intercambio de información en materia de "tax rulings"», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n.º 1.
- MARTÍNEZ GINER, L. A. [2012]: «El intercambio de información en la Unión Europea a la luz de la Directiva 2011/16/UE sobre cooperación en el ámbito de la fiscalidad: aspectos novedosos», en COLLADO YURRITA, M. A. y MORENO GONZÁLEZ, S. (coords.), *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, Atelier, Barcelona.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M. [2013]: *Competencia fiscal e imposición indirecta en la Unión Europea*, CEF, Madrid.
- MERINO ESPINOSA, M. P. y NOCETE CORREA, F. J. [2011]: «El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses», *Crónica Tributaria*, n.º 139.
- NOCETE CORREA, F. J. y MERINO ESPINOSA, M. P. [2011]: «El objeto del intercambio internacional de información», en COLLADO YURRITA, M. A. (dir.), PATÓN GARCÍA, G. y SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E. (coords.), *Intercambio Internacional de Información Tributaria: Avances y Proyección Futura*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

OWENS, J. [2009]: «Moving Towards Better Transparency and Exchange of Information on Tax Matters», *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, n.º 11.

PISTONE, P. [2013]: «Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic», *Bulletin for International Taxation*, vol. 67 n.º 4-5.

ROMERO FLOR, L. M. [2014]: «Las diferentes etapas normativas del intercambio de información entre administraciones tributarias», en GARCÍA PRATS, F. A., *Intercambio de Información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

ROSEMBUJ, T. [2004]: *Intercambio internacional de información tributaria*, Edicions de la Universidad de Barcelona, Barcelona.

SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E. [2009]: *El intercambio de información tributaria entre Estados*, Editorial Bosch, Barcelona.

– [2015]: «La función armonizadora de los mecanismos de intercambio de información», *La Ley Unión Europea*, n.º 27.

TORREGROSA CARNÉ, M. D. [2014]: «El intercambio de información tributaria en el marco de la Unión Europea», *Impuestos*, n.º 5.

TOVILLAS MORÁN, J. M. [2013]: «La dimensión aplicativa de la Directiva comunitaria de intercambio de información tributaria», *Quincena Fiscal*, n.º 10.

VAN STAPPEN, D.; OEPEN, W. y MOLLA, E. [2016]: «Mandatory Automatic Exchange of Information on Tax Rulings: Political Agreement Reached in ECOFIN Council», *International Transfer Pricing Journal*, vol. 23, n.º 1.

## CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS DE LAS APORTACIONES COLECTIVAS SIN REMUNERACIÓN: ¿DONACIÓN O COMPRAVENTA?

**María del Mar Soto Moya**

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Málaga*

---

### EXTRACTO

Para poder determinar las implicaciones tributarias que las diferentes tipologías de *crowdfunding* conllevan para los sujetos intervinientes, es imprescindible establecer cuál es la naturaleza jurídica de las operaciones que estos realizan. Una de las mayores dificultades radica en la incardinación de las aportaciones sin remuneración financiera en las figuras contractuales de la donación o la compraventa. Son muchas las ocasiones en las que la delimitación de la operación como uno u otro negocio no resulta sencilla, e incluso, dentro de una misma actuación pueden concurrir las dos modalidades de *crowdfunding* sin remuneración: donaciones y recompensas. A través del presente trabajo se tratará de acotar la delgada línea que, en ocasiones, separa a ambas tipologías para, posteriormente, establecer los efectos tributarios que, tanto para los promotores como para los aportantes, tienen las aportaciones colectivas sin remuneración.

**Palabras clave:** aportaciones colectivas; donaciones; recompensas; tributación.

---

*Fecha de entrada: 01-02-2017 / Fecha de aceptación: 06-03-2017 / Fecha de revisión: 23-06-2017*

## TAX CONSEQUENCES OF COLLECTIVE CONTRIBUTIONS WITHOUT REMUNERATION: DONATION OR PURCHASE?

María del Mar Soto Moya

---

### ABSTRACT

In order to determine the tax implications that the different typologies of crowdfunding entail for the parties involved, it is essential to establish the legal nature of the operations they carry out. One of the greatest difficulties lies in the incardination of contributions without financial remuneration in the contractual figures of the donation or the purchase and sale. In many cases, the delimitation of the operation as one or another business is not easy, and even, within a single action, the two modalities of crowdfunding without remuneration can appear: donations and rewards. Through the present work it is tried to delimit the thin line that, in occasions, separates to both typologies, for subsequently, to establish the tax effects that, for both promoters and contributors, have collective contributions without remuneration.

**Keywords:** collective contributions; donations; rewards; taxation.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Aportaciones colectivas a título lucrativo realizadas a través de plataformas electrónicas
  - 2.1. La naturaleza jurídica del *crowdfunding* sin contraprestación
  - 2.2. Efectos fiscales del *crowdfunding* donaciones para la persona que impulsa el proyecto
  - 2.3. Efectos tributarios para los aportantes en el *crowdfunding* donaciones
3. Aportaciones colectivas a cambio de una recompensa o contraprestación: ¿deben tratarse como una compraventa?
  - 3.1. Características del *crowdfunding* basado en recompensas
  - 3.2. Diferencias de tributación para los promotores de proyectos de *crowdfunding* con recompensa
  - 3.3. Efectos tributarios para los aportantes que reciben una contraprestación
4. A modo de conclusión

### Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Las dificultades de financiación que tanto empresas como personas físicas han atravesado en la última década han propiciado la utilización de fuentes de financiación alternativas al crédito bancario. Entre las mismas debe destacarse la financiación colectiva a través de plataformas electrónicas o *crowdfunding*; figura que ha experimentado un crecimiento exponencial en los últimos años, tanto a nivel internacional como en nuestro país.

El funcionamiento del *crowdfunding* comporta la relación entre el promotor del proyecto que requiere financiación y los aportantes, que contribuyen a la misma. La puesta en contacto de los participantes se realiza a través de una plataforma electrónica que facilita que personas que *a priori* no tienen ningún tipo de conexión, puedan ser parte de un proyecto conjunto.

El fenómeno estudiado, por su atipicidad, no resulta de fácil encuadre en una sola figura jurídica. Por esta razón, la financiación colectiva se va a bifurcar en dos ramas bien diferenciadas con motivo de la posible contraprestación que pudiera llegar a existir para el aportante, teniendo, cada una de las clases, una naturaleza jurídica distinta.

El *crowdfunding* en su origen comenzó siendo una forma de mecenazgo, más concretamente de micromecenazgo, que posteriormente ha ido adaptándose a otras figuras jurídicas ya existentes en nuestro ordenamiento, como pueden ser la compraventa o el préstamo, si bien con las particularidades señaladas y siempre con base en una ciberplataforma que favorece la transacción.

En primer lugar, habrá que tener en cuenta si la financiación colectiva tiene como objeto la inversión para la obtención de una rentabilidad o, por el contrario, si la misma se realiza por otras razones, como puede ser el reconocimiento. Con base en esta diferenciación, pueden establecerse ya dos grandes clases de *crowdfunding*: aquel que supone una inversión con retorno económico o financiero y aquella aportación de la que no se espera retorno alguno o que el mismo no sea monetario.

Tomando en consideración estas distinciones, surgen, asimismo, dos subtipos de cada una de ellas, ya que si no hay ninguna clase de contraprestación o la misma es intangible, estaríamos ante una verdadera donación, y en caso de que la hubiera, sería esta una recompensa. Si lo que se produce es una inversión financiera, esta puede tener también dos variantes: la compra de acciones o participaciones o bien tomar la forma de un préstamo.

Con base en estas características, en la actualidad se ha llegado al consenso sobre la existencia de cuatro modalidades fundamentales de *crowdfunding*: donaciones, recompensas, préstamos y participación en el capital. La clasificación jurídica de las diferentes modalidades va a

venir determinada por las relaciones existentes entre los promotores y los aportantes del proyecto de *crowdfunding*, que son las que van a delimitar las consecuencias jurídicas de las operaciones, tanto en el ámbito civil y mercantil, como en el relativo a los efectos tributarios. Debe tenerse en cuenta que la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (en adelante, Ley 5/2015), que es la primera normativa aprobada en nuestro país en materia de *crowdfunding*, solo ha regulado las modalidades de préstamo y participación en el capital.

Dependiendo de las características concretas de cada operación, nos encontraremos con una figura distinta, e incluso, en ocasiones, las líneas que las delimitan pueden verse difuminadas, originándose más de un tipo en el seno de cada procedimiento. Por ello, la correcta determinación de la naturaleza jurídica de este tipo de actividades resulta imprescindible, ya que de la incardinación de cada una de las operaciones en una u otra figura jurídica dependerán después los gravámenes o, en su caso, beneficios fiscales, que puedan ser aplicables a los promotores o aportantes de los proyectos, aspectos que, en muchos casos, por la cuantía económica que pueden suponer, no resultan ser un asunto baladí.

La mayor problemática para precisar la naturaleza de las operaciones y, por ende, su tributación surge en el seno del *crowdfunding* sin remuneración (aquellos casos en los que o bien no hay recompensa, o la misma no es consecuencia de una inversión financiera), es decir, las modalidades de donación y recompensa. Son algunos los autores que entienden que la diferencia entre ambas modalidades es inexistente, ya que la intencionalidad de los aportantes es en todo caso coadyuvar a la exitosa finalización del proyecto, y no la obtención de la contraprestación. Nuestra opinión, sin embargo, es la contraria, ya que en muchas ocasiones la operación de *crowdfunding* constituye una verdadera preventa, por lo que su tributación no puede ser otra que la relativa a una compraventa, si bien habrán de tenerse en cuenta las especificidades de cada operación para determinar si se trata de una donación, de una compraventa o, incluso, de ambas.

## 2. APORTACIONES COLECTIVAS A TÍTULO LUCRATIVO REALIZADAS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS

### 2.1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CROWDFUNDING SIN CONTRAPRESTACIÓN

Las primeras actuaciones de financiación colectiva se realizaron por personas que aportaron una cantidad económica a un determinado proyecto sin recibir nada a cambio, es decir, donando un dinero sin contraprestación. Si el *crowdfunding* nace de la voluntad de los individuos de ayudar a otras personas, su razón de ser es idéntica a la de una donación. Como indica DÍEZ- PICAZO «a través de ellas se realiza el espíritu de la filantropía o el buen deseo de favorecer a los demás»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, Civitas, 2010, pág. 193.

Esta modalidad hoy en día se sigue utilizando en numerosas plataformas, sobre todo en relación a proyectos de ONG y Entidades del Tercer Sector, ya que se trata de una figura idónea para la consecución de los objetivos pretendidos por parte de este tipo de asociaciones, si bien esta clase de *crowdfunding* puede utilizarse con diferentes finalidades y por distintos promotores<sup>2</sup>.

El artículo 618 de nuestro Código Civil establece que «la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta». Teniendo en cuenta esta definición, en el supuesto de la financiación de un proyecto sin que exista contraprestación para la persona que aporta dicha financiación más allá de la satisfacción moral o el reconocimiento, podemos afirmar que nos encontramos ante una verdadera donación, ya que, en nuestra opinión, se cumplen en esta figura todas las características de esta institución jurídica, puesto que:

- Se trata de un acto de liberalidad, ya que por parte del donante existe voluntad de enriquecer a la otra parte, sin esperar una contraprestación a cambio de ese enriquecimiento<sup>3</sup>. Sin embargo, que exista esa intención de donar, esa aceptación del negocio jurídico de la donación por parte del aportante en el *crowdfunding* no significa que toda aportación tenga que ser en todo caso desinteresada. La donación puede realizarse por distintas motivaciones personales, que pueden ir desde la simple generosidad a la proyección de una determinada imagen al exterior. Y es que, en determinadas ocasiones, sobre todo en los casos en los que los posibles aportantes tengan una imagen pública o se trate de empresas, la aportación puede venir motivada por razones de marketing o publicitarias, no suponiendo este hecho, en nuestra opinión, que el negocio jurídico que se presenta deje de ser una donación.
- Es un acto gratuito, por inexistencia de la citada contraprestación. Como expresan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN «la característica que distingue la donación de los otros contratos gratuitos, es el empobrecimiento patrimonial que sufre el donante y el correlativo enriquecimiento del patrimonio del donatario. En el resto de contratos gratuitos falta la nota del empobrecimiento, ya que del activo del patrimonio de quien realiza el acto liberal (depósito, mandato, préstamo) no sale ningún bien ni derecho»<sup>4</sup>.
- Es un acto de disposición, ya que al transferirle un derecho el donatario se enriquece, mientras que el donante se empobrece.

<sup>2</sup> El objetivo de los individuos que aportan financiación no es en ningún caso la obtención de contraprestación, sino el deseo personal de apoyar un proyecto que, de alguna manera, resulta significativo para los mismos. Como ejemplo de este tipo de *crowdfunding* pueden resaltarse las campañas de restauración de edificios que están comenzando a proliferar en los últimos años. La restauración de la fachada de la catedral de Santiago o el Monasterio de Pedralbes han sido algunas de las iniciativas puestas en marcha dentro de la tipología de *crowdfunding* donaciones con esta finalidad.

<sup>3</sup> Así lo indica la STS de 31 de mayo de 2006 (rec. núm. 4103/1999), que establece que «la donación es un negocio jurídico por el cual una persona, por voluntad propia, con ánimo de liberalidad (*animus donandi*), se empobrece en una parte de su patrimonio en beneficio de otra que se enriquece en el otorgamiento».

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. II (Tomo 2): Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, 2012, pág. 335.

- Se trata de un acto entre vivos, condición que ya establecía SAVIGNY, cuando indicaba la necesidad de que se verificara este punto, entendiéndose que en el caso de que alguna de las partes no estuviera viva, el negocio jurídico pasaría a ser el de una sucesión<sup>5</sup>.

Teniendo en cuenta estas características, estaríamos ante una verdadera donación *inter vivos*, si bien para la realización de la misma se utiliza un elemento nuevo, la plataforma electrónica, a través de la cual el donatario anuncia su proyecto, teniendo a través de la misma fuente el donante constancia del mismo<sup>6</sup>. En cuanto a la forma de este tipo de donación, no se requiere en principio ninguna formalidad, si bien en caso de tratarse de un bien inmueble deberá cumplirse lo estipulado en el artículo 633 del Código Civil para las donaciones de bienes inmuebles. Y es que, pese a que en la mayoría de las ocasiones lo transmitido en la donación va a ser una cantidad dineraria, puede ocurrir que lo que se done sea un bien inmueble, por lo que la donación deberá regirse por lo establecido en las normas civiles.

En concreto, y sobre todo a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007 (rec. núm. 5281/1999 [NCJ045422]), toda donación de un bien inmueble debe adecuarse al artículo 633, siendo su incumplimiento motivo de nulidad radical del negocio, por lo que si el bien donado en una campaña de *crowdfunding* es un bien inmueble, tendrá que realizarse la escritura pública correspondiente<sup>7</sup>.

Por todo lo demás, esta figura jurídica se conforma de idéntica manera a cualquier otra donación *inter vivos*, pero eso sí, delimitándose dos obligaciones fundamentales y que han de ser cumplidas por el promotor del proyecto: en primer lugar, la utilización efectiva de los fondos recaudados en el proyecto anunciado a través de la plataforma electrónica y, en segundo lugar, el cumplimiento de la entrega del obsequio al aportante, por nimio que fuere, en caso de haberse comprometido a ello.

Entendemos, por lo tanto, que la tipología de *crowdfunding* donaciones queda regulada, en sus aspectos civiles, siempre que se realice a título lucrativo, por lo establecido en los artículos 618 y siguientes del Código Civil, clasificación que no solo va a tener relevancia en el ámbito de la posible revocación de la donación, sino también, como se verá, en relación con la aplicación de determinados beneficios fiscales para el promotor del proyecto<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Así lo recoge DÍEZ-PICAZO al determinar las condiciones necesarias para la existencia de la donación, en DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil...*, op. cit., pág. 194.

<sup>6</sup> Las plataformas más importantes a nivel mundial en esta tipología de *crowdfunding* son Indiegogo y Kickstarter, cuya fundación se produjo en los años 2007 y 2009 respectivamente, financiando hasta el momento más de 150.000 proyectos de este tipo.

<sup>7</sup> Tal y como indica CASTAÑOS CASTRO «El Tribunal Supremo parece tenerlo más claro que nunca: quiere darle a la forma la importancia que tiene cuando estamos ante un contrato formal como es la donación. Incumplir el requisito formal contemplado en el reiterado artículo 633 del C.c. será motivo de nulidad radical del negocio, sin necesidad de que tenga que venir acompañado de otra u otras razones para cobrar la suficiente entidad», CASTAÑOS CASTRO, P.: «La forma en la donación de bienes inmuebles», *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: Desafíos actuales del Derecho*, Eumednet, 2014.

<sup>8</sup> Nos referimos, en concreto, a la normativa reguladora del sector no lucrativo y del mecenazgo, que exige determinados requisitos en la donación para la aplicación de ciertas deducciones.

## 2.2. EFECTOS FISCALES DEL CROWDFUNDING DONACIONES PARA LA PERSONA QUE IMPULSA EL PROYECTO

En virtud de la caracterización otorgada a esta tipología de *crowdfunding*, el régimen jurídico aplicable será el genérico establecido para las donaciones, más aún cuando la propia Ley 5/2015, en su artículo 46.2 a), deja fuera de su ámbito de aplicación a las plataformas de financiación participativas en las que la financiación captada por los promotores se realice a través de donaciones, por lo que les será aplicable el régimen general establecido para las mismas, que se conforma principalmente por lo establecido en el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, Ley 34/2002)<sup>9</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT), que ha determinado que «en tanto en cuanto las cantidades a recibir lo sean sin contraprestación, tendrán la consideración de operaciones de carácter lucrativo, por lo que, al tratarse de una persona física, resultará aplicable el impuesto sobre sucesiones y donaciones...»<sup>10</sup>.

En lo que respecta al ámbito tributario, la norma general reguladora de las donaciones es la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, LISD), si bien, y pese a que el impuesto sobre las donaciones se enmarca en la misma ley que el impuesto sobre sucesiones, en nuestro caso nos centraremos en el tratamiento de las transmisiones lucrativas *inter vivos*, ya que el objeto del presente trabajo es el análisis de los efectos fiscales asociados al *crowdfunding*, negocio jurídico que se realiza en todo caso *inter vivos*.

Además, en el supuesto del *crowdfunding* basado en donaciones, habrá que tener en cuenta otros tipos impositivos en función de si los agentes implicados son personas físicas o jurídicas, ya que el régimen fiscal establecido será diferente según se trate de uno u otro.

Así, en el tratamiento fiscal del donatario será aplicable el ISD en el caso de las personas físicas y el impuesto sobre sociedades si el promotor fuera una persona jurídica<sup>11</sup>, ya que, como

<sup>9</sup> Nos remitimos a la citada legislación ante la imposibilidad de su análisis exhaustivo en el presente trabajo, que pretende el estudio de los aspectos tributarios del negocio jurídico en cuestión.

<sup>10</sup> Consulta Vinculante V2831/2013, de 26 de septiembre (NFC049099), de la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos. La consultante es una trabajadora autónoma que plantea la posibilidad de utilizar como fuente de ingresos la solicitud de donaciones voluntarias a las personas que lean su blog (a través de internet) con la finalidad de contribuir a su mantenimiento. La DGT entiende que se trata de *crowdfunding* basado en donaciones, por lo que, al tratarse de una verdadera donación, se registrará por el ISD.

<sup>11</sup> El artículo 5 de la LISD establece que, en las donaciones y demás transmisiones lucrativas *inter vivos*, el donatario persona física que recibe la donación sin otorgar a cambio ninguna contraprestación, estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, por lo que, cuando el promotor del proyecto financiado a través de *crowdfunding* sea una persona física, tendrá que hacer frente al ISD. La ley excluye de esta forma a las sociedades de su ámbito de aplicación, quedando las personas jurídicas sometidas por transmisiones lucrativas al IS, tal y como se dispone en el artículo 3.2 de la citada ley.

es sabido, el promotor de una iniciativa de *crowdfunding* puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, debiendo, en este último caso, diferenciarse las entidades sin ánimo de lucro, que cuentan con un régimen específico con relación al resto de sociedades<sup>12</sup>.

Su tratamiento tributario va a ser diferente al dispuesto genéricamente para las sociedades, ya que si la entidad donataria no tiene ánimo de lucro, además de la normativa relativa a las personas jurídicas, deberá tenerse en cuenta la regulación recogida en la Ley 49/2002, que establece un régimen especial para las mismas. La justificación de esta singular regulación radica, tal y como expresa PEDREIRA MENÉNDEZ, en que a través del progreso en la obtención de sus fines, colaboran en la consecución de los principios rectores de la política social y económica contenidos en la Constitución<sup>13</sup>.

La mayor ventaja para las entidades sin fines lucrativos promotoras de proyectos de *crowdfunding* es la exención contenida en el artículo 6 de la ley, que establece que quedan exentas del IS las rentas derivadas de los donativos y donaciones recibidos para colaborar en los fines de la entidad, incluidas las aportaciones o donaciones en concepto de dotación patrimonial, en el momento de su constitución o en un momento posterior, y las ayudas económicas recibidas en virtud de los convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general, así como por los contratos de patrocinio publicitario a que se refiere la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad<sup>14</sup>.

Además, estarán parcialmente exentas del IS aquellas entidades sin ánimo de lucro que no estén incluidas en el título II de la Ley 49/2002, en los términos previstos en el capítulo XIV de la LIS. En concreto, el artículo 110.1 b) de la LIS se refiere a las rentas derivadas de adquisiciones y de transmisiones a título lucrativo, siempre que unas y otras se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> En muchas ocasiones, organizaciones o asociaciones vinculadas al Tercer Sector ponen en marcha campañas de *crowdfunding* para recaudar fondos que ayuden al cumplimiento de sus objetivos sociales. En la actualidad incluso algunos partidos políticos están financiando sus actividades electorales a través de *crowdfunding*.

<sup>13</sup> PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: «Propuestas para la reforma del sector no lucrativo: especial consideración del régimen aplicable a las fundaciones y el mecenazgo», *Quincena Fiscal*, n.º 11, 2015, pág. 64.

<sup>14</sup> Como es sabido, para que las entidades sin ánimo de lucro puedan disfrutar de las ventajas establecidas en la Ley 49/2002 es necesario que cumplan con una serie de requisitos, ya que las mismas no tienen un acceso automático por el simple hecho de carecer de fines lucrativos: que persiga un fin de interés general, que se destine un determinado porcentaje de sus rentas a ese fin, que no se desarrollen explotaciones económicas ajenas a sus fines, que los destinatarios principales de la actividad no sean parte de la entidad, y el cumplimiento de sus obligaciones formales y contables.

<sup>15</sup> Sobre este particular, UCELAY SANZ, I.: «Sujetos pasivos exentos y entidades parcialmente exentas. Guía del Impuesto sobre Sociedades», *CISS*, 1996; CRUZ AMORÓS, M.: «Las entidades parcialmente exentas del Impuesto sobre Sociedades: las entidades sin fin de lucro», en GALÁN RUIZ, J. (coord.), *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Civitas, 2006, y BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Cuestiones conflictivas de las exenciones subjetivas y entidades parcialmente exentas en el IS (Arts. 9, 120 a 122 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades)», *Quincena Fiscal*, n.º 4, 2011, págs. 107-140.

En caso de no ser aplicable la exención, o ser aplicable solo a determinadas rentas recibidas por la entidad, el resto de rentas tributarán según lo dispuesto en el artículo 29.3 de la LIS, que prevé un tipo reducido del 10%.

En el ámbito de la Hacienda local, la ley declara la exención del impuesto sobre bienes inmuebles para aquellos inmuebles que se declaren afectos al ejercicio de la actividad en el cuidado de los intereses generales, pero no para aquellos que estén vinculados al ejercicio de explotaciones económicas. La Ley 49/2002 establece asimismo exenciones en el impuesto sobre actividades económicas y en el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana<sup>16</sup>.

### 2.3. EFECTOS TRIBUTARIOS PARA LOS APORTANTES EN EL CROWDFUNDING DONACIONES

Las transmisiones lucrativas *inter vivos* que consisten en una cantidad dineraria, no son susceptibles de generar rendimientos en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), aunque sí deben tenerse en cuenta los posibles beneficios en aquellos casos en los que la donación se realice a favor de entidades sin ánimo de lucro. Por el contrario, cuando lo que se dona es un elemento no dinerario, sí puede generar una ganancia patrimonial<sup>17</sup>.

En concreto, la ganancia se valorará por la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión. En el caso de los bienes inmuebles, ha indicado la propia DGT en su Consulta Vinculante de 16 de octubre de 2007, que «por lo que se refiere a la existencia de una ganancia patrimonial para el donante con ocasión de la donación del inmueble, la transmisión del inmueble por parte del donante ocasiona una alteración en la composición de su patrimonio que varía el valor del mismo. Por tanto, se genera, de conformidad con el artículo 33 antes citado, una ganancia de patrimonio cuyo importe se determinará por la diferencia entre los valores de adquisición –que se determinará a partir del precio de compra– y de transmisión –que se determinará a partir del valor que resulte de la aplicación de las normas del ISD, sin que dicho valor pueda ser superior al valor de mercado»<sup>18</sup>.

Esto puede dar lugar a que se genere una situación en la que se someten a tributación tanto las donaciones en el beneficiario como las ganancias patrimoniales del donante, lo que sin duda es un motivo de desincentivación del *crowdfunding* donaciones. Si bien la propia DGT ha afirmado que este no es un supuesto que determine una doble imposición, entendemos que el perjuicio para el donante puede llegar a ser importante<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Artículo 15 de la Ley 49/2002.

<sup>17</sup> En cuanto a las posibles pérdidas, cabe señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.5 c) de la LIRPF, no se computarán como pérdidas patrimoniales las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades.

<sup>18</sup> Consulta Vinculante de la DGT V2192/2007, de 16 de octubre (NFC027720).

<sup>19</sup> La DGT, en su Consulta V1460/2006 de 11 de julio (NFC023236), estableció que «la doble imposición que podría generarse con motivo de la donación lo sería únicamente en sede del donatario, y, como se ha indicado anteriormen-

Aunque la ganancia patrimonial derivada de la transmisión lucrativa pueda suponer capacidad económica para el donante, este gravamen podría ser contrario a otros principios constitucionales elementales<sup>20</sup>. Esta cuestión ha llegado a calificarse por un sector doctrinal como contraria al principio de no confiscatoriedad. En este sentido se pronuncian autores como DEL BLANCO GARCÍA y SANZ ARCEAGA, que dudan de la constitucionalidad en los supuestos en los que el donante debe tributar por las ganancias patrimoniales y, a su vez, el beneficiario debe tributar por la donación<sup>21</sup>.

No es objeto del presente trabajo analizar en profundidad el principio constitucional de no confiscatoriedad, que además solo podría verse transgredido en determinados supuestos de *crowdfunding* donaciones. Por esta razón, únicamente nos limitaremos a señalar que la interdicción de la no confiscatoriedad podría llegar a ser vulnerada en el caso de que la donación genere una ganancia patrimonial<sup>22</sup>.

En otro orden de cosas, resulta interesante la referencia a los beneficios que la realización de este tipo de aportaciones puede conllevar para los donatarios. El *crowdfunding* donaciones puede coadyuvar a la financiación de entidades sin fines lucrativos, siendo un medio para la consecución de crédito, *ad exemplum*, por parte de las organizaciones pertenecientes al Tercer Sector. En aquellos casos en los que la entidad sea alguna de las establecidas en la Ley 49/2002, el donante se revela como un verdadero mecenas o micromecenas, pudiendo aplicarse las deducciones establecidas en la citada norma<sup>23</sup>. Así lo dispone el artículo 68.3 a) de la LIRPF, que establece, en su apartado b), que también será deducible el 10% de las cantidades donadas a las fundaciones legalmente reconocidas y a las asociaciones declaradas de utilidad pública distintas de las previstas en la Ley 49/2002. Esta regulación establece incentivos para los donantes. Los beneficios

---

te, esta doble imposición se evita declarando la no sujeción al impuesto sobre la renta de las personas físicas de la ganancia patrimonial generada en el donatario».

- <sup>20</sup> Debemos recordar en este punto que la capacidad económica no es, como recuerda MARTÍN DELGADO «el único parámetro de la justicia tributaria», ya que la propia Constitución española especifica que el sistema tributario habrá de inspirarse en «los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrá alcance confiscatorio», en «El control constitucional del principio de capacidad económica», en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, 1980, pág. 1.577.
- <sup>21</sup> Vid. DEL BLANCO GARCÍA, A. J. y SANZ ARCEAGA, E.: «El principio constitucional de no confiscatoriedad: la virtualidad práctica de un límite a la imposición difícil (pero no imposible) de aprehender», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2015, pág. 128.
- <sup>22</sup> Como ha establecido ESCRIBANO, el sistema tributario debe ser una manifestación del principio de solidaridad, y no un instrumento de cosificación, por lo que el sostenimiento de los gastos públicos no puede basarse en los efectos propios de la confiscación. Vid. ESCRIBANO, F.: «La prohibición de alcance confiscatorio del sistema tributario en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 142, 2009, pág. 420.
- <sup>23</sup> A las mismas se refiere el artículo 16 de la Ley 49/2002: a) Entidades sin fines lucrativos a las que sea de aplicación el régimen fiscal establecido en el título II de la citada ley (y al cual nos referimos en el capítulo anterior), b) El Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales, así como los organismos autónomos del Estado y las entidades análogas regionales y locales, c) Las universidades públicas y los colegios mayores adscritos a las mismas, d) El Instituto Cervantes, el Instituto Ramón Llull y las demás instituciones con fines análogos de las comunidades autónomas con lengua oficial propia, e) Los organismos públicos de investigación dependientes de la Administración general del Estado.

previstos en la misma se han visto aumentados recientemente por la LIS, cuya disposición final quinta ha modificado positivamente los artículos 19 y 20 de la Ley 49/2002.

En concreto, darán derecho a practicar las deducciones señaladas los donativos, donaciones y aportaciones irrevocables, puras y simples, realizadas a favor de las entidades beneficiarias del mecenazgo.

Además de la ley estatal, algunas comunidades autónomas han aprobado normativas específicas en materia de mecenazgo. Concretamente han de destacarse la Ley 3/2015, de 23 de marzo, por la que se regula el consumo cultural y el mecenazgo cultural, científico y de desarrollo tecnológico, y se establecen medidas tributarias, de las Islas Baleares, la Ley 9/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de impulso de la actividad y del mecenazgo cultural en la Comunitat Valenciana y la Ley Foral 8/2014, de 16 de mayo, Reguladora del Mecenazgo Cultural y sus incentivos fiscales en la Comunidad Foral de Navarra. Asimismo puede destacarse el Anteproyecto de Ley del Mecenazgo en Andalucía, cuya pretensión es contribuir al fomento y desarrollo de la cultura y del sector cultural en Andalucía, a través de incentivos en forma de reducciones del ISD (entre otros).

Una de las características de estas normativas es que se amplía el catálogo de donatarios más allá de los establecidos en el artículo 16 de la Ley 49/2002. Así, la normativa balear dispone que serán también beneficiarios las personas físicas o jurídicas con domicilio fiscal en las Islas Baleares que de forma habitual lleven a cabo actividades culturales, artísticas, científicas o de desarrollo tecnológico. Por su parte, la Comunidad Valenciana establece como beneficiarias a «empresas culturales con fondos propios inferiores a 300.000 euros, cuya actividad sea la cinematografía, las artes escénicas, la música, la pintura y otras artes visuales o audiovisuales, la edición o la investigación, siempre que se destinen al desarrollo de su actividad». En Navarra serán también beneficiarias las personas físicas con domicilio fiscal en Navarra que de forma habitual desarrollen actividades artísticas y cuyo importe neto de la cifra de negocios no haya superado los 200.000 euros en el año inmediatamente anterior.

Se amplía así el elenco de beneficiarios, incentivándose de forma efectiva las donaciones de carácter cultural y artístico en las normativas regionales los establecidos con carácter general, pudiendo aplicarse, siempre que las personas físicas o jurídicas que lo promuevan entren dentro de los parámetros establecidos, a los supuestos de *crowdfunding* donaciones.

El artículo 19 de la citada ley establece la deducción de la cuota íntegra del IRPF de los donantes, pudiendo deducir el resultado de aplicar a la base de la deducción correspondiente al conjunto de donativos, donaciones y aportaciones unos determinados porcentajes<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Esta deducción también es aplicable a los no residentes sin establecimiento permanente, ya que el artículo 21.1 de la Ley 49/2002 preceptúa que «Los contribuyentes del impuesto sobre la renta de no residentes que operen en territorio español sin establecimiento permanente podrán aplicar la deducción establecida en el apartado 1 del artículo 19 de esta ley en las declaraciones que por dicho impuesto presenten por hechos imposables acaecidos en el plazo de un año desde la fecha del donativo, donación o aportación. La base de esta deducción no podrá exceder del 10 por 100 de la base imponible del conjunto de las declaraciones presentadas en ese plazo».

En el caso de las aportaciones dinerarias, como no podía ser de otra manera, la base de la deducción será el importe de la donación. Si se trata de otros bienes o derechos, la base de la deducción será el valor contable que tuviesen en el momento de la transmisión y, en su defecto, el valor determinado conforme a las normas del impuesto sobre el patrimonio.

Así, para los primeros 150 euros de base, se determina un porcentaje de deducción que alcanza el 75 %, limitándose, sin embargo, a un 30 % para el resto de la base de deducción. Además, si en los periodos impositivos inmediatos anteriores se hubieran realizado donativos, donaciones o aportaciones con derecho a deducción a favor de una misma entidad por importe igual o superior, en cada uno de ellos, al del ejercicio anterior, el porcentaje de deducción aplicable a la base de la deducción a favor de esa misma entidad que exceda de 150 euros aumenta hasta el 35 %.

Ahora bien, las deducciones señaladas no son ilimitadas, sino que, tal y como preceptúa el artículo 69.1 de la LIRPF, la base de las citadas deducciones no puede exceder, para cada una de ellas, del 10 % de la base liquidable del contribuyente.

El aumento de las deducciones en los últimos años ha sido importante, ya que ha de tenerse en cuenta que, en las donaciones realizadas hasta el 31 de diciembre de 2014, los contribuyentes por el IRPF tenían derecho a deducir de su cuota íntegra el 25 % de la cantidad donada. Para el periodo impositivo correspondiente al año 2015, la LIS elevó dicho porcentaje, fijándose en un 50 % para bases de deducción de hasta 150 euros, y el aplicable al resto de la base de deducción, en un 27,5 %. Ello ha redundado además en una disminución de la diferencia de trato existente en este ámbito entre las personas físicas y las jurídicas, ya que, como advertía HERRERO MALLOL, el porcentaje de deducción para las segundas era 10 puntos superior a las primeras<sup>25</sup>.

Sin embargo, aunque ha de valorarse esta reforma positivamente, debemos reparar en una cuestión: las deducciones establecidas no son aplicables a todas las donaciones y, por ende, a todas las operaciones de *crowdfunding* basado en donaciones<sup>26</sup>. Si atendemos al requisito de que para que el donante pueda beneficiarse de la deducción la misma tiene que realizarse a favor de alguna de las entidades del artículo 16 de la Ley 49/2002, puede observarse como entre tales donatarios no se encuentran las personas físicas o jurídicas emprendedoras que acuden al *crowdfunding* para comenzar un negocio. Autores como MARTÍNEZ MUÑOZ han llegado a señalar que «atendiendo a las dimensiones alcanzadas por el fenómeno de la participación privada en actividades de interés general, los incentivos fiscales previstos en esta norma no están orientados a las actividades

<sup>25</sup> HERRERO MALLOL, C.: *Comentarios a la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo*, Thomson Aranzadi, 2003, pág. 85.

<sup>26</sup> En este sentido se ha pronunciado MARTÍN RODRÍGUEZ, que indica que «Si nos ceñimos estrictamente al importe de las deducciones, no cabe duda que esta reforma incrementa el atractivo de los donativos en favor de las ENL aunque, eso sí, ahonda en la discriminación en el trato fiscal a otra serie de donaciones (en favor de asociaciones no acogidas a la Ley 49/2002, por ejemplo), excluidas de esta mejora», en «Los nuevos incentivos fiscales al mecenazgo cultural y científico de las comunidades autónomas: ¿Son compatibles con el Derecho de la Unión Europea?», *Quincena Fiscal*, n.º 19, 2015, pág. 40.

de *crowdfunding*)<sup>27</sup>. No podemos estar de acuerdo con tal afirmación, ya que entendemos que las donaciones realizadas a favor de las entidades señaladas en el artículo 16 de la Ley 49/2002 también constituyen una operación de *crowdfunding*, puesto que cumplen con todas las características de la financiación colectiva. Sin embargo, sí coincidimos con la citada autora en que, en aquellos casos en los que los donatarios no son este tipo de entidades, las donaciones no se encuentran suficientemente incentivadas en la normativa estatal.

Es cierto que, como señala ARIAS ABELLÁN, la protección de los sujetos que realizan actividades de interés general no puede conseguirse siempre a través del sistema tributario. Pero, como afirma la autora: «el legislador está habilitado para usarlo si entiende que es el mecanismo adecuado»<sup>28</sup>. En el caso del *crowdfunding*, creemos que el uso de los instrumentos tributarios al servicio del legislador ha sido insuficiente. Es más, puede afirmarse, teniendo en cuenta el apunte realizado en relación con la no confiscatoriedad, que lejos de fomentarse el *crowdfunding* donaciones, el mismo, por el gravamen que conlleva para los donantes, resulta en la actualidad desincentivado.

Estas consecuencias son las que van a tener que soportar los sujetos implicados cuando la aportación realizada no conlleve contraprestación alguna, y son análogas a las derivadas de las donaciones con carácter general. Sin embargo, y como se analizará a continuación, el régimen tributario será radicalmente diferente tanto para el promotor del proyecto como para el aportante en los casos en los que el primero sí entregue algún bien o preste algún tipo de servicio al segundo en concepto de recompensa a cambio de esa aportación.

### 3. APORTACIONES COLECTIVAS A CAMBIO DE UNA RECOMPENSA O CONTRAPRESTACIÓN: ¿DEBEN TRATARSE COMO UNA COMPRAVENTA?

#### 3.1. CARACTERÍSTICAS DEL CROWDFUNDING BASADO EN RECOMPENSAS

Si, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de las donaciones, como contraprestación a la cantidad invertida el aportante recibe una recompensa, nos encontraremos ante una transacción onerosa y no ante un acto de mera liberalidad, por lo que este negocio jurídico habrá de asimilarse a una compraventa, siempre que el valor del bien o derecho donado sea equiparable a la recompensa recibida.

La contraprestación no tiene por qué ser dineraria ni tratarse de una retribución proporcional a la cantidad aportada, ni tampoco consiste en este caso en la obtención de capital, ya que en

<sup>27</sup> MARTÍNEZ MUÑOZ, Y.: «El tratamiento fiscal del *crowdfunding*», *Quincena Fiscal*, n.º 14, 2015, pág. 72.

<sup>28</sup> ARIAS ABELLÁN, M. D.: «El apoyo fiscal a las entidades sin ánimo de lucro y a las de economía social en la inclusión social», *Nueva Fiscalidad*, n.º 3, 2015, pág. 27.

estos supuestos nos encontraríamos ante el *crowdfunding* basado en préstamos y el *crowdfunding* basado en participación en el capital. En el *reward-based crowdfunding* o *crowdfunding* recompensas, la aportación es una suerte de pago a cambio de un determinado bien o servicio, ya que realmente se está produciendo una preventa, una venta a futuro (*emptio rei speratae*)<sup>29</sup>.

Debido a las características señaladas, podría englobarse este tipo de prácticas dentro del ámbito del comercio electrónico, ya que están presentes tanto la transmisión directa de los productos o servicios a través de la red (comercio electrónico directo), como la entrega en soporte físico de los mismos en la residencia de los consumidores (comercio electrónico indirecto), con las consecuencias tributarias que el mismo conlleva.

Sin embargo, entendemos que, pese a tratarse de una suerte de compraventa, el promotor no tiene como finalidad principal el enriquecimiento a través de la venta de productos, sino sacar adelante el proyecto con la financiación aportada, no contando con todos los requisitos del comercio electrónico: publicidad, servicio posventa, intencionalidad del vendedor...<sup>30</sup>. El promotor no se anuncia en una página web de venta de productos, sino que lo que de verdad pretende es la propia financiación para la realización del producto, una financiación anticipada, por lo que, en nuestra opinión, no se trata de comercio electrónico al uso, sino de una preventa con características especiales.

Esta consideración de la figura como compraventa ha recibido críticas por un sector doctrinal que considera que la misma ha de identificarse, pese a la existencia de una recompensa, con una donación. En palabras de GIMENO RIBES «resulta cuanto menos sorprendente que un negocio jurídico de las características aludidas pueda ser considerado como compraventa. Por lo pronto, se antoja alambicado suponer que exista una verdadera correspondencia entre el objeto y el precio pagado, y ello pese a que no se deba prejuzgar dicha relación, hasta el punto de que la cantidad pecuniaria abonada no debe ser justa, puesto que no lo exige precepto alguno, sino más bien la pactada por las partes. Sin embargo, si se analiza el tercero de los elementos esenciales del contrato, la causa, se observa como esta no se corresponde con una transacción de carácter oneroso, sino más bien con una entrega de mera liberalidad (art. 1.274 CC). Dicha idea subyace a la causa del negocio de *crowdfunding* en su integridad y, por tanto, a la causa en sentido objetivo, no a los meros motivos de la aportación dineraria, que han sido considerados irrelevantes por la mejor doctrina»<sup>31</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado CAMACHO CLAVIJO que, en confrontación con la tesis dominante se cuestiona si en este caso «actúa el sinalagma funcional propio del negocio jurídico oneroso que exige que la atribución de cada parte actúe como correlativo de la otra. Es decir, si

<sup>29</sup> La venta de cosa futura es una figura jurídica muy utilizada en la práctica de la venta de bienes inmuebles, que en numerosas ocasiones se ponen a la venta sobre plano antes de su construcción, por lo que la financiación recibida tiene como finalidad la futura construcción del inmueble. *Cfr.* ECHEVERRÍA SUMMERS, F.: «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», en CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado de la Compraventa*, tomo II, Aranzadi, 2013, pág. 1.103 y ss.

<sup>30</sup> Sobre la caracterización del comercio electrónico, *vid.* ÁLAMO, R. y LAGOS, M. G.: «Adaptación del IVA a las transacciones comerciales electrónicas», *SPCS Documento de Trabajo 2012/7*, 2012.

<sup>31</sup> GIMENO RIBES, M.: «Aproximación a la naturaleza jurídica del *crowdfunding*», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 291, 2014, págs. 458-459.

existe una relación de causalidad entre el beneficio que cada parte recibe y el sacrificio que realiza (aportación-recompensa). En nuestra opinión la respuesta ha de ser negativa porque la aportación colaborativa del *crowdfunder* se realiza con ánimo de liberalidad, es una donación. En efecto, la aportación del *crowdfunder* no trae causa del valor de la recompensa que recibirá, sino de un voluntario espíritu de liberalidad, a su vez, espontáneo en cuanto no existe vínculo jurídico que determine su exigibilidad»<sup>32</sup>.

No podemos estar de acuerdo con esta estimación desde la perspectiva de la falta de *animus donandi*, ya que, en nuestra opinión, los aportantes que mediante su inversión pretenden recibir a cambio una contraprestación, carecen de ánimo lucrativo, por lo que este negocio no puede calificarse como donación. Es más, incluso aunque la intención con la que se realice la aportación sea también la de la prestación de ayuda al promotor, si se consigue una recompensa cuyo valor puede asemejarse al de la aportación realizada, debemos rechazar la existencia del *animus donandi* en este caso. La contraprestación es un elemento fundamental en los casos de *crowdfunding* recompensas, y el aportante pretende, con su aportación, conseguirla. Por esta razón, se produce un pago a cambio de una determinada prestación, no pudiendo calificarse, a nuestro entender, como donación y, por supuesto, manifestándose unas consecuencias tributarias muy diferentes (tanto para el promotor como para el aportante) a los establecidos para las donaciones.

Cosa distinta es que el valor de la carga para el promotor del proyecto fuera excesivamente reducido en relación con la aportación realizada, y entonces, en razón de la nimiedad de la recompensa, podría calificarse el negocio como una donación remuneratoria y no como una compraventa, desplegándose por lo tanto los efectos tributarios aplicables a la donación.

En consecuencia, si el valor de la recompensa es tan notablemente inferior a la aportación realizada que puede considerarse que ha existido *animus donandi*, entonces estaremos ante una verdadera donación, pero si la recompensa tiene una cierta entidad en comparación a la aportación, deberá calificarse como compraventa, o al menos como donación onerosa del artículo 619 del Código Civil. En este sentido se ha pronunciado la DGT en su Consulta de 16 de marzo de 2011, estableciendo que este tipo de donaciones «se rigen por las disposiciones reguladoras de la donación en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto. Pese a la imposición de una carga (o modo) sobre el donatario, la donación onerosa es un acto de liberalidad, en la medida en que dicha carga sea cuantitativamente inferior al valor de la cosa o el derecho donado. La asunción de dicha carga, por parte del donatario, no tiene la consideración de contraprestación puesto que, en todo caso, impera el *animus donandi* del donante»<sup>33</sup>.

Por ello, habrá que estar a cada caso en concreto para determinar la naturaleza del negocio, al menos hasta que la norma establezca unos criterios específicos, como podría ser el estableci-

<sup>32</sup> CAMACHO CLAVDO, S.: «El *crowdfunding*: régimen jurídico de la financiación participativa en la Ley 5/2015 de Fomento de la financiación empresarial», *REVESCO*, n.º 17, 2016, pág. 94.

<sup>33</sup> Consulta Vinculante de la DGT V0668/2011, de 16 de marzo (NFC040934).

miento del porcentaje de diferencia de valor entre aportación y recompensa a partir del cual ha de considerarse una u otra figura. Para SANZ GÓMEZ y LUCAS DURÁN, el valor de la recompensa en relación con la aportación realizada debería ser inferior al 5% para que pudiera calificarse el negocio como donación y no como compraventa, ya que entienden este porcentaje como suficientemente reducido para determinar que existe ánimo de donación<sup>34</sup>.

Tal y como indica MARÍN LÓPEZ, pese a que el Código Civil no contiene una definición de causa, el artículo 1.274 señala qué ha de entenderse por esta, consistiendo el elemento causal en los contratos onerosos en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, mientras que en los gratuitos se trata de la liberalidad del donante<sup>35</sup>. Por ello, por el resto de la cantidad recibida, es decir, la que conserve la causa lucrativa, tributará por ISD<sup>36</sup>.

Como hemos advertido, la dificultad para la determinación de la naturaleza de este tipo de negocios y la diferenciación de cada una de las partes no es una cuestión baladí, ya que no existe una regla de valoración dispuesta para tal fin, lo que provoca una gran inseguridad jurídica al respecto para los sujetos participantes. Resulta ineludible el establecimiento de un método de determinación de la relevancia de la contraprestación, que habría de basarse, según nuestra opinión, en el valor real (valor de mercado) del bien entregado como recompensa<sup>37</sup>.

### 3.2. DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN PARA LOS PROMOTORES DE PROYECTOS DE CROWDFUNDING CON RECOMPENSA

De la existencia de contraprestación a cambio de la aportación al proyecto se derivan una serie de consecuencias tributarias que distan de las que se generan en el caso de las donaciones, en las que no hay, como se ha afirmado, recompensa.

Desde la perspectiva del promotor del proyecto de *crowdfunding*, la obtención de aportaciones produce efectos en el ámbito de la fiscalidad directa, como rendimiento de actividades económicas en el IRPF y como ingreso en el IS en el caso de que el promotor sea persona jurídica.

<sup>34</sup> SANZ GÓMEZ, R. J. y LUCAS DURÁN, M.: «Implicaciones tributarias del *crowdfunding* o financiación colectiva», *Quincena Fiscal*, n.º 9, 2015, pág. 26.

<sup>35</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de Contratos*, tomo I, Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>36</sup> Así lo confirma la DGT en su Consulta Vinculante V3672/2013, de 26 de diciembre (NFC049973), en la que, para la calificación del negocio como donación se basan en el desequilibrio de las prestaciones, entendiéndose que por la diferencia se tributará como si fuera una compraventa. Establece la DGT que «Las donaciones con causa onerosa y las remuneratorias tributarán por tal concepto y por su total importe. Si existieran recíprocas prestaciones o se impusiere algún gravamen al donatario, tributarán por el mismo concepto solamente por la diferencia, sin perjuicio de la tributación que pudiera proceder por las prestaciones concurrentes o por el establecimiento de los gravámenes».

<sup>37</sup> Sobre este particular *vid.* Consultas de la DGT 1006/2003, de 16 de julio (NFC018063), y V1091/2006, de 12 de junio (NFC022803).

En el supuesto del *crowdfunding* recompensas realizado por empresarios o profesionales (prácticamente todos los promotores en este tipo de *crowdfunding* lo son) se recaba una aportación dineraria entregando como contraprestación un determinado bien o acometiendo un servicio que el aportante ha abonado por anticipado. Como se indicó, estas operaciones tienen la naturaleza jurídica de una compraventa, si bien la peculiaridad de esta forma de venta radica en que una vez que transcurre el plazo acordado, el promotor entrega al aportante como contraprestación el bien, la obra o el servicio financiado en las condiciones pactadas. Por lo tanto, la misma dentro del ámbito de aplicación del artículo 27 de la LIRPF, considerándose los rendimientos obtenidos por el promotor del proyecto como rendimientos de actividades económicas. Incluso aunque la actividad se realice solo de forma esporádica por el contribuyente, o se trate de la promoción de un único proyecto, ya que si el receptor de la financiación ordena por su cuenta medios de producción de bienes y servicios, la actividad entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 27 de la LIRPF<sup>38</sup>.

De la misma forma, el promotor quedará gravado por este IS en la modalidad de recompensas, ya que las aportaciones constituyen también un ingreso, es decir, una obtención de renta por parte del contribuyente. El incremento del patrimonio de la persona jurídica producido por una transmisión onerosa, tanto de dinero como de cualquier otro bien, se inserta en su base imponible, valorándose las mismas por su valor de mercado. En relación con la base imponible, la misma se calculará según lo establecido en el artículo 10 de la LIS, por lo que será el importe de la renta del periodo minorado por la compensación de las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores. Para la determinación de la misma habrá que tener en cuenta los ingresos, que en este caso estarán constituidos por las aportaciones, y también los gastos que puedan ser deducibles<sup>39</sup>.

Si bien para el caso de las donaciones no resultan aplicables los gastos relativos a las contraprestaciones entregadas (ya que el promotor no entregaba ninguna recompensa al aportante), en la tipología de recompensas sí han de tenerse en cuenta para la determinación del beneficio gravable. Aunque la LIS no enumera de forma exhaustiva qué gastos pueden considerarse como deducibles, puede inferirse que serán aquellos gastos relacionados con la actividad de la empresa que disminuyan el beneficio o aumenten la pérdida. Siguiendo este criterio, las recompensas otorgadas a los aportantes constituirían un verdadero gasto, ya que se trata de una entrega de bienes no gratuita, afirmación que puede confirmarse teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 15 e) de la LIS. Este precepto señala que no serán deducibles las pérdidas contabilizadas como consecuencia de donativos y liberalidades. Sin embargo, establece que si las mismas suponen gastos de relaciones públicas o están relacionadas de alguna forma con los ingresos de la sociedad, no puede hablar-

<sup>38</sup> Cuando la aportación en la modalidad de recompensas se recibe por un sujeto no residente, las rentas obtenidas deben tributar por el impuesto sobre la renta de no residentes.

<sup>39</sup> Como regla general, podrá la sociedad promotora deducir de la base imponible las cantidades que, en concepto de amortización del inmovilizado material, intangible y de las inversiones inmobiliarias, correspondan a la depreciación efectiva que sufran los distintos elementos por funcionamiento, uso, disfrute u obsolescencia. Por su parte, el artículo 15 establece un catálogo exhaustivo de gastos no deducibles, estableciéndose además una limitación para la deducibilidad de los gastos financieros de un 30% para cada ejercicio.

se propiamente de liberalidades y por lo tanto sí constituyen gastos deducibles. Es incuestionable que, si este tipo de gastos pueden ser deducibles, no lo sean los bienes o servicios entregados como contraprestación en el *crowdfunding* recompensas.

Los promotores de proyectos de *crowdfunding* con contraprestación también quedan gravados por el impuesto sobre el valor añadido (IVA), ya que los mismos entregan un bien o prestan un servicio como contraprestación a la aportación recibida, por lo que se produce el hecho imponible del IVA<sup>40</sup>. En este sentido se ha pronunciado la DGT, que en su Consulta Vinculante de 21 de abril de 2016, afirma que «cuando una persona o entidad realiza las referidas aportaciones y obtiene determinados bienes o servicios, las cuantías entregadas constituyen la contraprestación de los bienes y servicios suministrados, en la medida en que solo pueden disfrutar de dichos bienes o servicios quienes aportan determinadas cantidades [...] por lo que estarán sujetas al impuesto sobre el valor añadido cuando se entiendan realizadas en el territorio de aplicación del impuesto»<sup>41</sup>.

Es importante destacar que la ley sujeta al IVA también a aquellas entregas de bienes o prestaciones de servicios que se realicen con carácter ocasional, pues en el supuesto del *crowdfunding*, son muchos los promotores que realizan la actividad con carácter ocasional, por lo que esta característica no supone que deje de aplicarse el IVA<sup>42</sup>.

En este punto resulta interesante realizar una serie de apuntes en relación con las reglas de localización tanto de las entregas de bienes como de las prestaciones de servicios.

En cuanto a las entregas de bienes, el artículo 68.Uno de la LIVA preceptúa que «las entregas de bienes que no sean objeto de expedición o transporte se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto cuando los bienes se pongan a disposición del adquirente en dicho territorio». Sin embargo, en el *crowdfunding*, por su propio funcionamiento a través de internet, las entregas de bienes necesitarán de transporte, ya sea dentro del territorio español o fuera del mismo.

<sup>40</sup> Como ha indicado el propio TJCE, en sus Sentencias de 5 de febrero de 1981 (asunto 154/80) y de 3 de marzo de 1994 (asunto C-16/93 [NFJ003302]), «para que una operación tenga la consideración de entrega de bienes o prestación de servicios y quede sujeta al impuesto, entre la entrega del bien o el servicio prestado y la contraprestación recibida debe existir una relación directa, un vínculo directo, de manera que debe aparecer, entre quien realiza la prestación y su destinatario una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas (de suerte que) la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituya el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario». Y esos requisitos son los que se dan, precisamente, en el *crowdfunding* recompensas, ya que, aunque la plataforma electrónica sea una intermediaria, existe un vínculo directo entre el promotor y el aportante, por lo que la sujeción al IVA resulta innegable.

<sup>41</sup> Consulta Vinculante de la DGT V1758/2016, de 21 de abril (NFC060338).

<sup>42</sup> Por entrega de un bien debe entenderse la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales, como por ejemplo la entrega de un libro, de un CD, de una entrada a un concierto, etc. Por prestación de servicio, según lo establecido en el artículo 11 de la LIVA, debe entenderse cualquier operación realizada por el empresario o profesional que no pueda enmarcarse como una entrega de bienes, y en concreto: el ejercicio independiente de una profesión, los transportes, hostelería, restaurantes, sector del ocio, sector de la salud... Es decir, el llamado sector servicios.

A esta situación se refiere el artículo 68.Dos de la LIVA, que establece que se entenderán realizadas en territorio de aplicación del impuesto (es decir, la Península y Baleares) las entregas de bienes muebles corporales que deban ser objeto de expedición o transporte para su puesta a disposición del adquirente, cuando la expedición o transporte se inicien en dicho territorio<sup>43</sup>.

Hay que tener en cuenta que en el caso de la subcontratación de otra empresa para la ejecución de la entrega con instalación o montaje, la subcontratada realizará para esta una operación sujeta, únicamente, en el país donde se produzca la instalación, quedando sometida a la normativa aplicable en dicho Estado, tal y como ha afirmado la propia DGT en su Consulta Vinculante de 30 de diciembre de 2011<sup>44</sup>. Este sería el supuesto en el que el promotor residiera en España (véase Península y Baleares) o el transporte de los bienes que son objeto de la contraprestación o recompensa se iniciara en el citado territorio.

Pero pueden existir casos en los que, pese a iniciarse la expedición o transporte en un territorio diferente al de la aplicación del impuesto, queden sujetas a IVA en nuestro país, siempre que tengan destino al territorio de aplicación del impuesto y se cumplan las circunstancias establecidas en el artículo 68.Tres de la LIVA: Que la expedición o el transporte de los bienes se efectúe por el vendedor o por su cuenta; que los destinatarios de las citadas entregas sean las personas cuyas adquisiciones intracomunitarias de bienes no estén sujetas, o bien, cualquier otra persona que no tenga la condición de sujeto pasivo; que los bienes objeto de dichas entregas no sean medios de transporte nuevos, bienes objeto de instalación o montaje a que se refiere el apartado dos, número 2.º del artículo 68 de la LIVA o bienes cuyas entregas hayan tributado conforme el régimen especial de bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección en el Estado miembro de inicio de la expedición o transporte de los bienes. Si la contraprestación consiste en un bien inmueble y el mismo radica en nuestro país (Península y Baleares), el hecho imponible se entenderá también realizado en el territorio de aplicación del impuesto<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Hasta la entrada en vigor de la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, se exigía un determinado porcentaje (en concreto que no excediera del 15 % del total de la contraprestación) a efectos de esta localización. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2015 se ha eliminado este requisito, bastando, para entender que el hecho imponible se ha realizado en el territorio de aplicación del impuesto, que la instalación o montaje se ultimen en el referido territorio.

<sup>44</sup> Consulta Vinculante de la DGT V3091/2011, de 30 de diciembre (NFC043393), en la que se establece que en este caso «No se trata de una operación intracomunitaria sino de una entrega sujeta, únicamente, en el Estado miembro de instalación o montaje, por lo que no se puede calificar como una operación sujeta aunque exenta del impuesto conforme al artículo 25, sino como una operación no sujeta conforme al artículo 68.Dos.2.º de la Ley 37/1992».

<sup>45</sup> Por último, se establece que tributarán por IVA en nuestro país los promotores de *crowdfunding* pese a residir en otro Estado miembro, cuando el importe total, excluido el impuesto, de las entregas efectuadas por el mismo desde otro Estado miembro con destino al territorio de aplicación del impuesto, con los requisitos anteriores, haya excedido durante el año natural precedente la cantidad de 35.000 euros.

En relación con las prestaciones de servicios habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 69 y 70 de la LIVA, que determinan una serie de reglas generales y especiales que serán también aplicables al *crowdfunding* recompensas en el que la contraprestación consista en un servicio.

La norma general es que las prestaciones de servicios se entienden realizadas en el territorio de aplicación del impuesto cuando el destinatario de los mismos sea un empresario o profesional que actúe como tal y radique en el citado territorio la sede de su actividad económica. También se tendrá por realizada en el territorio de aplicación del impuesto cuando tal destinatario tenga en el mismo un establecimiento permanente o, en su defecto, el lugar de su domicilio o residencia habitual, con independencia de dónde se encuentre establecido el prestador de los servicios y del lugar desde el que los preste.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el destinatario no es un empresario o profesional sino un particular? Al respecto deben tenerse en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 28/2014, que ha establecido cambios relevantes en relación con las reglas de localización de los servicios u operaciones electrónicas<sup>46</sup>. Antes de esta reforma legal, las prestaciones de servicios electrónicos a particulares por parte de empresarios de la Unión Europea se gravaban en el país del proveedor (a diferencia de los casos en los que el destinatario era empresario o profesional), mientras que si el prestador era un empresario establecido fuera de la Unión Europea, el servicio se localizaba donde estuviera establecido el destinatario. Con la nueva regulación, tanto si el destinatario es empresario o profesional como si se trata de un particular, los servicios prestados se gravan en el lugar donde el destinatario del servicio se encuentre establecido<sup>47</sup>.

### 3.3. EFECTOS TRIBUTARIOS PARA LOS APORTANTES QUE RECIBEN UNA CONTRAPRESTACIÓN

Si la naturaleza jurídica de la modalidad de recompensas es perfectamente asimilable a una compraventa, la posición jurídica del comprador la ocupa en el *crowdfunding* el aportante. En principio, si la aportación tiene un valor equivalente a la recompensa, estaremos ante una compraventa al uso. Sin embargo, puede ocurrir que la recompensa tenga un valor tan reducido que pueda llegar a considerarse que en lugar de una compraventa se trate de dos donaciones cruzadas.

<sup>46</sup> La ley responde a la necesidad de adaptar el texto de la LIVA a la Directiva 2008/8/CE, de 12 de febrero, en relación con el lugar de la prestación de servicios. La misma introduce, entre otras, nuevas reglas de localización aplicables a los servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión y televisión y electrónicos, prestados a destinatarios que no tengan la condición de empresarios o profesionales actuando como tal, es decir, a los particulares o consumidores finales.

<sup>47</sup> Así se ha dispuesto en el artículo 70.Uno.4.º de la LIVA, cuya nueva redacción venía determinada por el apartado catorce del artículo 1 de la Ley 28/2014. En concreto, el artículo 70.Uno.4.º de la LIVA establece que se entenderán realizados en el territorio de aplicación del impuesto los servicios prestados por vía electrónica cuando el destinatario no sea un empresario o profesional actuando como tal, siempre que este se encuentre establecido o tenga su residencia o domicilio habitual en el territorio de aplicación del impuesto.

Al respecto, el artículo 59 del RISD dispone que en el caso de existir recíprocas prestaciones o que se imponga algún gravamen al donatario, tributarán como donaciones solamente por la diferencia, sin perjuicio de la tributación que pudiera proceder por las prestaciones concurrentes o por el establecimiento de los gravámenes<sup>48</sup>.

Sobre este particular se ha pronunciado la DGT en su Consulta Vinculante de 25 de abril de 2016, en la que establece que «en la medida en que las prestaciones recibidas por los consultantes superen las efectuadas por ellos, estarán sujetas al impuesto sobre sucesiones y donaciones por el concepto de donación u otra adquisición lucrativa *inter vivos*, siendo sujetos pasivos los consultantes, mientras que la parte en que coincida con las prestaciones que ellos efectúen, podrían estar sujetas a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados o al impuesto sobre el valor añadido en función de las circunstancias personales de los financiadores y las de las entregas de bienes o prestaciones de servicios que realicen»<sup>49</sup>.

Por lo tanto, en el supuesto de que la contraprestación tenga un carácter meramente simbólico, estaremos ante una donación, que se gravará de acuerdo con lo establecido anteriormente. Por ejemplo, en aquellos casos en los que la recompensa consista en una simple mención o agradecimiento por parte del promotor. Ahora bien, esta afirmación, que resulta clara cuando el aportante es una persona física que no tiene la consideración de empresario o profesional, puede ser muy discutible en el caso de que sí tenga tal consideración o bien se trate de una persona jurídica.

En esos casos, la contraprestación recibida, que en un principio puede parecer un mero agradecimiento, podría constituir un verdadero servicio de publicidad o patrocinio. Es decir, puede que la recompensa para el «donante» sea la mayor visibilidad de la marca, por lo que ese «donante» ya no será tal, sino que nos encontraríamos ante un verdadero *crowdfunding* basado en recompensas. Incluso tal contraprestación podría resultar mucho más beneficiosa para el aportante que lo que podría considerarse en un inicio en virtud de la cantidad aportada.

Como indican LISI y VIOLANTE, la calificación jurídica de la relación entre las partes es fundamental para poder establecer si la financiación que el destinatario recibe constituye en realidad

<sup>48</sup> En este particular se podrían traer a colación las Sentencias del TJCE de 3 de marzo de 1994, Tolsma (asunto C-16/93 [NFJ003302]), y de 27 de abril de 1999, Kuwait Petroleum (asunto C-48/97 [NFJ007770]). La primera de ellas establece en su apartado 14 lo siguiente: «De lo anterior se deduce que una prestación de servicios solo se realiza a "a título oneroso" en el sentido del número 1 del artículo 2 de la Sexta Directiva y, por tanto, solo es imponible, si 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 destinatario». En parecidos términos la sentencia Kuwait Petroleum señala en su apartado 26: «Procede señalar, en primer lugar, que una entrega de bienes solo se efectúa "a título oneroso" en el sentido del número 1 del artículo 2 de la Sexta Directiva si existe entre quien realiza la entrega y el comprador una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas, y el precio percibido por quien realiza la entrega constituye el contravalor efectivo del bien suministrado».

<sup>49</sup> Consulta Vinculante V1811/2016, de 25 de abril (NFC059226).

una remuneración por servicios de publicidad o se configura, por el contrario, como la suma pagada en relación con los proyectos específicos para fines generales, es decir, como una donación<sup>50</sup>. Por lo tanto, habrá que estar a cada caso concreto para determinar la naturaleza de la relación, ya que puede que lo que busque el aportante sea el reconocimiento público, para lo que en muchas ocasiones puede resultar ciertamente efectiva la publicidad de la campaña de *crowdfunding*.

La importancia de la calificación de la recompensa como servicio de publicidad resulta importante a los efectos de poder considerar la aportación como gasto deducible en el IRPF del aportante. Si la cantidad aportada se dedica directa o indirectamente a promocionar la actividad del aportante que realiza una actividad económica, entonces puede deducirse como gasto en estimación directa. Ahora bien, las cantidades aportadas al promotor del proyecto solo serán consideradas gastos de promoción o publicidad y, por lo tanto, solo serán deducibles en la medida en que, a la vista de cada caso concreto, sean necesarias para la obtención de ingresos y no constituyan una simple liberalidad de la empresa hacia sus clientes (en ese caso estaríamos ante la modalidad de *crowdfunding* donaciones)<sup>51</sup>.

Además, el aportante puede verse gravado en alguna ocasión por el IVA, cuando se trate de empresarios o profesionales y no se encuentren establecidos en el territorio de aplicación del impuesto. Y ello porque el artículo 84.Uno.2.º de la LIVA dispone que si las entregas de bienes y prestaciones de servicios se realizan por personas o entidades no establecidas en el territorio de aplicación del impuesto, y el receptor de las mismas es un empresario o profesional, entonces el sujeto pasivo será este último<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> LISI, P. y VIOLANTE, E: «*Crowdfunding: Implicazioni IVA dei modelli con ritorno nono finanziario*», *Il Fisco. Rassegna Tributaria*, n.º 27, 2016, pág. 2.646.

<sup>51</sup> La distinción entre gastos de promoción y meras liberalidades resulta complicada en muchas ocasiones, ya que la LIS no otorga un concepto claro y unívoco de qué ha de entenderse por gastos por atenciones a clientes o proveedores, ni los términos en que los mismos deben ser realizados para que sean deducibles. Afirma MANZANO SILVA que «La necesaria diferenciación entre lo que debe ser considerado un donativo o una liberalidad de aquello que ha de ser catalogado como gasto fiscalmente deducible, al enmarcarse en una actividad de promoción de las empresas y de los servicios que estas prestan a clientes y proveedores, ha entrañado, y a día de hoy entraña, una gran dificultad que, ante la imprecisión normativa, trata de ser solventada por la actividad de los juzgados y tribunales», en MANZANO SILVA, E.: «Los gastos por atenciones a clientes y proveedores y su deslinde con las meras liberalidades», MERINO JARA, I. (dir.), *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, 2016, pág. 96.

<sup>52</sup> También se tendrá por sujeto pasivo al aportante cuando las entregas consistan en determinados bienes: desechos nuevos de la industria, desperdicios y desechos de fundición, residuos y demás materiales de recuperación constituidos por metales férricos y no férricos, sus aleaciones, escorias, cenizas y residuos de la industria que contengan metales o sus aleaciones. Lo mismo ocurre con las operaciones de selección, corte, fragmentación y prensado que se efectúen sobre los productos citados anteriormente. También las entregas de desperdicios o desechos de papel, cartón o vidrio y las entregas de productos semielaborados resultantes de la transformación, elaboración o fundición de los metales no férricos, con excepción de los compuestos por níquel (art. 84.Uno.2.º c) LIVA).

Asimismo, en virtud de lo establecido por la Ley 28/2014, la inversión del sujeto pasivo se produce cuando la entrega de bienes consista en alguno de los siguientes productos: plata, platino y paladio, en bruto, en polvo o semilabrado; teléfonos móviles y consolas de videojuegos, ordenadores portátiles y tabletas digitales. En este último caso, será sujeto pasivo el destinatario de los bienes siempre que el importe total de las entregas de dichos bienes, documentadas en la misma factura, exceda de 10.000 euros, excluido el IVA.

Se produce así una inversión del sujeto pasivo en el IVA, pero solo en las operaciones que se realicen entre empresarios o profesionales, lo que deriva en la obligación del destinatario de auto-repercutirse el impuesto, mediante el cumplimiento de las obligaciones formales que se prevén en los artículos 62 a 64 del RIVA<sup>53</sup>. Este supuesto puede ser muy común en el caso del *crowdfunding*, ya que la plataforma electrónica permite poner en contacto a promotores y aportantes que pueden encontrarse en diferentes Estados. Si ambos sujetos residen en el territorio de aplicación del impuesto, el sujeto pasivo será el promotor del proyecto. Sin embargo, en aquellos casos en los que el promotor del proyecto se encuentre fuera del territorio de aplicación del impuesto, entonces el sujeto pasivo del IVA será el aportante, que recibe la recompensa.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Pese a que la doctrina académica no es unánime respecto de la determinación de la naturaleza jurídica del *crowdfunding* sin remuneración dineraria, en nuestra opinión, y a efectos tributarios, deben deslindarse dos tipos de *crowdfunding* que responden a dos institutos jurídicos diferentes: donación y compraventa. Así lo ha constatado la doctrina administrativa, tal y como se ha analizado a través del presente estudio, estableciendo que, en el caso de falta de equivalencia entre las prestaciones de los financiadores y las de los consultantes, la operación debe tratarse como una donación.

Ahora bien, puede ocurrir que una misma financiación deba tributar como una preventa, pero también deba tributar como una donación en la parte que exceda del valor de la contraprestación otorgada por el promotor. Sin embargo, esto no implica que existan dos tipos de *crowdfunding* diferenciados.

Como consecuencia, la fiscalidad de estas operaciones resulta ser también distinta, debiendo tenerse en cuenta, respecto de la modalidad de donaciones, el ISD para los promotores que sean personas físicas y el IS en el caso de las jurídicas. Los aportantes, por su parte, pueden verse beneficiados en los casos de financiación a entidades que no tengan fines lucrativos, e incluso, a raíz de las últimas modificaciones normativas autonómicas en relación con el mecenazgo, por sus aportaciones en el ámbito de la cultura o la innovación.

El fomento regional de este tipo de actividades nos parece positivo, pero sería propicio elaborar una norma de carácter estatal cuyo objetivo fuera la generación de una verdadera cultura del mecenazgo en nuestro país, no limitándose a las entidades sin ánimo de lucro, sino apoyando y beneficiando este tipo de prácticas entre personas físicas y con objetivos no solo económicos sino también de interés general, como pueden ser la cultura o la investigación. Este tipo de regulaciones, que ya se han planteado en algunas comunidades autónomas, son las que deberían aprobarse

---

<sup>53</sup> Los sujetos pasivos del IVA deben llevar una serie de libros registros: a) Libro registro de facturas expedidas. b) Libro registro de facturas recibidas. c) Libro registro de bienes de inversión. d) Libro registro de determinadas operaciones intracomunitarias.

a nivel nacional<sup>54</sup>. Hasta ahora no puede hablarse de un régimen fiscal favorable al *crowdfunding* que fomente el emprendimiento y su financiación, y en un contexto económico como el actual, nos parece imprescindible la actuación de los poderes públicos estatales en este sentido.

Lo mismo ocurre en la modalidad de recompensas, cuyos promotores deben hacer frente al IRPF o IS, y también al IVA, ya que, pese a que no se hayan dedicado con anterioridad a la actividad que pretenden financiar, tienen la consideración de empresarios o profesionales que entregan un bien o prestan un servicio. La cuestión principal tanto en el caso de los promotores como en el de los aportantes es la relativa a la deducción de determinados gastos.

Para los promotores, si los mismos pueden considerar la recompensa entregada a los aportantes como gasto deducible. La respuesta debe ser afirmativa, pues la recompensa es un gasto de relaciones públicas o, en todo caso, está relacionada con los ingresos de la sociedad, por lo que no puede hablarse propiamente de liberalidades y por lo tanto sí constituyen gastos deducibles.

Desde la perspectiva del aportante, también debe confirmarse la deducibilidad de la cantidad aportada, siempre que la aportación pueda considerarse como servicio de publicidad o patrocinio y el beneficiario sea el aportante. Esto puede ocurrir cuando el aportante sea empresario o profesional y la aportación sea necesaria para la obtención de ingresos y no constituya una simple liberalidad de la empresa hacia sus clientes.

## Bibliografía

ÁLAMO, R. y LAGOS, M. G. [2012]: «Adaptación del IVA a las transacciones comerciales electrónicas», *SPCS Documento de Trabajo 2012/7*.

ARIAS ABELLÁN, M. D. [2015]: «El apoyo fiscal a las entidades sin ánimo de lucro y a las de economía social en la inclusión social», *Nueva Fiscalidad*, n.º 3.

BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2011]: «Cuestiones conflictivas de las exenciones subjetivas y entidades parcialmente exentas en el IS (Arts. 9, 120 a 122 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades)», *Quincena Fiscal*, n.º 4.

CAMACHO CLAVIJO, S. [2016]: «El *crowdfunding*: régimen jurídico de la financiación participativa en la Ley 5/2015 de Fomento de la financiación empresarial», *REVESCO*, n.º 17.

CASTAÑOS CASTRO, P. [2014]: «La forma en la donación de bienes inmuebles», *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: Desafíos actuales del Derecho*, Eumednet.

CRUZ AMORÓS, M. [2006]: «Las entidades parcialmente exentas del Impuesto sobre Sociedades: las entidades sin fin de lucro», en GALÁN RUIZ, J. (coord.), *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Civitas.

<sup>54</sup> *Ad exemplum*, la Ley 9/2014, aprobada por la Comunidad Autónoma de Valencia.

DEL BLANCO GARCÍA, A. J. y SANZ ARCEAGA, E. [2015]: «El principio constitucional de no confiscatoriedad: la virtualidad práctica de un límite a la imposición difícil (pero no imposible) de aprehender», *Quincena Fiscal*, n.º 8.

DÍEZ-PICAZO, L. [2010]: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. [2012]: *Sistema de Derecho Civil. Vol. II (Tomo 2): Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos.

ECHEVERRÍA SUMMERS, F. [2013]: «El contrato de compraventa de vivienda sobre plano», en CARRASCO PERERA, Á.: *Tratado de la Compraventa*, tomo II, Aranzadi.

ESCRIBANO, F. [2009]: «La prohibición de alcance confiscatorio del sistema tributario en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 142.

GIMENO RIBES, M. [2014]: «Aproximación a la naturaleza jurídica del *crowdfunding*», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 291.

HERRERO MALLOL, C. [2003]: *Comentarios a la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo*, Thomson Aranzadi.

LISI, P. y VIOLANTE, E. [2016]: «*Crowdfunding*: Implicazioni IVA dei modelli con ritorno nono finanziario», *Il Fisco. Rassegna Tributaria*, n.º 27.

MANZANO SILVA, E. [2016]: «Los gastos por atenciones a clientes y proveedores y su deslinde con las meras liberalidades», MERINO JARA, I. (dir.), *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales.

MARÍN LÓPEZ, M. J. [2013]: «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de Contratos*, tomo I, Tirant lo Blanch.

MARTÍN DELGADO, J. M.: [1980]: «El control constitucional del principio de capacidad económica», *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, vol. II.

MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M. [2015]: «Los nuevos incentivos fiscales al mecenazgo cultural y científico de las comunidades autónomas: ¿Son compatibles con el Derecho de la Unión Europea?», *Quincena Fiscal*, n.º 19.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. [2015]: «El tratamiento fiscal del *crowdfunding*», *Quincena Fiscal*, n.º 14.

PEDREIRA MENÉNDEZ, J. [2015]: «Propuestas para la reforma del sector no lucrativo: especial consideración del régimen aplicable a las fundaciones y el mecenazgo», *Quincena Fiscal*, n.º 11.

SANZ GÓMEZ, R. J. y LUCAS DURÁN, M. [2015]: «Implicaciones tributarias del *crowdfunding* o financiación colectiva», *Quincena Fiscal*, n.º 9.

UCELAY SANZ, I. [1996]: «Sujetos pasivos exentos y entidades parcialmente exentas. Guía del Impuesto sobre Sociedades», *CISS*.

## REVISIÓN DEL CONCEPTO DE «ENTIDAD PATRIMONIAL» A LA LUZ DE LA LEY 27/2014 DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

**Francisco Arasteny Torregrosa**

*Economista y asesor fiscal.  
Córporis Economistas & Abogados*

**Carlos Mahiques Gómez**

*Economista y asesor fiscal.  
Córporis Economistas & Abogados*

---

### EXTRACTO

El presente artículo intenta aclarar el concepto de «entidad patrimonial» siguiendo los principales criterios expuestos recientemente por la Dirección General de Tributos, dada la escasa claridad de la norma en contraposición al gran número de entidades que pueden resultar afectadas por el fenómeno de la patrimonialidad sobrevenida que aborda temas tan conflictivos como el ámbito normativo, la relación entre los activos financieros y la patrimonialidad sobrevenida o bien las posibles alternativas para evitar la misma.

**Palabras clave:** entidad patrimonial; patrimonialidad sobrevenida; impuesto sobre sociedades; actividad económica.

---

*Fecha de entrada: 14-03-2017 / Fecha de aceptación: 28-04-2017 / Fecha de revisión: 30-05-2017*

## A REVIEW OF THE PATRIMONIAL ENTITY CONCEPT IN THE LIGHT OF CORPORATE TAX LAW 27/2014. SUPERVENING HOLDING CHARACTER

Francisco Arasteny Torregrosa

Carlos Mahiques Gómez

---

### ABSTRACT

This article tries to explain the concept of Patrimonial Entity following the principal criteria exposed recently by the Dirección General de Tributos (DGT, General Tax Office), due to the poor definition of the policy in contraposition to the great number of entities that can be affected by the overcoming patrimionality, that tries to address controversial problems like the regulatory environment, the relationship between the financial assets and the overcoming patrimionality or the possible alternatives to avoid it.

**Keywords:** patrimonial entity; supervening holding character; corporate tax; economic activity.

---

---

## Sumario

- I. Introducción
  - II. Marco normativo
    - A) Ámbito subjetivo
    - B) Ámbito temporal
  - III. Concepto de «entidad patrimonial»
    - A) Delimitación negativa
    - B) Delimitación positiva
    - C) ¿Qué delimitación es la correcta: la positiva, la negativa o la conjugación de ambas?
  - IV. Conceptos clave
    - A) ¿Qué se entiende por «no computar» los activos o valores?
    - B) ¿Qué entendemos por «dinero» y «derechos de crédito»?
    - C) ¿Cómo se valoran las partidas?
    - D) ¿Qué calificación concreta debe darse a los distintos elementos de una entidad? Opinión de la DGT
  - V. Principales efectos de la patrimonialidad sobrevenida
  - VI. Situación futura y posibles medidas frente a la patrimonialidad sobrevenida
    - A) Situación futura
    - B) Posibles medidas para evitar la patrimonialidad sobrevenida
  - VII. Conclusiones
- Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

La importancia de la materia que nos disponemos a tratar proviene, no tanto de su –relativa– novedad, como de los siguientes hechos:

- En primer lugar, porque entendemos que, si la doctrina administrativa y las sentencias de los tribunales que vayan surgiendo van en la línea de aplicar el precepto de forma literal, pueden convertirse en entidades patrimoniales una parte importante del tejido empresarial.

En cambio, en la medida en que se opte por una interpretación más adaptada a la realidad empresarial y al acontecer diario del mundo económico, este precepto tendrá unos efectos menos distorsionadores de la actividad económica. De no ser así, influirá radical y profundamente en aspectos como: las inversiones realizadas, los plazos en que se efectúan las operaciones, la materialización de los beneficios y la política de dividendos.

- Y, en segundo lugar, porque de la calificación de entidad patrimonial se derivan consecuencias tanto de tipo formal (por ejemplo, la necesidad de informar la condición de entidad patrimonial en el modelo 200 del impuesto sobre sociedades) como de tipo material (posteriormente se citan de forma sucinta).

En el presente artículo, intentamos analizar la normativa aplicable a las entidades patrimoniales, conjugándola con la doctrina administrativa más reciente.

Para ello dedicamos un apartado primero al estudio de la normativa que actualmente resulta de aplicación en función del tipo de sujeto pasivo. Posteriormente, se expone el concepto de «entidad patrimonial» en un segundo epígrafe. El tercer apartado tiene por fin aclarar algunos elementos de la materia objeto de estudio, con especial atención a las consultas más relevantes de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT). También, se exponen los principales efectos de la patrimonialidad sobrevenida en la siguiente rúbrica y, para finalizar, los últimos epígrafes se dedican al estudio de la situación futura y posibles medidas a tomar, y conclusiones finales.

## II. MARCO NORMATIVO

Para efectuar una primera aproximación al fenómeno de la patrimonialidad, debemos distinguir: a) *ámbito subjetivo*, esto es, el sujeto interesado (persona física o jurídica) en la cuestión,

y b) *ámbito temporal*. Es de necesidad realizar tal distinción puesto que, como decíamos, la calificación como patrimonial de una entidad puede tener incidencia directa en diferentes impuestos (impuesto sobre sociedades –IS–, impuesto sobre el patrimonio o impuesto sobre sucesiones y donaciones), y la misma será diferente en función de la norma que resulte aplicable.

## A) ÁMBITO SUBJETIVO

- En el caso de ser **personas físicas**, en el ámbito del impuesto sobre el patrimonio (o del impuesto sobre sucesiones y donaciones) estaremos a lo dispuesto en la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio –LIP–.
- En el caso que nos ocupa, al tratarse de una **persona jurídica** (y, por tanto, contribuyente por el IS –art. 7–), desde la entrada en vigor de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), debemos atender, con carácter general, al artículo 5, apartado 2, de la citada norma, el cual debe entenderse en íntima conexión con el apartado 1 del mismo artículo.

La aplicación de la LIS deriva, tanto de la lógica aplicación de la norma tributaria, como del hecho adicional de que existen potentes argumentos que nos llevan a descartar la aplicación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas... (en adelante, LIRPF).

Estos argumentos son, entre otros:

1. En primer lugar, la **inexistencia de cualquier tipo de remisión** a esta última norma en el artículo 5 de la LIS. Este hecho es determinante, ya que cuando la misma LIS quiere aplicar una norma distinta, así lo estipula de forma expresa (por ejemplo, cuando el art. 50 remite expresamente a la LIRPF para el concepto de actividad económica o cuando en relación con entidades de gestión de patrimonios el art. 87.1 c).1.º remite a la LIP. Cabe recordar en este punto que el antiguo artículo 61 de la anterior LIS hacía una remisión a la misma norma del IRPF; remisión, como decimos, ahora inexistente).
2. La DGT, en su Consulta Vinculante V3467/2016, de 20 de julio (NFC061777), destaca la **autonomía del concepto** de actividad económica –y, por tanto, entendemos que también puede predicarse el carácter autónomo del concepto de entidad patrimonial– en el IS, como veremos *a posteriori*.
3. Por último, creemos que si bien debe entenderse superado el **principio de estancueidad tributaria**, dado que en los últimos años –a través de diversas sentencias del Tribunal Supremo– el mismo ha quedado debilitado en muchas de sus facetas (v. gr. la valoración de bienes o el procedimiento de inspección), sí existiría, en esta materia, una suerte de **compartimento estanco** en relación con los otros tributos que regulan la materia fuera de la LIS. Con

ello, estamos descartando aplicar otros preceptos contenidos en las regulaciones de distintos tributos que puedan tener cierta incidencia en la materia (estamos pensando en los arts. 4.Dos LIVA, o los arts. 27 y 29 LIRPF). Además, recuérdese, que antes sí tenía una incidencia la normativa del IRPF en la forma en que tributaban las sociedades patrimoniales en sede del IS.

No obstante, a pesar de que tal y como hemos expuesto en los párrafos precedentes, entendemos que para aquellos conceptos *expresamente regulados* en la LIS hay que estar exclusivamente a la misma, ello no nos impide cuestionarnos *si para aquellos conceptos no incluidos expresamente* cabría acudir a otras normas distintas. Este planteamiento puede surgir, a un nivel más concreto, por ejemplo, al preguntarse qué se entiende por bienes afectos y no afectos en relación con el artículo 5.2, dado que estos conceptos no están tipificados en la LIS. Podría convenirse en que sí que cabría acudir a la normativa de otros tributos para los conceptos no expresamente regulados por la normativa del IS; así lo entiende, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 7 de junio de 2016 (rec. núm. 1113/2014 –NFJ066952–) en un caso similar. Dicha sentencia establecía antes de la LIS cuando ni siquiera el concepto de actividad económica aparecía en la norma:

«[...] A falta de un precepto similar en la Ley del Impuesto sobre Sociedades cabe acudir a dicho artículo (art. 27 LIRPF) para determinar si se ejerce realmente una actividad económica, en el caso de que la actividad desarrollada sea el arrendamiento de inmuebles, ya que la interpretación de las normas tributarias ha de ser integradora y coherente y así se ha aplicado por esta misma Sala en supuestos similares al que nos ocupa, como en el recurso 257/2013 [...] El concepto [...] viene determinado en la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, lo que no es obstáculo para su aplicación a otros impuestos porque, como antes se ha indicado, [...].

[...] no pudiendo olvidarse que los impuestos no funcionan como compartimentos estancos, de manera que no se viola precepto alguno por el hecho de integrar una concreta norma acudiendo a la norma de otro texto legal que delimita un concepto que resulta indispensable para interpretar y aplicar aquella. Y, por ello, tampoco se infringe el art. 14 de la mencionada ley, puesto que la Administración no ha hecho uso de la analogía para rechazar el beneficio fiscal, sino que lo ha denegado por no cumplir la entidad actora los requisitos que exigen las normas fiscales para su aplicación».

Ahora bien, aceptar la aplicación de preceptos como el artículo 29 de la LIRPF o el artículo 22 del Reglamento del IRPF (RIRPF), de entrada, produce cierto rechazo por no ajustarse exactamente a la flexibilidad requerida en la vida mercantil-societaria; y además, sería una gran limitación dado que el artículo 29 de la LIRPF excluye como elementos afectos toda participación en cualquier sociedad y cualquier tipo de cesión de fondos a cualquier tercero.

En todo caso, lo más claro hubiera sido que el propio legislador en el artículo 5 hubiera realizado una conceptualización más exacta definiendo de forma concreta los bienes afectos como

hace el artículo 29 de la LIRPF, o bien, señalando los requisitos para que tengan tal consideración (pudieran ser estos: el uso, la exclusividad o la necesidad). Por tanto, sería deseable que todas estas cuestiones, dado que no han sido recogidas en la normativa societaria, vayan siendo concretadas por la jurisprudencia y la doctrina administrativa con la mayor celeridad –y claridad– posible.

Así pues, con base en lo expuesto en el punto 3, comulgamos con la DGT cuando dicho centro administrativo, en la Consulta V3744/2015, de 26 de noviembre (NFC057058), afirma que la interpretación del concepto de actividad económica –y, por tanto, entendemos que también el de entidad patrimonial dada la íntima conexión existente entre ambos conceptos– en el marco del IS debe realizarse a la luz del funcionamiento empresarial societario y puede diferir de la interpretación efectuada según normas del IRPF en algunos de sus extremos.

## B) ÁMBITO TEMPORAL

Volviendo al ámbito temporal en relación con la aplicación de la norma, cabe distinguir dos situaciones **en función de los periodos impositivos** objeto de estudio:

- En primer lugar, para periodos impositivos iniciados *después del 1 de enero de 2015*, acudiremos al artículo 5.2 de la LIS.
- En caso contrario, el Reglamento del IS (RIS) (aprobado por el RD 634/2015, de 10 de julio) establece en su disposición adicional única el criterio a seguir:

«Concepto de entidad patrimonial en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015.

A los efectos de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5, para determinar si una entidad tiene o no la condición de patrimonial en periodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2015, se tendrá en cuenta la suma agregada de los balances anuales de los periodos impositivos correspondientes al tiempo de tenencia de la participación, con el límite de los iniciados con posterioridad a 1 de enero de 2009, salvo prueba en contrario<sup>1</sup>».

<sup>1</sup> A este respecto, simplemente añadir que defiende la DGT (Consulta V0696/2016, de 22 de febrero –NFC058237–) que la prueba a la que se refiere el precitado artículo deberá ser cierta y real. Además, señala el órgano administrativo que la prueba en contra podrá aportarse tanto por el contribuyente como por la Administración. Así, en el caso de que tras el cómputo de los balances medios para los años 2009-2014 resultare que más del 50 % del activo está no afecto, se admite por la DGT la posibilidad de que el contribuyente aporte prueba determinando la condición de entidad no patrimonial en cualquier año de tenencia de las participaciones (no solo desde 2009) a través de los balances trimestrales medios. Por otra parte, si el porcentaje de bienes no afectos fuera inferior a la mitad, la Administración podría probar mediante la acreditación que en cualquier periodo de tenencia de las participaciones (no solo desde 2009) –de acuerdo con los balances trimestrales– del ejercicio no fue patrimonial.

Por todo lo antes dicho, y aun a riesgo de ser redundantes, debemos sentar que para todos los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2015, para calificar a la entidad patrimonial como tal habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 5.2 de la nueva LIS. Asimismo, se deberá aplicar toda la jurisprudencia y criterios administrativos posteriores al vigor de la norma, así como aquellos anteriores respecto a artículos y conceptos que no se hayan visto alterados por el cambio normativo, los cuales siguen, *mutatis mutandis*, siendo aplicables.

### III. CONCEPTO DE «ENTIDAD PATRIMONIAL»

En primer lugar, y antes de pasar a un análisis más minucioso, entendemos que dentro del concepto de «entidad patrimonial» existe una especie de ramificación:

- a) Una definición aplicable y concreta, de carácter positivo, que podemos llamar «delimitación positiva».
- b) Una definición que cumple un papel informador o complementario de la anterior, que revela quizá el espíritu de la norma, pero que –por desgracia para el contribuyente– no resulta suficiente para calificar a las entidades, la «delimitación negativa».

#### A) DELIMITACIÓN NEGATIVA

El artículo 5 de la LIS, en su apartado 2, hace una contraposición entre entidad patrimonial y la realización de una actividad económica: «... se entenderá por **entidad patrimonial** y que, por tanto, no **realiza una actividad económica**».

Así, en sentido contrario, la «entidad no patrimonial» sería la que realiza una actividad económica. Además de delimitar el concepto desde una perspectiva negativa, como exponíamos antes, nos permite deducir la conexión con el concepto de actividad económica.

Precisamente, en cuanto al concepto de «actividad económica», la DGT (Consulta V3744/2015, de 26 de noviembre –NFC057058–, y también la V3383/2015, de 3 de noviembre –NFC056726–) reconoce que la realidad económica pone de manifiesto situaciones en las que una entidad posee un patrimonio inmobiliario (caso de la consultante) relevante, para cuya gestión se requeriría al menos una persona contratada, realizando la entidad, por tanto, una actividad económica en los términos establecidos en el artículo 5 de la LIS y, sin embargo, ese requisito se ve suplido por la subcontratación de esa gestión a otras sociedades especializadas<sup>2</sup>. Curiosa-

<sup>2</sup> La doctrina administrativa considera que existe actividad económica cuando una entidad no tiene persona contratada pero el arrendatario cuenta con un patrimonio inmobiliario relevante y la contratación de personas se suple con la subcontratación de la gestión. («Esta situación es la que se produce en el presente caso, en la medida en que la entidad tiene externalizada su gestión y, en este caso concreto, tal y como se señala en el escrito de consulta, la gestión de la

mente, este criterio de la subcontratación no lo admite la DGT (V1329/2016, de 31 de marzo –NFC058804–, y V1330/2016, de 31 de marzo –NFC058805–) para el arrendamiento de inmuebles en sede del IRPF a efectos de considerarlo actividad económica. Y decimos curiosamente, porque nos podemos encontrar con una sociedad que según el IS no sea patrimonial y, en cambio, sí se considere patrimonial al efecto de valorar si la participación en la misma sociedad está exenta del impuesto sobre el patrimonio (dada la remisión del art. 4.8 LIP a la LIRPF en esta materia).

En conclusión, se puede entender que la entidad desarrolla una actividad económica, aun cuando los medios materiales y humanos necesarios para intervenir en el mercado no son propios sino subcontratados a una entidad ajena al grupo mercantil.

Siguiendo con la dicotomía entre actividad económica y entidad patrimonial, y teniendo claro que el presente trabajo se circunscribe al territorio fiscal común, dada la identidad de la norma foral y la estatal en cuanto a la materia objeto de estudio, queremos traer a colación unos párrafos de la exposición de motivos de la –nueva– Ley Foral 26/2016, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Navarra), ya que esta norma, a pesar de no regir en los territorios de derecho tributario común, nos puede dar una idea de cómo debemos entender el concepto de entidad patrimonial desde una perspectiva negativa:

«[...] b) La incorporación del concepto de *entidad patrimonial*, que toma como punto de partida a las sociedades cuya actividad principal consiste en la *gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario*. La calificación de una entidad como patrimonial supone que esta no desarrolla actividad económica y determinará, entre otras cuestiones, la imposibilidad de su consideración como pequeña empresa o microempresa, además de restricciones en la aplicación de la exención por doble imposición y limitaciones a la compensación de bases liquidables negativas [...]».

Por último, podemos señalar que esta concepción negativa se desprende de varias consultas de la DGT en las que responde a distintas cuestiones sobre el tema de la patrimonialidad sobrevenida. En todas ellas, empieza haciendo una confrontación entre entidad patrimonial y ejercicio de actividad económica (sirva de ejemplo la Consulta V2572/2015, de 4 de septiembre –NFC056343–).

## B) DELIMITACIÓN POSITIVA

Señalábamos en el apartado anterior, al hablar de la delimitación negativa, que el precepto objeto de estudio efectúa en primer lugar una confrontación entre patrimonialidad y actividad

---

actividad de arrendamiento de inmuebles requiere, dada la dimensión de la actividad a desarrollar por la consultante y el volumen e importancia de sus ingresos, de la disposición de una organización empresarial propia o a través de terceros. Asimismo, la gestión de bienes inmuebles de cierta importancia resulta más eficiente a través de la contratación de profesionales dedicados a la gestión de activos que la contratación de un empleado»).

económica. Pues bien, seguidamente, el artículo 5 pasa a concretar cómo saber si la entidad es patrimonial.

Y es que, junto a la que hemos llamado delimitación negativa, la ley impone una delimitación positiva que es mucho más precisa.

Desde esta perspectiva, **una sociedad será patrimonial por el hecho de que más de la mitad del activo esté constituido por:**

- **Valores\*** (el mismo precepto advierte a continuación que determinados valores no se computan)<sup>3</sup>, **o por**
- **Elementos no afectos.**

### C) ¿QUÉ DELIMITACIÓN ES LA CORRECTA: LA POSITIVA, LA NEGATIVA O LA CONJUGACIÓN DE AMBAS?

Como se ha visto, existen dos formas de aproximarse al concepto de entidad patrimonial. En este momento, no somos conocedores del criterio que la Administración acogerá.

No obstante, en nuestra opinión, si bien lo más lógico es tomar la delimitación positiva, no debería el proceso de calificación como entidad patrimonial quedar en un mero proceso cuantitativo que desconozca la realidad de la empresa. Así, entendemos, pues, que la delimitación negativa jugaría un importante papel de informar y contextualizar el caso concreto en el que se efectúa el cálculo al que se refiere el artículo 5.2 de la LIS. En conclusión, al igual que para aproximarse al concepto de «actividad económica» hace falta conocer la realidad, empresa por empresa, de cada caso (sus medios, materiales y personales), para calificar a la sociedad como entidad patrimonial no debería ignorarse la realidad de la misma.

De no ser así, y guiarse exclusivamente por la delimitación positiva, se corre el riesgo de calificar entidades que si bien, sobre el papel, pueden aparecer como patrimoniales, en realidad, en ningún caso están remansando beneficios ni limitándose a la gestión de un patrimonio. Y este

<sup>3</sup> «a) Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales o reglamentarias. [Afecta a determinados sectores de actividad en cuya normativa propia obliga a invertir parte de su activo en valores: compañías de seguros, instituciones de inversión colectiva]. b) Los que incorporan derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas [letras, pagarés, etc., recibidos en el desarrollo de la actividad empresarial]. c) Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del desarrollo de su actividad. d) Los que otorguen al menos el 5 % del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la oportuna organización de medios materiales y humanos, y la entidad participada no sea entidad patrimonial. En caso de grupo de sociedades, esta condición se determina a nivel del grupo».

tratamiento entendemos que va contra el propio objeto de la nueva LIS cuando en su exposición de motivos habla de neutralidad en las inversiones, por no decir la contradicción que supondría frente a la toma de nuevas medidas como la reserva de capitalización que incentiva el incremento de los fondos propios (en contra del reparto de dividendos).

#### IV. CONCEPTOS CLAVE

Conviene estudiar de forma más detallada algunas nociones que por sus implicaciones precisan una mayor atención, así como otras aclaraciones que la DGT ha realizado recientemente:

##### A) ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «NO COMPUTAR» LOS ACTIVOS O VALORES?

Señala la LIS que «... no se computan el dinero o los derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos afectos o de valores excluidos de cómputo realizada en el periodo o en los dos anteriores».

De entrada, vemos que se trata de un «refugio» (*safe harbor*) como remedio a concretas situaciones de patrimonialidad sobrevenida. Se puede observar que este «paraguas» queda muy restringido en comparación con la norma aplicable anteriormente, y esto deriva tanto de una limitación de índole temporal (periodo en curso o los dos anteriores) y otra de naturaleza material (solo resulta aplicable al dinero y los derechos de crédito, y siempre que procedan de la transmisión de elementos afectos o de valores no computables). Si se nos permite la ironía, diremos que se observa, por tanto, que este «refugio» no permite refugiar –valga la redundancia– ni a muchos elementos ni durante mucho tiempo de la «tormenta patrimonial» en comparación con otros «refugios» de mayor cabida y protección como el del impuesto sobre el patrimonio.

Entrando ya a un análisis más profundo, realizaremos un estudio de los criterios doctrinales más relevantes y de los criterios administrativos y jurisprudenciales para, a continuación, exponer qué debemos entender por «no computar».

1. Desde un punto de vista **doctrinal**, la opinión de los autores se podría dividir en dos:

- a) Aquellos que entienden que los elementos no computables se consideran *afectos*.
- b) Aquellos otros que entienden que los no computables simplemente *se excluyen del total del activo a tomar para efectuar el cálculo* referido en el artículo 5.2, esto es, no son ni afectos ni no afectos; simplemente se excluyen.

Admitiendo la sensatez de ambas posturas, anticipamos que creemos más acertada la primera por los motivos que posteriormente expondremos.

2. Antes de ello, debemos seguir el estudio de este apartado acudiendo –como es lógico– a los **criterios administrativos y jurisprudenciales**:

### 1. DGT

Puede observarse en el párrafo siguiente como la DGT en Consulta V1968/2015, de 23 de junio (NFC055223), no se inclina a considerar afectos los activos no computables y, simplemente, deja patente que no se consideran elementos no afectos:

«[...] Consecuentemente, para determinar si más de la mitad del activo de una entidad está o no afecto al ejercicio de una actividad económica, se excluye del cómputo como no afectos –lo que no significa necesariamente la proposición contraria, es decir, que estén afectos– los que se determinan en el punto 2.º por lo que, no se considerarán como "no afectos" [...].»

No obstante, con anterioridad (V0676/2005, de 25 de abril –NFC020776–) la DGT había dicho que el activo no afecto se obtenía restando al activo total el activo afecto a la actividad y los activos y valores que –según la normativa vigente entonces– resultaban no computables:

«En consecuencia, para la comprobación del requisito de la composición del activo a los efectos de la calificación de la sociedad como patrimonial se señala en la letra a) del artículo transcrito que la determinación de que "más de la mitad de su activo esté constituido por valores o que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas" resultará como consecuencia del cálculo del siguiente algoritmo: del total del activo del balance de la sociedad habrían de deducirse, por una parte los elementos del activo afectos a actividades económicas y los valores no computables de acuerdo con el número 1.º de la letra a) del artículo 61.1, y por otra, los valores y elementos no afectos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos que cumplan las condiciones establecidas en el número 2.º de ese mismo precepto, obteniendo el importe del activo no afecto a actividades económicas que deberá compararse con el activo total a los efectos de determinar el porcentaje correspondiente».

### 2. Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC)

El TEAC en Resolución de 2 de julio de 2015, R. G. 2185/2012 (NFJ059385), recoge el criterio del Tribunal Supremo que, a continuación, pasamos a exponer.

### 3. Tribunal Supremo

Entiende el Alto Tribunal en Sentencia de 3 de abril de 2014 (rec. núm. 6437/2011 –NFJ057850–), en su fundamento octavo, que «no computar» implica computarlos como afectos.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo deriva de un recurso de casación interpuesto frente a una Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2014 (rec. núm. 470/2008 –NFJ044998–) mediante el cual la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo confirma el criterio de la Audiencia Nacional frente a las pretensiones de la parte recurrente que argumentaba que no computar implica no considerar en modo alguno los activos en cuestión.

Esta sentencia se refiere a la normativa previa a la entrada en vigor de la LIS, no obstante, entendemos extensible a la norma actualmente vigente la interpretación otorgada a la expresión «no se computará» dado que la finalidad perseguida en ambos casos es la misma al pretender excluir determinados activos a efectos de realizar un cálculo concreto.

Una vez vistos los criterios doctrinales, administrativos y jurisprudenciales, parece ser que el criterio vigente será el de considerar que los activos no computables son activos afectos y, por tanto, forman parte del activo total a los efectos del cómputo de la patrimonialidad.

## B) ¿QUÉ ENTENDEMOS POR «DINERO» Y «DERECHOS DE CRÉDITO»?

Pues bien, acudiendo al modo de interpretar las normas previstas en el artículo 12 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, podemos concluir que cabe entender por *dinero* las partidas registradas en el grupo 5 (cuentas financieras) o en tesorería (subgrupo 57).

En cuanto al término *derecho de crédito*, podemos entender aquellos registros producidos en las cuentas del grupo 5 o bien en los subgrupos 43 y 44, esto es, clientes y deudores.

Posteriormente, veremos como la DGT ha analizado en varias consultas el tratamiento que debe recibir una pluralidad de activos financieros a los que distintos pronunciamientos de tributos se ha referido.

## C) ¿CÓMO SE VALORAN LAS PARTIDAS?

En cuanto al valor de las magnitudes que influyen en el cálculo que la delimitación positiva exige, la valoración del activo, de los valores y de los elementos no afectos será la que resulte de la media de los balances trimestrales de la entidad o, en su caso, de los consolidados<sup>4</sup>.

En coherencia con la normativa contable, habrá que valorarlas según los valores que se desprenden del balance. Es decir, se valorarán por el valor que figura en la cuenta correspondiente de los elementos menos los deterioros que disminuyan su valor, o dicho en otros términos, por

<sup>4</sup> Esto, no obstante, de lo antes expresado para el caso específico que regula el nuevo RIS, en el que, como hemos expresado, se tendrá en cuenta la suma agregada de los balances anuales de los periodos impositivos correspondientes al tiempo de tenencia de la participación, con el límite de los iniciados con posterioridad a 1 de enero de 2009.

su valor «neto» contable (y cuando el activo fuera amortizable se tomará el valor neto tanto de los deterioros como de las amortizaciones acumuladas).

## D) ¿QUÉ CALIFICACIÓN CONCRETA DEBE DARSE A LOS DISTINTOS ELEMENTOS DE UNA ENTIDAD? OPINIÓN DE LA DGT

Comenzamos señalando que, como es lógico, y además tal y como parece desprenderse de la opinión del referido centro directivo (V1968/2015, de 23 de junio –NFC055223–), son elementos afectos los elementos necesarios para el desarrollo de alguna actividad económica («Ahora bien, dejando a un lado tales elementos, tampoco existen *elementos afectos*, por la obvia razón de que no pueden existir *elementos necesarios* para el desarrollo de alguna actividad económica cuando esta no existe, tal y como el propio escrito reconoce. Por lo tanto, la Sociedad Limitada se limita a gestionar un patrimonio mobiliario e inmobiliario, lo que la excluye del acceso a la exención...»).

Procede en este punto analizar las consultas recientes más relevantes de la DGT en materia de patrimonialidad y actividad económica:

### **Consultas V3940/2015, de 9 de diciembre (NFC057568) y V3370/2016, de 18 de julio (NFC061523):** Requisitos para no computar los valores de la letra d) del artículo 5.2 de la LIS

La DGT establece para la no computación de los valores que se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación la necesidad de disponer de una organización de medios, materiales y personales, adecuados para su correcta administración. En este sentido, se exige esta organización, no para controlar la gestión de las entidades participadas, sino para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como para tomar las decisiones relativas a la propia participación. Lo importante, a estos efectos, será que la entidad disponga de medios materiales y personales, aunque mínimos, que se ocupen de la gestión ordinaria de la sociedad participada mediante la adecuada administración de las participaciones poseídas.

Por tanto, el órgano administrativo, al hablar de la necesidad de medios, se está refiriendo más a las funciones de un socio capitalista que a un empresario.

### **Consulta V2329/2016, de 26 de mayo (NFC060120):** La inactividad material impide considerar afectos los elementos

El centro directivo entiende en esta consulta que si no existe ordenación de medios no hay actividad material y, por tanto, los elementos relacionados con esa supuesta actividad no se considerarán afectos<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Una entidad adquiere solares no incluidos aún en Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) con el fin de promover la construcción de viviendas. Por la falta de inclusión en el PGOU –a la fecha de la consulta a la DGT– no se ha

En conclusión, lo que le exige la DGT a la consultante para considerar los elementos afectos es que exista una actividad material –real y ya en marcha– en relación con el activo en cuestión.

**Consulta V1612/2015, de 26 de mayo (NFC054992):** Elementos no computables, la tenencia de valores financieros impuestos (o no) por una norma

En esta consulta la DGT pone como ejemplo los activos de un fondo de capital riesgo que figuran en balance con la finalidad de cumplir el coeficiente de inversión que su normativa específica les impone. Tal y como indica el artículo 5.2 a) de la LIS, estos elementos serán afectos a la actividad económica, a efectos del cálculo de la situación de patrimonialidad.

Entendemos que este razonamiento es extensible a todo tipo de entidades financieras que debido a una normativa específica (bien en el marco del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores) tienen obligaciones similares.

En cambio, más dudoso resulta pensar si sería igualmente aplicable la «no computación», si las mismas entidades financieras toman valores con fines de promoción o publicidad (por ejemplo, una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva que para dar una imagen de confianza y seguridad tenga el compromiso ante sus clientes de reinvertir gran parte de sus ganancias en las propias instituciones de inversión colectiva por ella gestionada). En este caso, pensamos, que quizás cabría entender los elementos como directamente afectos a la actividad ya que se mantienen con el fin último de dar certidumbre y confianza a sus clientes, y así aumentar su volumen de negocio, dado que la confianza es uno de los elementos fundamentales (riesgo) a la hora de decidir una inversión.

**Consultas V2067/2016, de 13 de mayo (NFC060099), V3440/2015, de 11 de noviembre (NFC056719), y V1037/2016, de 15 de marzo (NFC059042):** Activos financieros y patrimonialidad sobrevenida

En relación con este tema exponemos, a continuación, las tres consultas citadas en las que la DGT responde de forma bastante similar a cuestiones formuladas por los contribuyentes que tienen cierta relación entre ellas.

Analizamos cada una por separado, sin perjuicio de que posteriormente saquemos algunas conclusiones globales:

---

podido iniciar la actividad de urbanización material de los solares y la construcción, pues se está en el proceso administrativo todavía.

Ante esta cuestión responde el precitado centro directivo: No parece que la entidad haya realizado ningún tipo de actividad material en relación con los solares mencionados, no hay ordenación de los medios materiales y humanos, sino que la actividad de la entidad se ha limitado a la compra de unos solares. En consecuencia, no se cumplirán los requisitos establecidos en el artículo 5.2 no estando los solares afectos a la actividad constructora.

*Consulta V3440/2015, de 11 de noviembre. ¿Está afecta la tesorería?*

Se formula la siguiente cuestión a la DGT:

«Si la entidad Y no reparte dividendos, sino que acumula tesorería, y dicha tesorería superara el 50% del activo, ¿se consideraría patrimonial?»

Ante esta cuestión el órgano administrativo responde:

«Si la entidad Y acumulara tesorería por el desarrollo ordinario de su actividad económica, no procedente de la transmisión de elementos patrimoniales ni de valores no computables, dicha tesorería se considerará como elemento afecto a la hora de determinar si tiene o no la consideración de entidad patrimonial».

Por tanto, puede concluirse que la tesorería que se acumule directamente procedente de la actividad económica estará afecta si no procede de la transmisión de «elementos patrimoniales ni de valores no computables».

*Consulta V1037/2016, de 15 de marzo. ¿Están afectos los créditos de clientes y las imposiciones a plazo a corto plazo?*

De esta consulta podemos extraer los siguientes criterios:

- «En primer lugar, los clientes por ventas son un activo afecto al desarrollo de la actividad económica de Y, en la medida en que no tengan la consideración de elementos no computables por consistir en valores que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.
- En los **últimos años**, la actividad mayorista le ha generado a Y un importante excedente de tesorería, que ha retenido en buena parte en espera de alguna oportunidad de inversión. El activo total de Y se corresponde casi en su totalidad con su activo corriente total, dentro del cual se encuentran las partidas clientes por ventas, otros activos financieros a corto plazo (fundamentalmente imposiciones a plazo fijo) y tesorería.

Por otro lado, el artículo 5.2 de la LIS establece **que no se computarán el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión:**

- **de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas, o**
- **de valores no computables,**
- **que se haya realizado en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores.**

Por tanto, la tesorería y activos financieros a corto plazo, acumuladas por la entidad Y en el desarrollo ordinario de su actividad económica, no procedente de la transmisión de elementos patrimoniales ni de valores no computables, se considerarán como elementos afectos».

*Consulta V2067/2016, de 13 de mayo.* ¿Están afectas las acciones en sociedades cotizadas, las participaciones en fondos de inversión y valores de deuda pública, entre otros?

«La consultante tiene, en su último balance aprobado –del ejercicio 2014–, más de la mitad de su activo en valores a corto plazo tales como participaciones en fondos de inversión, acciones de sociedades cotizadas, valores de deuda pública, etc. Estos valores provienen de los beneficios no distribuidos, es decir, de las reservas de la sociedad, que se invierten en dichos valores para intentar obtener una rentabilidad superior a la que se obtendría dejando el dinero en cuentas corrientes al uso. Pero la sociedad no se dedica como actividad a la tenencia de valores, sino que dichos valores son la materialización de los excesos de tesorería de los beneficios no distribuidos que genera la actividad económica.

Los valores se pueden hacer líquidos en cualquier momento si se necesitan para inversiones o pagos de circulante de la actividad económica.

[...] se plantea el tratamiento de los valores a corto plazo. El artículo 5.2 de la LIS establece que no se computarán el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas o de valores no computables, que se haya realizado en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores. Por tanto, los activos financieros a corto plazo, acumulados por la entidad X al materializar los excesos de tesorería de los beneficios no distribuidos del desarrollo ordinario de su actividad económica, **no procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos ni de valores no computables, se considerarán como elementos afectos** a la hora de determinar si la entidad consultante tiene o no la consideración de entidad patrimonial».

Por tanto, la DGT señala como **afectos** los valores a corto plazo en fondos de inversión, sociedades cotizadas y deuda pública cuando se cumplan las condiciones que se plantean en la consulta.

Vistas las tres consultas anteriores, según nuestra interpretación, los activos financieros en los que se materializa la tesorería procedente de la actividad ordinaria de la empresa se considerarán activos afectos mientras no se transmitan. A partir de la transmisión nos encontraremos con dos escenarios en cuanto a la calificación de la tesorería generada (por dicha transmisión):

- La tesorería generada en el año de la transmisión y los dos siguientes se calificará como activos afectos (interpretación del art. 5.2 LIS por el Tribunal Supremo antes citada) formando parte del activo total a considerar para realizar los cálculos que establece la LIS en el artículo 5, apartado 2.

- La misma tesorería una vez transcurridos dos años desde la transmisión, entendemos que debería ser calificada como activo no afecto puesto que otras calificaciones no se ajustarían al espíritu del precepto.

Más allá del horizonte temporal expuesto nos planteamos la calificación que merecerían los activos nuevamente comparados con la tesorería generada por la venta de los activos financieros calificados como afectos como consecuencia de la interpretación del Tribunal Supremo. Veámoslo con un ejemplo para mayor claridad:

### EJEMPLO

La entidad Z acumulaba tesorería procedente de su actividad ordinaria –y, por tanto, afecta– (venta de mobiliario) que invirtió en un fondo de inversión en 2014. Al año siguiente, vendió las participaciones del fondo de inversión volviendo a generar tesorería. Dicha tesorería se considera afecta en el ejercicio 2015 según la interpretación del Tribunal Supremo, tal y como hemos señalado anteriormente dado que procede de la transmisión de un activo afecto. Acto seguido, en el mismo año 2015 se invierte dicha tesorería en:

- a) Un bajo comercial para exposición de los productos (activo necesario). En este caso, dada su naturaleza el inmueble seguiría considerándose afecto.
- b) Un depósito. En este caso, creemos que lo más acertado sería considerarlo como activo no afecto porque, según criterio de la DGT (V2067/2016), la tesorería procede de la transmisión de un activo afecto. En cambio, si en lugar de invertir la tesorería en un depósito la hubiéramos mantenido como recursos líquidos, deducimos que se consideraría afecta hasta el año 2018 (ejercicio + 2 siguientes).

Como hemos visto en el ejemplo anterior, la interpretación de la norma tal y como hemos expuesto condiciona sumamente las políticas de inversión (materialización de la tesorería) en algunos de sus parámetros básicos, tales como horizonte temporal, cuantía y naturaleza del activo. El efecto inmediato de la norma es que las empresas que desarrollan actividades económicas y que obtienen beneficios tendrían que distribuirlos o introducir las exigencias de esta norma en las políticas de inversión para evitar la patrimonialidad sobrevenida, aun a costa de debilitar sus fondos propios –pensemos en la incoherencia financiera que pudiera implicar en caso de estar pensando en una futura expansión o, simplemente, si sus plazos de reinversión son distintos al plazo previsto en el art. 5.2 LIS–. Además, tal y como hemos avanzado ya, esto agrede de manera frontal a la finalidad perseguida por la nueva LIS al introducir ciertos incentivos para aumentar la capitalización y el patrimonio neto (estamos pensando, obviamente, en la reserva de capitalización y nivelación) y, por último, y no por ello menos importante, se atenta contra la libre organización de la empresa a la hora de fundamentar sus decisiones en criterios económicos (no tributarios).

En consecuencia, en la práctica, va a ser de la máxima necesidad extremar el control de los excesos de tesorería (importes, plazos, fines, vencimientos, etc.) derivados de la propia actividad o de la transmisión de elementos patrimoniales, con el aumento de costes administrativos que esto supondrá. **Piénsese que determinar qué activos financieros son afectos y no afectos de acuerdo con la regla de los dos años más el del ejercicio del artículo 5.2 de la LIS no es asunto baladí, sobre todo cuando una entidad realiza variadas inversiones con diferentes vencimientos, al tiempo que se sigue generando tesorería por la propia actividad del negocio. ¿Cómo saber qué tesorería es la que se destina a la compra de nuevos activos financieros?, ¿serviría un estado de origen y aplicación de fondos o habría que llevar un control individual de cada inversión financiera?** Lo que sí puede afirmarse es que el control administrativo interno que debería llevarse para atender a la calificación de la entidad como patrimonial o no supone un incremento de costes para la empresa. A nuestro juicio, se trata de una carga burocrática innecesaria que podría haberse resuelto con una regulación más asequible y precisa.

Si se nos permite, llegados a este punto, aparcaremos durante unas frases «el ser» para realizar un breve inciso sobre «el deber ser», dada la importancia de la cuestión. Con la restricción de las medidas contra la patrimonialidad sobrevenida, el legislador más que por una lógica económica que contribuya al crecimiento y expansión del tamaño de la empresa parece guiado por un afán recaudatorio y lo que persigue es «forzar» a la salida de estos beneficios mediante dividendos o reducciones de capital. Aunque quizá su vital importancia pueda pasar desapercibida, este hecho es fundamental puesto que el principal problema de las empresas españolas en comparación con el mercado internacional no es realmente de productividad, es de tamaño. A un mismo tamaño la empresa española se muestra fuertemente competitiva siendo el problema principal la gran cantidad de pymes existentes en nuestro tejido empresarial (es lo que el catedrático de Harvard University, Pol Antràs, ha denominado «la paradoja española»)<sup>6</sup>.

### Consultas V2129/2007, de 8 de octubre (NFC027733) y V0457/2007, de 28 de febrero (NFC025069): ¿Cómo probar que un elemento está afecto?

La justificación o prueba de estar un elemento afecto o no a la actividad *es posible* según se desprende de la contestación efectuada por la propia DGT a otra consulta, en concreto, la Consulta V0457/2007, así como la V2129/2007<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> ANTRÀS, P.; SEGURA-CAYUELA, R. y RODRÍGUEZ-RODRÍGUEZ, D. (2010): «Firms in International Trade (with an Application to Spain)», SERIEs Invited Lecture at the XXXV Simposio de la Asociación Española de Economía.

<sup>7</sup> «La utilización exclusiva de un elemento patrimonial en una determinada actividad económica, en definitiva, su afectación, podrá acreditarse mediante cualquiera de los medios de prueba generalmente admitidos en Derecho. En todo caso, la valoración de tal circunstancia no corresponde a este Centro Directivo sino a los Servicios de comprobación e inspección de la Administración Tributaria, que podrán tomar en consideración, si así lo estiman oportuno, la proporcionalidad, volumen o permanencia de los activos de que se trate en función del total activo de la entidad y del tipo de actividad a que esta se dedique, entre otros parámetros económicos o financieros de la entidad que consideren oportuno para la formación de su criterio».

De esta consulta, podemos resaltar la llamada a la proporcionalidad, volumen o permanencia de los activos en función del total activo de la entidad y del tipo de actividad. A este hecho es al que hacíamos referencia al hablar del necesario papel que la delimitación negativa debe jugar como elemento informador de la situación de cada contribuyente.

Por otra parte, en cuanto al medio de prueba se expresa la consulta en términos idénticos al artículo 106 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Y, por último, parece inferirse del primer párrafo citado de la consulta, que el uso exclusivo es equivalente a la afectación. Si bien este matiz no era necesario, dada su lógica.

## V. PRINCIPALES EFECTOS DE LA PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

Además de los gravosos efectos que puede tener en sede del impuesto sobre el patrimonio y el impuesto sobre sucesiones y donaciones (los cuales no son objeto del presente trabajo), en el IS la patrimonialidad sobrevenida tendría las siguientes desventajas:

- No poder aplicar los incentivos de empresas de reducida dimensión (art. 101.1.2.º párrafo LIS).
- No resulta aplicable el tipo impositivo previsto para las entidades de nueva creación (art. 29.1 b).2.º párrafo LIS).
- En caso de venta de participaciones en dichas sociedades, los socios no pueden disfrutar plenamente de la exención por doble imposición aplicable en estos casos (art. 21.5 a) LIS).
- Imposibilidad de compensación de bases imponibles negativas en caso de cambio accionarial (art. 26.4 c).3.º LIS).

## VI. SITUACIÓN FUTURA Y POSIBLES MEDIDAS FRENTE A LA PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

### A) SITUACIÓN FUTURA

El impacto de la patrimonialidad sobrevenida, como no podía ser de otra forma, va a depender del actuar de la Administración tributaria y su concreción a través de los criterios administrativos y jurisprudenciales que se vayan produciendo.

Lo que sí sabemos es que dicha situación obligaría a la aplicación de menores beneficios fiscales (como hemos visto), así como a un ensanchamiento de bases imponibles (que, como de-

claró el ministro de Hacienda al explicar el RDL 3/2016 el pasado mes de diciembre, es una de las finalidades de las últimas reformas administrativas).

No cabe duda de que puede constituir otra fuente de conflicto tributario con la Administración si la misma opta por criterios poco flexibles y excesivamente interesados (fines meramente recaudatorios).

## B) POSIBLES MEDIDAS PARA EVITAR LA PATRIMONIALIDAD SOBREVENIDA

Ante tales perspectivas, será fundamental la planificación empresarial para evitar la patrimonialidad sobrevenida, o revertirla en caso de que se hubiera producido ya. Como hemos anticipado, ello va a implicar unos costes de administración y control (tesorería, plazos de inversión y desinversión, tipos de financiación, etc.), correspondiendo en última instancia a las entidades decidir qué les resulta más ventajoso: si asumir dichos costes y aplicar los incentivos que la norma le permite al no ser patrimonial o, por el contrario, devenir en patrimonial y ahorrarse dichos costes pero con las penalizaciones expuestas en el epígrafe anterior.

Pensamos que algunas alternativas para evitar la patrimonialidad sobrevenida en el actual marco normativo podrían ser las siguientes:

- a) Repartir dividendos lo cual acarreará consecuencias impositivas tanto para los socios (tributación en sede de IRPF o IS, dependiendo de la estructura societaria) como para la propia sociedad (la cual verá como se reduce su capacidad inversora y se interrumpen los ciclos de reinversión con la autofinanciación).
- b) Cuando se produzcan beneficios, habrá que invertir los mismos en activos afectos directamente a la actividad de la empresa para así evitar los problemas antes comentados respecto a la tesorería y las inversiones financieras. No obstante, esta solución parece fácilmente realizable desde una perspectiva teórica, pero en la realidad empresarial los flujos de beneficios suelen ser constantes mientras que las oportunidades de inversión suelen ser puntuales. Además, no siempre las necesidades de renovación de bienes de equipo para las empresas coincidirán en el tiempo con las exigencias temporales que la normativa establece para evitar la patrimonialidad sobrevenida.
- c) Cuando la filosofía financiera de la empresa sea la colocación del excedente de tesorería procedente del negocio en activos financieros, habrá que escoger inversiones a largo plazo. En este sentido, creemos conveniente invertir en vehículos procedentes de instituciones de inversión colectiva (SICAV, fondos de inversión, etc.) puesto que las transmisiones de los activos financieros subyacentes son realizados por el vehículo de inversión y no por la propia empresa y, de esta forma, evitamos tener que calificar dichos activos como afectos o no en función de los parámetros expuestos en líneas anteriores.

- d) Como alternativa de cierre, sería interesante plantear una estrategia mixta que integrara las diferentes medidas anteriores que fuera compatible con las necesidades de inversión de la empresa, tanto en activos afectos directamente al negocio como en activos financieros, así como en la política de dividendos de la entidad.

## VII. CONCLUSIONES

- 1.<sup>a</sup> El concepto de patrimonialidad no ha quedado suficientemente definido por la LIS a pesar de que fuera uno de sus objetivos, como tampoco han sido suficientemente claras las consultas de la DGT, quedando tal concepto, en muchos aspectos, sujeto a interpretación, como así lo demuestran las múltiples consultas formuladas en un breve lapso de tiempo desde su regulación. Como ya hemos apuntado en líneas anteriores, pensamos que la falta de seguridad jurídica se traducirá en una nueva fuente de conflicto con la Administración tributaria, aunque habrá que esperar a ver qué papel quiere desempeñar la Agencia Tributaria en esta materia.
- 2.<sup>a</sup> En la práctica empresarial, como hemos tenido ocasión de comentar, los sujetos pasivos deberán llevar un control exhaustivo de la tesorería que se va generando, de los plazos de inversión y desinversión y, por supuesto, de los distintos elementos patrimoniales que configuran el activo.
- 3.<sup>a</sup> Por último, y a pesar de lo comentado en las conclusiones anteriores, tenemos la esperanza –quizá ilusoria– de que Hacienda no aplique de forma taxativa el artículo 5.2 y se vayan aclarando los conceptos expuestos en este trabajo.

---

## Bibliografía

ANTRÀS, P.; SEGURA-CAYUELA, R. y RODRÍGUEZ-RODRÍGUEZ, D. [2010]: «Firms in International Trade (with an Application to Spain)», SERIES Invited Lecture at the XXXV Simposio de la Asociación Española de Economía.

BORRÁS AMBLAR, F. y NAVARRO ALCÁZAR, J. V. [2016]: *Impuesto sobre sociedades (1). Régimen General. Comentarios y casos prácticos*, 6.<sup>a</sup> edición, Madrid: CEF.

GABINETE TÉCNICO DEL CEF [2008]: *Plan General de Contabilidad*, Madrid: CEF.

VV. AA. [2010]: *Todo contabilidad*, Edición Contable, CISS.

VV. AA. [2015]: *Memento práctico Fiscal 2015*, Ediciones Francis Lefebvre.

VV. AA. [2016]: *Memento Impuesto sobre sociedades 2016*, Ediciones Francis Lefebvre.

## LA APORTACIÓN DE NUEVAS PRUEBAS EN PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN

**Análisis de la STS de 20 de abril de 2017 (rec. núm. 615/2016)**

**Javier Bas Soria**

*Doctor en Derecho  
Inspector de Hacienda del Estado  
Profesor de CEF.- UDIMA*

---

### EXTRACTO

Los tribunales económico-administrativos han venido sosteniendo, con mayores o menores matizaciones, que la aportación de documentación relativa a los hechos comprobados en los procedimientos de aplicación de los tributos debe aportarse, exclusivamente, en tales procedimientos, no siendo posible su aportación en fase de revisión.

Con la Sentencia de 20 de abril de 2017 el Tribunal Supremo ha contradicho tal criterio, estableciendo la admisibilidad de cualquier prueba relevante en los procedimientos de revisión, aunque haya sido previamente requerida por un órgano de aplicación de los tributos y no fuera aportada.

---

## 1. SUPUESTO DE HECHO

Una entidad no residente presentó en noviembre de 2008 una solicitud de devolución de las cuotas del impuesto sobre el valor añadido (IVA) soportadas como empresario no establecido en el territorio de aplicación del impuesto (TAI) al amparo de lo previsto en el artículo 119 de la Ley 37/1992, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA).

En ejercicio de la facultad prevista en el artículo 119.7 de la LIVA, que prevé la posibilidad de solicitar la aportación de información adicional y los justificantes necesarios para poder apreciar el fundamento de las solicitudes de devolución, por parte de la unidad administrativa competente (Oficina Nacional de Gestión Tributaria) se emitió requerimiento de información, ya que el solicitante figuraba como exportador y como sujeto que había realizado entregas intracomunitarias, operaciones que se excluyen de la aplicación del procedimiento especial del citado artículo 119 de la LIVA. Notificado dicho requerimiento, no fue atendido en plazo. Por esta causa, es decir, por no haber acreditado su derecho a la devolución, se dictó resolución denegando la devolución solicitada.

Contra dicha resolución se presentó recurso de reposición, formulando diversas alegaciones y aportando documentación acreditativa de su derecho, esencialmente, que las exportaciones y entregas intracomunitarias se referían a un periodo posterior a aquel para el que se solicitaba la devolución, en concreto, el ejercicio 2009. Dicho recurso fue desestimado, fundándose en la falta de acreditación de su derecho en el procedimiento de aplicación de los tributos.

Contra la desestimación se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), que fue nuevamente desestimada, confirmando la resolución de la Oficina Nacional de Gestión Tributaria, por no acreditar de manera fehaciente el derecho a la obtención de las cuotas satisfechas por el procedimiento establecido en el artículo 119 de la LIVA.

Contra esta resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (AN) en el que nuevamente se desestimó la pretensión de la entidad, confirmando la resolución del TEAC. Tal y como señala el propio Tribunal Supremo (TS) en su sentencia, el criterio que sostiene la AN en la sentencia recurrida consiste en rechazar la aportación de documentación que ampare un derecho del contribuyente, en recurso de reposición, so pretexto de que dicha documentación solamente puede aportarse en el procedimiento administrativo de aplicación de los tributos (de inspección o gestión) en que se haga valer dicho derecho; en ningún caso en un momento posterior, ni en vía administrativa, ni económico-administrativa ni tampoco en vía judicial.

Contra la citada sentencia se interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina que es el objeto de estudio en el presente análisis.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

### 2.1. SENTENCIAS DE CONTRASTE

Como sabemos, el recurso de casación para unificación de la doctrina se presenta en aquellos casos en los que existe contradicción entre sentencias de las Salas Contencioso-Administrativas de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) o de la AN entre sí o con el TS, ya se refieran a los mismos u otros litigantes, en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, que hubieren alcanzado pronunciamientos distintos. Por ello, el promotor del recurso debe presentar los pronunciamientos que se entienden contradictorios con la sentencia dictada en su caso litigioso, conocidas como sentencias de contraste.

La primera sentencia de contraste que se aporta es la del TS de 24 de junio de 2015 (rec. núm. 1936/2013 –NFJ059126–), relativa al caso de un empresario no establecido en el TAI que presentó solicitud de devolución de las cuotas del IVA soportadas en el ejercicio 2007.

Dicha solicitud fue desestimada también por la Oficina Nacional de Gestión Tributaria al entender que la solicitante no había aportado justificante, factura, documento o cualquier otro medio admisible en Derecho que probase que los servicios recibidos o bienes adquiridos en España estuviesen afectos a operaciones que otorgaran derecho a la devolución solicitada en los términos establecidos en el artículo 119 de la LIVA, después de haber sido requerido para que aclarase de forma detallada tal extremo.

El interesado formuló recurso de reposición, justificando su actividad y la procedencia de la devolución solicitada. Dicho recurso se entendió desestimado por silencio administrativo negativo.

Contra esta desestimación presunta se presentó la correspondiente reclamación económico-administrativa ante el TEAC, que fue igualmente desestimada al entender el citado tribunal que no se había acreditado en el procedimiento de aplicación la procedencia de la devolución solicitada, aunque se había acreditado en sede de reposición.

Contra la resolución del TEAC se interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la AN, que, en Sentencia de 16 de mayo de 2013 (rec. núm. 512/2011 –NFJ051048–), estimó el recurso interpuesto.

La Abogacía del Estado recurrió en casación ordinaria dicha sentencia, dictándose por el TS Sentencia de fecha 24 de junio de 2015 (rec. núm. 1936/2013) que estableció que lo único que se discutía era si la aportación de la documentación con posterioridad al requerimiento formulado por la Administración era ajustada a derecho, teniendo presente que dicha documentación justificaba materialmente la devolución pretendida. No se discutía, por tanto, la corrección sustantiva de esa documentación. Ante estos hechos la AN entendió que la pretensión actuada tenía que ser estimada, como así hizo la sentencia impugnada, pues resultaba evidente que se cumplían todos los requisitos materiales para entender ajustada a derecho la devolución solicitada. En consecuencia, el TS desestimaba el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado.

El TS afirma la evidente contradicción existente entre la sentencia recurrida y la primera sentencia de contraste, dada la identidad de hechos (que alcanza incluso al objeto que se pretendía acreditar con la aportación de la documentación, esto es, la procedencia de la devolución del IVA a un no establecido), y la discrepancia en los fallos: mientras que el TS afirmó la procedencia de la aportación de la nueva documentación, la AN, en la sentencia recurrida, no permite esta una vez finalizado el procedimiento de aplicación de los tributos.

La segunda sentencia de contraste aportada es la del TSJ de Castilla y León de 4 de febrero de 2013 (rec. núm. 1050/2009 –NFJ050557–).

En este caso se trataba de una liquidación dictada por el IVA, ejercicio 2005. Contra la misma se presentó un recurso de reposición en cuyo seno aportó cierta documentación que, según se lee en la sentencia de referencia, acreditaba la adecuación a Derecho de la autoliquidación de IVA presentada por el contribuyente. Sin embargo, dicho recurso de reposición fue desestimado por la Administración, que no tuvo en cuenta la documentación aportada.

Contra la desestimación se presentó reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Castilla y León, que fue desestimada.

Contra dicha resolución del TEAR se presentó recurso contencioso-administrativo, dictándose la meritada Sentencia de fecha 4 de febrero de 2013, que reconoció el derecho a que la documentación acompañada a su recurso de reposición fuera valorada y tenida en cuenta a la hora de resolverse en vía administrativa, sin que su aportación en dicho momento sea obstáculo insalvable para hacerlo, sobre todo cuando las pruebas no habían sido contradichas, ni siquiera puestas en duda por la Administración.

Otra vez afirma el TS la contradicción (a pesar de que los hechos no sean idénticos, como sin embargo ocurría en el caso anterior) pues la *ratio decidendi* es que no existe ningún obstáculo a la aportación de la documentación necesaria para la resolución del expediente con posterioridad a la finalización del expediente correspondiente.

La tercera y última sentencia de contraste es la del TSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de junio de 2012 (rec. núm. 1934/2009 –NFJ067013–).

En este caso, un contribuyente instó la rectificación de su autoliquidación de IVA al considerar que se había aplicado erróneamente el tipo impositivo. La Administración de Valencia-Guillem de Castro desestimó la solicitud de rectificación.

Contra dicho acuerdo se presentó la correspondiente reclamación económico-administrativa ante el TEAR de Valencia, aportando abundante documentación que acreditaba sus pretensiones. El TEAR de Valencia desestimó, afirmando que no cabía considerar la documentación aportada en vía económico-administrativa, pues la misma debía haber sido presentada ante el órgano de gestión.

Contra la resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de la Comunidad Valenciana, quien en su sentencia declaró que cabe la aportación de elementos de prueba

en vía económico-administrativa y deben ser tenidos en cuenta, a pesar de no haber sido presentados en la vía administrativa previa.

También en este caso afirma el TS la contradicción entre esta sentencia y la recurrida, pues lo que se está ventilando, afirma el TS, es la posibilidad de aportar documentación después del procedimiento de aplicación de los tributos. Desde nuestro punto de vista esta declaración resulta interesante, pues no establece diferencia entre la aportación de la documentación en el recurso de reposición y la aportación en vía económico-administrativa.

Añade además el TS que en el mismo sentido que esta sentencia se había pronunciado en la de 5 de noviembre de 2014 (rec. núm. 3119/2013 –NFJ056643–), en la que se planteaba si el órgano judicial puede tener en cuenta nuevos elementos de prueba aportados por primera vez en alzada ante el TEAR para acreditar la deducibilidad de los gastos declarados y no admitidos por la Inspección por falta de la debida justificación documental habiendo sido requerido el obligado tributario para ello. El tribunal entendió que la respuesta debía ser afirmativa, tanto desde la perspectiva de realidad de los gastos, ya que si de cualquier forma se acredita su existencia deben ser admitidos, como desde el punto de vista procesal, por considerar que se daban las circunstancias que justificaban la aportación de la documentación en un momento posterior al de la realización de la actividad de gestión, tanto si lo aportado era la documentación requerida como si eran otros elementos de prueba.

## 2.2. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

El tribunal concreta la cuestión objeto de litigio en si cabe, en sede de revisión (en concreto, en recurso de reposición), admitir el cumplimiento del requerimiento que no se realizó en fase de aplicación de los tributos.

La respuesta clara del TS es que debe aceptarse la documentación aportada por el contribuyente una vez finalizado el procedimiento de aplicación de los tributos. Cita en su conclusión la primera de las mencionadas sentencias de contraste, esto es, la Sentencia del propio TS de 24 de junio de 2015, cuyo contenido era claro y contundente: «El Abogado del Estado funda el motivo de casación en el siguiente razonamiento: [...] la documentación no fue aportada durante la tramitación del procedimiento de solicitud de devolución, sino una vez que el mismo había finalizado. Por lo tanto, la parte contraria no atendió el requerimiento que le fue dirigido para comprobar su derecho a la devolución del IVA, del ejercicio 2007. Razón por la que le fue denegada la misma; y no cabe admitir que, como con posterioridad aportó la documentación, ostenta el derecho a que le sea reconocido, porque de admitir esta interpretación, se dejaría en manos del contribuyente la tramitación del procedimiento administrativo, así como acreditar los requisitos para que le sea reconocido un derecho, cuando él lo estime oportuno, y no cuando la Administración le requiera para ello». «Hemos expuesto el razonamiento del Abogado del Estado porque en él se contiene una tesis hace mucho tiempo superada, probablemente desde la Ley Jurisdiccional de 1956. Esa tesis, la de que la documentación necesaria para la resolución del expediente tiene el límite temporal otorgado por la

Administración, obedece a la concepción revisora del proceso contencioso en el sentido más estricto. Es evidente que tal posición no puede ser hoy sostenida. Lo que constituye el objeto del proceso contencioso no es la revisión de un acto administrativo, sino la conformidad a derecho de una pretensión con referencia al acto administrativo impugnado, lo que de raíz, priva de fundamentación a la argumentación del Abogado del Estado. Avala la tesis de la recurrente la propia regulación que de la vía contencioso-administrativa hace la LJCA, pues es indudable que esta parte puede presentar con la demanda toda la documentación y prueba de la que disponga para acreditar su derecho, como dispone el artículo 56.3 de la UCA, y si esto es así en vía jurisdiccional, con más razón debe ser así cuando la documentación se aporta en sede de recurso de reposición ante la propia Administración gestora. En este sentido la Sala no puede compartir la oposición que realiza la representación estatal sobre la imposibilidad de aportar en vía judicial nuevos elementos de prueba no esgrimidos por el obligado tributario con anterioridad en la vía administrativa para avalar los hechos sobre los que se funda la pretensión ejercitada, pues el carácter revisor de la jurisdicción solo impide alterar los hechos que individualizan la causa de pedir o modificar las pretensiones».

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

La posibilidad de aportar pruebas y documentos en un momento posterior al que fueron requeridas, particularmente una vez finalizado un procedimiento de aplicación de los tributos, ha sido una cuestión controvertida.

La falta de admisibilidad de tal aportación arranca de la doctrina sentada por el TEAC, que entiende que la documentación que se pudo aportar en el procedimiento de aplicación de los tributos y no se aportó no puede ser aportada en fase de revisión. Aunque este criterio se ha sostenido de forma más o menos recurrente, especial relevancia en su formulación tuvo la Resolución del TEAC de 30 de septiembre de 2005 (R. G. 1274/2003 –NFJ022253–), cuyo criterio se reiteró, entre otras, en Resoluciones de 16 de mayo de 2007 (R. G. 1347/2006 –NFJ028017–) y de 16 de febrero de 2012 (R. G. 2571/2010 –NFJ046302–). En concreto, en la Resolución de 30 de septiembre de 2005 se decía:

«A este respecto, este Tribunal Central ha sentado la doctrina de que, salvo circunstancias excepcionales, que no concurren en el presente caso, las pruebas relevantes para la adecuada regularización de la situación tributaria han de aportarse ante el órgano de gestión competente, manteniendo el criterio de que el procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas no es el momento procesal oportuno para aportar las pruebas que debieron serlo en el procedimiento de inspección y comprobación, ya que con ello se pretende sustraer de este procedimiento la función básica que lo justifica, que es contrastar, analizar e integrar con el resto la información y justificación aportada por el contribuyente permitiendo con ello llegar a las consiguientes conclusiones. En este sentido este Tribunal Central concretamente, en Acuerdos de 14 de septiembre de 2001 y 21 de abril de 2005 (R. G. 777-97 y 2493-02), establecía este Tribunal Central que el obligado tributario no puede pretender que en vía económica administrativa se

tengan en cuenta hechos que no manifestó ante la Inspección. En efecto, las relaciones jurídicas entre los obligados y la Administración tributaria se encauzan en procedimientos legalmente regulados, de manera que ni el de inspección puede confundirse con el de revisión, ni cabe mezclar las finalidades o la actividad administrativa propia de uno u otro: a la Inspección le corresponde la investigación y comprobación de los hechos determinantes de las liquidaciones tributarias (art. 140 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963), mientras que la revisión económico-administrativa ha de referirse a la valoración que de tales hechos haya determinado el acto que se impugne. Por tanto, no puede quedar al arbitrio de los obligados tributarios el procedimiento en que han de examinarse los hechos que puedan convenir a sus intereses».

A pesar de lo tajante de esta resolución, su aplicación por los tribunales económico-administrativos se había realizado de una forma bastante racional; en el sentido que tal doctrina se invocaba, exclusivamente, para tratar de atajar situaciones de posible fraude procesal y de abuso de Derecho por parte del contribuyente.

Piénsese que los tribunales económico-administrativos tienen un función exclusivamente revisora y que sus facultades inquisitivas se encuentran ciertamente limitadas, tanto normativa como fácticamente, y ello no permite advenir la realidad de ciertos documentos presentados. Así, por ejemplo, cuando el contribuyente ha sido requerido para justificar determinados aspectos relativos a la realidad de una operación mediante la aportación de determinadas pruebas o elementos justificativos y dichos documentos no son entregados al órgano de aplicación de los tributos, que puede realizar las actuaciones pertinentes para comprobar la veracidad y adecuación de lo aportado, sino que son hurtados al conocimiento de estos órganos y aportados en fase de revisión, cuando el tribunal económico-administrativo no puede ni debe realizar actuaciones para ver si tales documentos son o no ciertos, se produce un fraude procesal de difícil solución y en el que el contribuyente falto de honradez puede sacar un indebida ventaja. En estas situaciones, la invocación de esta doctrina del TEAC era, a nuestro juicio, ponderada y razonable.

Pero ciertamente la rotundidad del pronunciamiento del TEAC hizo que su doctrina fuera aplicada mucho más allá de estos razonables límites y se convirtiera en un supuesto de general invocación. Especialmente desacertado nos parece cuando la misma se invocaba ante un procedimiento de aplicación de los tributos en el que, por una razón u otra, no había habido audiencia efectiva del contribuyente, que no había comparecido; o cuando se aplicaba en el recurso de reposición, pues si bien es cierto que en fase de revisión el órgano competente adolece de las mismas limitaciones para la comprobación que hemos expuesto para los tribunales económico-administrativos, se trata del propio órgano que ha seguido las actuaciones de comprobación y puede, de forma más sencilla, retomar las actuaciones inquisitivas y llegar a la resolución más ajustada a Derecho y no solo una basada en la falta de documentación acreditativa de lo que se quería probar.

El propio TEAC pareció en cierto momento dispuesto a ampliar la aplicación de esta doctrina, amparando esta restricción en el recurso de reposición que precisamente acabamos de cuestionar. Así, en Resolución de 19 de octubre de 2012 (R. G. 3705/2010 –NFJ049166–) se dice:

«Y es que, en nuestro caso, si bien se atendió el requerimiento efectuado y se aportaron las facturas relativas a los servicios de transporte, no se aportó nada de lo solicitado en relación con los servicios de alojamiento y *business services*. La ausencia de la justificación documental del gasto a través del original de la factura impide el ejercicio del derecho a la devolución a través del régimen especial previsto en el artículo 119 de la LIVA.

En este sentido, debemos afirmar que, no solo el interesado dispuso de un tiempo suficiente para aportar la documentación, sino que durante ese tiempo aportó la documentación que quiso y no toda la solicitada. Es a la vista del Acuerdo de devolución parcial cuando, en el plazo para recurrir, aporta la restante documentación, en este caso las facturas de alojamiento y *business services*.

Aceptar la posibilidad de aportar los documentos requeridos en este momento, convertiría al recurso de reposición en un nuevo procedimiento de aplicación de los tributos, pues implicaría prolongar la tramitación del iniciado con la presentación de la solicitud de devolución efectuada en su día.

La documentación aportada y alegaciones efectuadas por el interesado en el procedimiento de revisión no subsanan por sí solos la falta de atención completa del requerimiento efectuado por el órgano liquidador en el procedimiento de gestión que desemboca con la resolución en la que se deniega de forma parcial la devolución solicitada.

No se trata, en consecuencia, de un llevar el rigor formal hasta sus últimas consecuencias, sino de atender a la naturaleza y finalidad de cada procedimiento, que quedarían desdibujadas si en el curso de los de revisión se aceptaran nuevos documentos no aportados antes (pudiendo haberlo hecho) y que fueron requeridos desde un primer momento».

Frente a ello, el TS en la sentencia que estamos analizando, mediante cita expresa de su precedente en su propia Sentencia de 24 de junio de 2015, enfatiza que su fallo no se dicta por una cuestión procedimental, sino porque el fin último del procedimiento es garantizar el acierto de la resolución administrativa y el de los procedimientos de revisión, particularmente, determinar «la conformidad a derecho de una pretensión con referencia al acto administrativo impugnado», lo que evidentemente una negativa a examinar cuanto se haya podido aportar tardíamente no garantiza y, en no pocas ocasiones, es un pretexto para mantener un acto evidentemente erróneo.

Por otro lado, la sentencia del TS que examinamos se produce justamente en un caso en el que concurren las dos circunstancias que hemos expuesto como supuestos paradigmáticos de lo que nunca debería haberse entendido incluido en la doctrina del tribunal económico-administrativo: un caso de falta de audiencia efectiva al contribuyente en el procedimiento de aplicación de los tributos e invocación de la citada doctrina por el propio órgano de comprobación en el recurso de reposición, escondiendo ambas circunstancias que, en realidad, el contribuyente tenía derecho a lo solicitado. No resulta extraño, pues, que la suma de ambas circunstancias resulte especialmente rechazable al TS (de hecho, la Sentencia de 24 de junio de 2015 que reitera esta, se produjo, como hemos visto al ver las sentencias de contraste, en un supuesto exactamente igual al que ahora estudiamos).

No puede dejar de notarse en este estudio que, aun antes del pronunciamiento del TS, el TEAC, quizá consciente de que empezaba a existir un uso abusivo de su doctrina, había comenzado a matizar la misma, quizá sin indicar que esta se encontraba ya superada, en la dirección que indicábamos en los párrafos anteriores como uso racional y ponderado de la doctrina inicial del TEAC.

Así, podemos reseñar la Resolución de 23 de enero de 2014 (R. G. 761/2012 –NFJ054012–), cuyo criterio se reitera en otras resoluciones, como, por ejemplo, la de 20 de marzo de 2014 (R. G. 4904/2011 –NFJ054007–), en la que precisamente se destaca la necesaria ponderación que debe existir entre, por una parte, la obligación de atender a requerimientos y la facultad de dictar resolución con los documentos aportados y, por otra, el derecho a la tutela judicial efectiva, limitando la aplicación de su doctrina a los supuestos abusivos. Así señala la Resolución de 23 de enero de 2014 referida:

«El hecho de que los procedimientos revisores en materia tributaria tengan su específico régimen jurídico no impide aplicar supletoriamente la ley común a todos los procedimientos administrativos (Ley 30/1992), entre cuyos preceptos se encuentra una regla, no contemplada expresamente en la LGT, encerrada en el apartado 1 del artículo 112, según la cual "no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos hechos, documentos o alegaciones del recurrente cuando, habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones, no lo haya hecho". Esta norma contiene una regla que no es más que la concreción positiva para el ámbito administrativo común del principio general de que la ley no ampara el abuso del derecho (art. 7.2 del Código Civil), en este caso, el abuso del derecho procesal. Qué duda cabe de que dicho principio tiene por finalidad impedir que resulte inútil el trámite de alegaciones y pruebas de los procedimientos de aplicación, como así resultaría si los interesados pudieran elegir, a su arbitrario antojo, el momento en el que presentar pruebas y alegaciones, por cuanto que ello sería contrario a un elemental orden procesal.

Sin embargo, tampoco debe abrigar ninguna duda que tal regla deba aplicarse con cautela, al estar limitada por el principio constitucional de tutela judicial efectiva, principio que también debe inspirar los procedimientos administrativos revisores (incluidos los tributarios) previos a los judiciales.

El equilibrio entre ambos principios pasa por el hecho de que se constate el presupuesto del artículo 112 de la Ley 30/1992, esto es, y en lo que al presente caso interesa, que el interesado haya aportado en el recurso de reposición documentos que, pese a disponer de ellos o estar en condiciones de hacerlo a lo largo del procedimiento, se sustrajeran del mismo para ser aportados en ulterior recurso de reposición.

En el presente caso, la entidad reclamante atendió el requerimiento efectuado mediante la aportación de las facturas relativas a los bienes y servicios adquiridos, es decir, se aportaron medios de prueba en los términos indicados en el requerimiento, tal como se indica en el antecedente de hecho primero de esta resolución. No obstante, no se aportó aclaración de las operaciones realizadas en España ni del destino de los

bienes y servicios adquiridos, y es precisamente en la ausencia de esta información, que se califica como de simple aclaración, en la que la Administración tributaria fundamenta la denegación de la solicitud de devolución controvertida».

Dos cuestiones muy relevantes quedan tras esta exposición. La primera es si debemos entender que la jurisprudencia reiterada del TS alcanza no solo a la doctrina a la que nos referíamos con la Resolución de 30 de septiembre de 2005, sino también a la matizada que ejemplificábamos con la cita de la Resolución de 23 de enero de 2014.

A nuestro juicio, el pronunciamiento del TS es tan amplio y completo que no cabe introducir limitación alguna. Puede parecernos razonable la ponderación de circunstancias que propone el TEAC en la Resolución de 23 de enero de 2014, pero el criterio TS no parece admitir excepciones: en todo caso y en todo momento debe admitirse y valorarse la prueba aportada por el interesado; aunque este la hurtara en un momento procesal anterior.

La segunda cuestión que cabe plantear, corolario lógico de la que se acaba de tratar, es cuál puede ser la línea a seguir por los órganos de revisión administrativos tras este pronunciamiento reiterado del TS.

A nuestro juicio, la evidente obligación de acatamiento de la jurisprudencia del TS, unida a la imposibilidad de desarrollar una función de comprobación que está vedada para los órganos revisores, va a suponer que, en muchos casos, la aportación de la documentación obligue a reponer las actuaciones al momento procesal oportuno para que sea comprobada y, en su caso, valorada, la documentación aportada. Ciertamente, en algunos casos, al amparo del principio de libre valoración de la prueba, los tribunales podrán despachar, en un sentido o en otro, la prueba presentada, por ser improcedente para acreditar la cuestión litigiosa; pero sin duda quedarán un buen número de casos, posiblemente de gran enjundia, en los que no será posible llegar a una solución sin remitir nuevamente el procedimiento al órgano de aplicación de los tributos.

Una pequeña reflexión, muy personal, es que, aunque poco o nada cabe objetar al criterio del TS, justo y claro desde nuestro punto de vista; una vez más, parece que la generalización indiscriminada de un comportamiento simplista por la Administración termina dotando de un instrumento más al peor y más recalcitrante grupo de los incumplidores tributarios; nos explicamos, creemos que si la Administración no hubiera abusado en tantos casos, eximiéndose de examinar la documentación aportada que justificaba lo cuestionado, para sostener actos administrativos erróneos, nunca habríamos llegado al pronunciamiento del TS que puede ahora utilizar quien pretende emplear documentación falseada para amparar derechos que no le corresponden, dificultando la normal instrucción del procedimiento y tratando de generar mayores complejidades que pueden redundar en cualquier fallo procedimental del que sacar ventaja en una impugnación. Como diría un castizo, «de aquellos polvos, estos lodos».

## CASOS PRÁCTICOS DE EXENCIONES EN EL IVA INTERNACIONAL

**Javier Bas Soria**

*Doctor en Derecho  
Inspector de Hacienda del Estado  
Profesor de CEF.- UDIMA*

---

### EXTRACTO

Se analizan supuestos prácticos de aplicación de las principales exenciones previstas en el IVA para las operaciones internacionales: exportaciones y servicios relacionados con las mismas, operaciones asimiladas a las exportaciones, regímenes aduaneros y fiscales, y entregas intracomunitarias de bienes.

**Palabras clave:** exportaciones; servicios relacionados con las exportaciones; operaciones asimiladas a las exportaciones; exenciones de regímenes aduaneros y fiscales; entregas intracomunitarias de bienes.

---

## SUPUESTO PRÁCTICO 1

### Exportaciones

Una empresa española ha participado en las operaciones que a continuación se describen, deseando saber si las mismas pueden acogerse a la exención por el artículo 21 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido (LIVA), relativo a las exportaciones:

- Ha prestado un servicio de transporte consistente en la recogida de mercancías en la fábrica sita en el territorio de aplicación del impuesto (TAI) de un empresario español que ha vendido las mismas a otro empresario argentino y las ha transportado hasta el puerto de Sagunto, ocupándose igualmente de la carga de las mismas en el buque que las debe transportar hasta Argentina. Las condiciones pactadas para el transporte de la mercancía son FOB (*Free on board*), por lo que el servicio ha sido pactado con el protagonista de nuestro supuesto por el empresario español vendedor.
- Ha prestado un servicio de transporte consistente en la recogida de mercancías de un almacén sito en el TAI para un empresario japonés que las ha adquirido en esa misma semana y su transporte hasta el aeropuerto de Castellón, desde donde se van a llevar por vía aérea a Japón. El destinatario de dicho transporte es un transitario, que actúa en nombre propio y por cuenta del empresario japonés exportador.
- Ha prestado un servicio idéntico al anterior, aunque con destino al aeropuerto de Valencia, pero en este caso el destinatario del mismo es otro empresario del transporte que actúa en nombre propio pero por cuenta del mismo empresario japonés adquirente de las mercancías.
- Ha prestado un servicio consistente en el reconocimiento de las mercancías a introducir en un contenedor en el TAI, por cuenta del adquirente de las mismas, que es un empresario suizo. Una vez se introduzcan en el contenedor este será sellado y remitido a la sede del empresario suizo en Ginebra.
- Ha prestado un servicio consistente en el transporte de mercancías por cuenta de su adquirente, que es un empresario alemán. Las mercancías serán recogidas en el TAI en la sede del vendedor y se transportarán a la sede que el empresario alemán tiene en Múnich.
- Ha prestado un servicio consistente en el asesoramiento a otro transportista en las gestiones a realizar con ocasión de un transporte en la exportación de mercancías.

## SOLUCIÓN

### 1.1. TRANSPORTE A SAGUNTO

Con carácter previo al examen de esta operación y para su correcta calificación, debemos destacar que la entrega de mercancías realizada por el empresario español será una exportación directa de las contempladas en el artículo 21.1.º de la LIVA («Las entregas de bienes expedidos o transportados fuera de la Comunidad por el transmitente o por un tercero que actúe en nombre y por cuenta de este»), ya que la transmisión del poder de disposición se efectúa en el TAI (al haberse pactado condiciones FOB, la transmisión del poder de disposición de las mercancías se produce en el momento del embarque en el buque, que está en ese momento dentro del TAI), pero una vez ya despachada de exportación, por lo que el transporte fuera de la Comunidad se realiza por el transmitente. Así se deriva, además, de la Consulta de la Dirección General de Tributos (DGT) 854/2003, de 19 de junio (NFC017972), en la que se dice:

«El consultante afirma en su escrito que vende la mercancía en condiciones de entrega FOB puerto de embarque. El incoterm FOB (Free on board) significa que el vendedor cumple con su obligación de entrega cuando la mercancía ha sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque convenido, lo que comporta que el comprador deba soportar todos los gastos y riesgos de pérdida o daño de la mercancía a partir de aquel punto. Dado que el vendedor cumple con sus obligaciones cuando la mercancía ha traspasado la borda del buque, hasta ese momento, se habrá hecho cargo de todos los costes y riesgos, así como de las gestiones aduaneras correspondientes, necesarias para sacar las mercancías del país de origen. Las condiciones de entrega FOB exigen pues, que el vendedor despache la mercancía de exportación.

Finalmente señalar que el exportador será, en cualquier caso, la persona que presente a la aduana el DUA de exportación por su cuenta y tenga en ese momento la propiedad o derecho de disposición sobre las mercancías. Si presentada la declaración, la mercancía sale de territorio aduanero, lo que se acredita mediante el visado del ejemplar número 3 de la declaración de exportación por la aduana de salida, la exportación se perfecciona en ese momento, sin que esta operación quede afectada por posibles subsiguientes reventas de dicha mercancía».

Así pues, el transporte que nos ocupa será un transporte relacionado con una operación de exportación. El apartado 5.º del artículo 21 de la LIVA declara la exención para los servicios vinculados con las exportaciones, siempre que se presten a quienes realicen las exportaciones, a los destinatarios de los bienes o a sus representantes aduaneros, y que además se lleven a cabo con ocasión de dichas exportaciones; circunstancia que concreta el artículo 9.1.5.º del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre el valor añadido (RIVA), al señalar que se entenderá cumplido cuando los servicios se realicen a partir del momento en que

los bienes se expidan directamente con destino a un punto situado fuera de la Comunidad o bien a un punto situado en zona portuaria, aeroportuaria o fronteriza en que se efectúen las operaciones de agregación o consolidación de las cargas para su inmediato envío fuera de la Comunidad.

Evidentemente ambas condiciones se cumplen en el presente caso, ya que al tratarse de una exportación directa tendrá la condición de exportador el empresario español que vende las mercancías, y el servicio de transporte se presta precisamente con destino a la exportación. En este sentido, conviene recordar que ya desde los momentos iniciales de aplicación del IVA se consideró que el transporte era un servicio relacionado con la exportación (Consulta vinculante de la DGT de 17 de julio de 1986 –NFC005354–), si bien se matizaba que no quedan incluidos transportes previos a su remisión fuera de la Comunidad o a la zona portuaria o aeroportuaria (Consulta vinculante de la DGT de 26 de junio de 1986 –NFC005275–, que excluye el transporte a un almacén donde se prepara la fruta para su exportación).

Igualmente, las operaciones de carga de las mercancías en el buque quedarán cubiertas por esta exención, lo que también se viene declarando desde la ya lejana Consulta vinculante de la DGT de 17 de julio de 1986 anteriormente citada.

## 1.2. TRANSPORTE A CASTELLÓN

También en este caso debemos comenzar analizando la entrega previa, como condición para la regla aplicable a continuación.

A este respecto, el artículo 21.2.º de la LIVA contempla como operación exenta la exportación indirecta en régimen comercial, que se define de la siguiente forma: «Las entregas de bienes expedidos o transportados fuera de la Comunidad por el adquirente no establecido en el territorio de aplicación del impuesto o por un tercero que actúe en nombre y por cuenta de él».

La diferencia con la exportación directa viene determinada porque, en este caso, es la empresa adquirente la que realiza la exportación, pues se debe haber producido la transmisión del poder de disposición antes de la salida aduanera de las mercancías.

La principal condición a que se supedita esta operación es que el adquirente debe ser un empresario no establecido en el TAI, tal y como remarca la Consulta de la DGT V2060/2011, de 15 de septiembre (NFC042319), no siendo aplicable cuando el adquirente sea un empresario establecido en el TAI.

Añade el apartado 2.º A) del artículo 9.1 del RIVA que el plazo en el que se debe producir la salida de las mercancías es de un mes desde su puesta a disposición; cuestión que se cumple en el supuesto que estudiamos, según los datos aportados.

No obstante, sobre la vigencia de dicho plazo cabe destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de diciembre de 2013, asunto C-563/12, von Dan-

witz (NFJ052886), en la que se dice que los artículos 146.1 y 131 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige que, en el marco de una entrega de bienes para la exportación, los bienes destinados a la exportación fuera de la Unión abandonen el territorio de la Unión Europea dentro de un plazo fijo de tres meses o de 90 días a partir de la fecha de entrega, cuando la simple superación del plazo tenga por consecuencia privar definitivamente al sujeto pasivo de la exención de dicha entrega. Resulta a nuestro juicio bastante clara la incompatibilidad de la previsión reglamentaria con este pronunciamiento, pues el artículo 146.1, letra b), de la Directiva refundida recoge la exención en las exportaciones indirectas, por lo que esta previsión se encuentra afectada directamente por la sentencia.

El servicio de transporte, relacionado como acabamos de ver con una operación de exportación, entra dentro del ámbito de la exención por aplicación del artículo 21.5.º de la LIVA. Ahora bien, la particularidad en este caso viene determinada por la condición del destinatario, que es un transitario que actúa en su propio nombre, según propone el caso.

Según la normativa, los destinatarios de los servicios exentos deben ser quienes realicen las exportaciones, los destinatarios de los bienes, sus representantes aduaneros, o los transitarios y consignatarios que actúen por cuenta de unos u otros.

La particularidad que se da con transitarios, consignatarios y agentes de aduanas, según dicha redacción legal y la interpretación realizada por la DGT, es que pueden recibir los servicios en nombre propio, aunque por cuenta de exportadores o adquirentes de los bienes, y aplicar la exención; mientras que los demás intermediarios solo pueden aplicar la exención cuando actúen en nombre y por cuenta de sus mandantes, exportadores o adquirentes de las mercancías. En este sentido se pronuncia la Consulta de la DGT V0800/2017, de 30 de marzo (NFC064952), que señala lo siguiente:

«Es criterio reiterado de este Centro directivo que los servicios de transporte con ocasión de operaciones de exportación resultarán exentos del impuesto cuando los destinatarios del servicio de transporte sean quienes realicen las exportaciones o envíos de los bienes o los adquirentes de los mismos, así como "los transportes que se presten a los transitarios, consignatarios o agentes de aduana, aunque actúen en nombre propio, pero siempre que dichas personas actúen por cuenta del exportador o del adquirente, en el sentido de que el transporte se refiera a mercancías que efectivamente se exporten y que dichos exportador o adquirente encarguen a aquellas personas que contratan el referido transporte de las mercancías, sea en nombre propio (con facturación a tales personas), sea en nombre ajeno (con facturación al exportador o adquirente extranjero)" (Resolución no vinculante de 10 de junio de 1994) y, ello por "la especial función que dichos profesionales desempeñan en las operaciones de importación y de exportación de mercancías, pudiendo apreciarse una relación directa entre los servicios que se prestan a los citados profesionales y las operaciones de comercio exterior.

Esta circunstancia, sin embargo, no se da en los demás intermediarios y, además, por razones de gestión no es razonable extender la exención a estos intermediarios sin limitación alguna porque en esas circunstancias no sería posible comprobar en todos los casos la relación directa entre los servicios de transporte y las exportaciones" (Resolución no vinculante de 25 de enero de 1999).

Debe tenerse en cuenta que transitarios, consignatarios y agentes de aduanas son agentes fundamentales en las operaciones de exportación de los que se sirven los exportadores para la representación ante la aduana de la realización de las formalidades aduaneras de importación y la contratación de los transportes internacionales de mercancías».

### 1.3. TRANSPORTE A VALENCIA

En este caso se plantea la circunstancia alternativa a la que veíamos en el caso anterior, pues el servicio recibido en nombre propio no lo es por un transitario, consignatario o agente de aduanas, sino por otro intermediario que actúa en nombre propio.

Por consiguiente, el servicio no estará exento.

Para aclarar el alcance subjetivo de esta exención, transcribimos a continuación el listado de servicios de transporte exentos, en atención al sujeto destinatario de los servicios, que se contiene en la citada Consulta de la DGT V0800/2017, de 30 de marzo, y que incluye los siguientes destinatarios:

- Un intermediario que actúa en nombre y por cuenta del exportador.
- Un intermediario que actúa en nombre y por cuenta de un transitario, consignatario o agentes de aduanas, que actúa en nombre propio y por cuenta del exportador.
- Un transitario que actúa en nombre propio y por cuenta del exportador.
- Un transitario que actúa en nombre propio y por cuenta de un intermediario que actúa en nombre y por cuenta de quien realiza la exportación.
- Un consignatario que actúa en nombre propio y por cuenta del exportador.
- Un consignatario que actúa en nombre propio y por cuenta de un intermediario que actúa en nombre y por cuenta de quien realiza la exportación.
- Un agente de aduanas que actúa en nombre propio y por cuenta del exportador.
- Un agente de aduanas que actúa en nombre propio y por cuenta de un intermediario que actúa en nombre y por cuenta de quien realiza la exportación.

## 1.4. TRANSPORTE A GINEBRA

Como siempre, debemos comenzar analizando la operación principal para, en función de la misma, determinar la posible aplicación de la exención a las operaciones accesorias.

En este caso, la operación es también una exportación indirecta de las contempladas en el artículo 21.2.º de la LIVA y a las que hemos hecho referencia en apartados anteriores.

En este caso la particularidad viene determinada por los servicios, ya que como hemos señalado anteriormente, con carácter general, se exige para aplicar la exención prevista en el artículo 21.5.º de la LIVA en los servicios accesorios a las exportaciones que los mismos se presten a partir del momento en que los bienes se expidan directamente con destino a un punto situado fuera de la Comunidad o bien a un punto situado en zona portuaria, aeroportuaria o fronteriza.

No obstante, el artículo 9 del RIVA exceptúa de este requisito a los servicios cuya realización previa sea imprescindible para llevar a cabo el envío. Cita el RIVA, en concreto, los siguientes servicios: arrendamiento de medios de transporte, embalaje y acondicionamiento de la carga, reconocimiento de las mercancías por cuenta de los adquirentes y otros análogas.

Resulta evidente que siendo el servicio prestado uno de los mencionados expresamente, aunque se preste en un momento anterior al de la remisión de las mercancías, el servicio se encontrará exento.

## 1.5. TRANSPORTE A MÚNICH

En el presente caso, la operación principal realizada es la transmisión del poder de disposición de un bien corporal efectuada por un empresario establecido en el TAI para otro empresario establecido en el TAI de otro Estado miembro (Alemania), que será transportado desde el TAI al TAI de ese otro Estado miembro. Esta operación es, por tanto, una entrega intracomunitaria de bienes del artículo 25 de la LIVA.

La exención prevista en el artículo 21.5.º de la LIVA es para los servicios accesorios a las exportaciones, por lo que, evidentemente, no puede extenderse a los servicios accesorios a una entrega intracomunitaria de bienes.

El servicio de transporte intracomunitario prestado para un empresario o profesional no tiene regla especial de localización, por lo que se localizará por la regla general del artículo 69 de la LIVA. En el presente caso, al tratarse de un servicio prestado por un empresario para otro empresario al que se aplica la citada regla general de localización de los servicios se localizará en la sede del empresario destinatario de los servicios. En el presente caso, Alemania. El empre-

sario destinatario del servicio tributará con aplicación de la regla de inversión del sujeto pasivo, ya que el prestador es un empresario no establecido en Alemania.

Como recapitulación de este punto recordamos las reglas de localización de los servicios de transporte:

- Los transportes de mercancías cuyo destinatario sea un empresario se localizan por aplicación de la regla general. Por tanto, se localizan en el TAI cuando el empresario destinatario que reciba el servicio esté establecido en el TAI.
- El artículo 70.uno.2.º de la LIVA contempla una regla especial de localización de determinados transportes, que se localizan en el TAI por la parte del trayecto recorrido por el mismo, en dos supuestos:
  - a) Los de transporte de pasajeros, cualquiera que sea su destinatario.
  - b) Los de transporte de bienes distintos de los transportes intracomunitarios de bienes cuyo destinatario no sea un empresario o profesional actuando como tal.
- Los transportes intracomunitarios, cuyos destinatarios no sean empresarios, que poseen una regla especial en el artículo 72 de la LIVA, localizándose en el lugar de inicio del transporte.

## 1.6. SERVICIO DE ASESORAMIENTO EN TRANSPORTE ACCESORIO A UNA EXPORTACIÓN

Como hemos visto, el artículo 21.5.º de la LIVA contempla una exención para los servicios vinculados con las exportaciones. No obstante, la doctrina administrativa ha entendido que resulta necesario vincular directamente los servicios a los bienes exportados, de forma que no se pueden encuadrar en este supuesto de exención aquellos servicios que no se relacionan directamente con los bienes exportados, como los servicios de asesoramiento jurídico.

Por su parte, el artículo 21.6.º de la LIVA establece la exención a los servicios de intermediación en las operaciones exentas de los restantes apartados del artículo 21 de la LIVA, operaciones que cabe entender, según la DGT, como consistentes en poner en contacto al exportador español con el adquirente extranjero. Sin embargo, también en este caso ha entendido la doctrina administrativa que no cabe incluir los servicios jurídicos.

Es ejemplo de cuanto se ha dicho la Consulta V5158/2016, de 29 de noviembre (NFC063296).

Por consiguiente, los servicios descritos no podrán acogerse a la exención.

## SUPUESTO PRÁCTICO 2

### Operaciones asimiladas a las exportaciones

La entidad Transportes Marítimos, SA, con domicilio en Valencia, presta un servicio de transporte de mercancías, mediante el pago de contraprestación, entre Valencia y Nápoles.

La entidad ha recibido los siguientes servicios:

- Ha adquirido un buque que se destinará a la citada línea de transporte.
- Ha recibido servicios de practicaaje y amarre prestados por la autoridad portuaria de Valencia.
- Se le ha facturado por la autoridad portuaria la tasa del buque y de las mercancías.
- Se le ha facturado por la sociedad anónima de Gestión de Estiba Portuaria el importe de la estiba.
- Una empresa privada española le ha facturado el servicio de limpieza de bodegas y desinsectación y desratización del buque.
- Ha adquirido varios aparatos auxiliares para la navegación, cuyo destino es su incorporación al buque.
- Ha contratado con un hotel de la zona portuaria de Valencia el servicio de alojamiento para la tripulación en sus estancias en Valencia.

## SOLUCIÓN

### 2.1. ENTREGA DEL BUQUE

El artículo 22.uno de la LIVA declara exentas las entregas, construcciones, transformaciones, reparaciones, mantenimiento, fletamento, total o parcial, y arrendamiento de los buques aptos para navegar por alta mar que se afecten a la navegación marítima internacional en el ejercicio de actividades comerciales de transporte remunerado de mercancías o pasajeros, incluidos los circuitos turísticos, o de actividades industriales o de pesca.

De acuerdo con el artículo 8 de la LIVA, cabe considerar como entrega, definida como transmisión del poder de disposición de un bien corporal, lo que hemos denominado, en términos llanos, adquisición, que se refiere a la transferencia de la propiedad por venta; aunque el con-

cepto de entrega sea más amplio que el de venta, tal y como recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en Sentencia de 8 de febrero de 1990, asunto C-320/88, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV* (NFJ000732):

«7. Resulta claro de la declaración de esta previsión que "entrega de bienes" no se refiere a la transmisión de la propiedad de acuerdo con los medios previstos en los ordenamientos nacionales, sino que comprende cualquier transferencia del poder de disposición de una parte que permite a la otra parte disponer de ello como si fuera el propietario».

Son beneficiarios de la exención como buques, según el anexo 1 de la LIVA, los bienes comprendidos en las partidas arancelarias 89.01 (transatlánticos, barcos para excursiones [de cruceros], transbordadores, cargueros, gabarras –barcazas– y barcos similares para transporte de personas o mercancías), 89.02 (barcos de pesca; barcos factoría y demás barcos para tratamiento o preparación de productos de la pesca), 89.03 (yates y demás barcos y embarcaciones de recreo o deporte; barcas [botes] de remo y canoas), 89.04 (remolcadores y barcos empujadores) y 89.06.10 (demás barcos, incluidos los navíos de guerra y barcos de salvamento excepto los de remo) del arancel aduanero. Quedan excluidos los incluidos en las partidas 89.05 (barcos faro, barcos bomba, dragas, pontones grúa y demás barcos en los que la navegación sea accesoria en relación con la función principal; diques flotantes; plataformas de perforación o explotación, flotantes o sumergibles), 89.07 (los demás artefactos flotantes por ejemplo: balsas, depósitos, cajones, incluso de amarre, boyas y balizas) y 89.08 (barcos y demás artefactos flotantes para desguace). Aunque el supuesto que estamos analizando no haya concretado exactamente qué tipo de embarcación es la entregada, todo hace suponer que se tratará de un artefacto clasificado en la partida 89.01.

La exención exige, además, que sean aptos para navegar por alta mar, lo que concreta el arancel aduanero como la capacidad de maniobrar en el mar de forma independiente, incluso con mar gruesa, y cuya longitud del casco sea como mínimo de 12 metros. Tampoco sobre este punto se ofrecen datos, pero las condiciones generales del planteamiento permiten razonablemente suponer que se cumple también esta condición.

Finalmente se exige para la aplicación de la exención que el buque se afecte a la navegación marítima internacional.

Para cumplir este requisito es preceptivo, en primer lugar, que se desarrollen actividades comerciales de transporte remunerado de mercancías o pasajeros (Sentencia de 14 de septiembre de 2006, asuntos acumulados C-181/04 a 183/04, *Elmeka* –NFJ023340–).

Adicionalmente, la navegación marítima internacional es la que se realiza a través de las aguas marítimas en los siguientes supuestos: 1) la que se inicie en un puerto situado en el TAI y termine o haga escala en otro puerto situado fuera del TAI (aunque sea en el TAI de otro Estado

miembro); 2) la que se inicie en un puerto situado fuera del TAI y termine o haga escala en otro puerto situado dentro o fuera de dicho ámbito; 3) La que se inicie y finalice en cualquier puerto del TAI sin realizar escalas, cuando la permanencia en aguas situadas fuera del mar territorial del ámbito espacial de aplicación del impuesto exceda de 48 horas. Estas singladuras deben suponer más del 50 % del total recorrido efectuado, en el caso de una entrega, en el año natural en que se efectúen dichas operaciones, a menos que tuviesen lugar después del primer semestre de dicho año, en cuyo caso el periodo a considerar comprenderá ese año natural y el siguiente.

Sobre ambos requisitos se pronuncia el supuesto, al precisar que el buque realiza el transporte de mercancías, mediante contraprestación, entre Valencia (puerto situado en el TAI) y Nápoles (puerto situado fuera del TAI). Por consiguiente, resultará aplicable la exención.

## 2.2. SERVICIOS DE PRACTICAJE Y AMARRE

Señala el artículo 22.siete de la LIVA que estarán exentas «las prestaciones de servicios, distintas de las relacionadas en los apartados anteriores de este artículo, realizadas para atender las necesidades directas de los buques y de las aeronaves a los que corresponden las exenciones establecidas en los apartados uno y cuatro anteriores, o para atender las necesidades del cargamento de dichos buques y aeronaves».

Añade el artículo 10.2 del RIVA que «Se entenderán comprendidos entre los servicios realizados para atender las necesidades directas de los buques y de las aeronaves destinados a los fines que justifican su exención los siguientes:

- a) En relación con los buques: los servicios de practicaje, remolque y amarre;...».

Por consiguiente, los servicios de practicaje y amarre se encuentran exentos, por disposición de normativa expresa.

## 2.3. TASA DEL BUQUE Y DE LAS MERCANCÍAS

El primer punto que debemos destacar es que las tasas portuarias, de acuerdo con lo dispuesto en la Consulta V1634/2011, de 27 de junio (NFC041924), son servicios relacionados con los inmuebles y, como tales, se localizan en el TAI cuando la instalación portuaria por la que se liquida la tasa se encuentre en el TAI.

Debemos además destacar el artículo 7.9.º de la LIVA que señala que no es aplicable la no sujeción prevista para las actividades públicas cuya contraprestación sea de naturaleza tributaria en el caso de concesiones y autorizaciones administrativas que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar el dominio público portuario, como son los casos cubiertos por estas tasas.

En cuanto a la exención, debemos tener presente que el artículo 22.siete de la LIVA, antes citado, remite a las condiciones generales de la exención para buques y aeronaves, por lo que se requiere que el destinatario de los servicios indicados sea la propia compañía que realiza las actividades de navegación que generan el derecho a la deducción.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 2/2011, que regula las tasas portuarias, establece que en la tarifa T-1, tasa del buque, será sujeto pasivo el propietario, el naviero y el capitán del buque; mientras que en la tarifa T-3, tasa de la mercancía, serán sujetos pasivos, solidariamente obligados, el naviero, el propietario de la mercancía y el capitán del buque.

Como quiera que la exención exige que el destinatario de los servicios exentos sea en todo caso la persona que realiza las actividades de transporte marítimo (entendiéndose el capitán de buque como representante de la misma) solo en aquellos casos en los que la tasa sea satisfecha por el propietario de la mercancía (aplicable exclusivamente en la T-3) será exigible el IVA.

Confirma este criterio la Consulta V1967/2006, de 2 de octubre (NFC023778).

## 2.4. ESTIBA

Como hemos visto, el artículo 22.siete de la LIVA se completa con el artículo 10.2 del RIVA, que concreta la lista de servicios exentos. La letra b) del citado precepto reglamentario dispone que estarán exentas, en relación con el cargamento de los buques, entre otras, «las operaciones de carga y descarga del buque».

## 2.5. SERVICIO DE LIMPIEZA DE BODEGAS Y DESINSECTACIÓN Y DESRATIZACIÓN DEL BUQUE

Estos servicios se encuentran mencionados en la letra del artículo 10.2 del RIVA, que establece como servicios exentos en relación con los buques, entre otros, las operaciones de conservación de buques y del material de a bordo, tales como desinfección, desinsectación, desratización y limpieza de las bodegas.

## 2.6. APARATOS AUXILIARES PARA LA NAVEGACIÓN

El artículo 22.dos de la LIVA establece la exención para las entregas, arrendamientos, reparaciones y mantenimiento de los objetos, incluidos los equipos de pesca, que se incorporen o se encuentren a bordo de los buques a los que sea aplicable la exención por la afectación a la navegación marítima internacional y en las condiciones que establece el citado precepto.

Se completa dicha regulación con el apartado 5.º del artículo 10.1 del RIVA.

Las condiciones a las que se somete la aplicación de la exención son:

- Que el destinatario directo de dichas operaciones sea el titular de la explotación del buque o, en su caso, su propietario. A estos efectos se prevé que el titular de la explotación del buque remita el documento aduanero de embarque al proveedor de los objetos.
- Que los objetos mencionados se utilicen o, en su caso, se destinen a ser utilizados exclusivamente en la explotación de dichos buques; lo que se cumple para los bienes que formen parte indisoluble de los buques o se inmovilicen en ellos, que se utilicen normalmente o sean necesarios para su explotación. Se acredita este extremo también con el referido documento aduanero de embarque, debiendo formar parte del inventario del buque.
- Que las operaciones a que afecten las exenciones se efectúen después de la matriculación definitiva de los mencionados buques en el Registro Marítimo correspondiente. El desarrollo reglamentario precisa que la incorporación se efectúe en el plazo de los tres meses siguientes a su adquisición (prorrogable, a solicitud del interesado, por razones de fuerza mayor o caso fortuito o por exigencias inherentes al proceso técnico de elaboración o transformación de los objetos).

## 2.7. HOTEL DE LA ZONA PORTUARIA DE VALENCIA

Cabe plantear si esta prestación de servicios puede entenderse como una prestación de servicios realizada a atender las necesidades directas del buque. Responde a esta cuestión la Consulta V0729/2005, de 29 de abril (NFC029811), en la que se niega la exención a este servicio y a otros servicios prestados a la tripulación fuera del buque. Así dice la mencionada consulta:

«Los servicios relativos a la tripulación, citados por el consultante, taxi, auto, traslado a centros hospitalarios y demás, no cabe entenderlos como incluidos dentro de los servicios realizados para atender las necesidades "directas" de los buques. En estos supuestos conviene referirse a la Resolución Vinculante de 27 de febrero de 1987 (BOE de 24 abril), de este Centro Directivo, que declaraba sujetos y no exentos, conforme a las exenciones por operaciones asimiladas a las exportaciones, como también cabe declarar los servicios a los que se refiere el consultante, los servicios de alojamiento y manutención en tierra de las tripulaciones de buques afectos a la navegación marítima internacional. Todo ello, sin perjuicio de la exención que, por otras normas del impuesto, pudiera ser aplicable a estos supuestos».

## SUPUESTO PRÁCTICO 3

### Operaciones relacionadas con áreas exentas y regímenes aduaneros y fiscales

Un empresario establecido en el TAI ha realizado las siguientes operaciones:

- Ha adquirido determinadas mercancías en el extranjero que, a su llegada al TAI, han sido introducidas directamente en la zona franca de Algeciras.
- Ha adquirido de otro empresario establecido determinadas mercancías situadas en el TAI en condiciones *ex-work*. El adquirente ha comunicado que dichas mercancías iban a ser conducidas a la zona franca de Algeciras.
- Ha contratado con un transportista español que las mercancías adquiridas sean trasladadas desde los almacenes del vendedor a la citada zona franca.
- Ha contratado con un empresario que dispone de un almacén en la zona franca el almacenamiento de las mercancías importadas y de las adquiridas en el TAI, así como la realización de las operaciones necesarias para el mantenimiento en perfecto estado de las mercancías, por lo que este le factura un precio mensual.
- Pasado algún tiempo, la mitad tanto de unas mercancías como de otras son objeto de introducción por su propietario en el TAI, con el objeto de hacer entrega de las mismas a un cliente que las ha adquirido.
- Las restantes mercancías introducidas en la zona franca son objeto de entrega a un cliente no establecido que las recibe en territorio tercero.

## SOLUCIÓN

### 3.1. ENTRADA DE MERCANCÍA PROCEDENTE DE TERRITORIO TERCERO EN ZONA FRANCA

Las zonas francas constituyen con el nuevo Código aduanero de la Unión (CAU) un régimen aduanero. Tal y como señala el artículo 237 del CAU, la característica principal de dicho régimen es que las mercancías no pertenecientes a la Unión podrán ser almacenadas en el territorio aduanero de la Unión sin estar sujetas:

- a) A derechos de importación.
- b) A otros gravámenes prescritos por otras disposiciones pertinentes en vigor.

- c) A medidas de política comercial en la medida en que no prohíban la entrada de mercancías en el territorio aduanero de la Unión o su salida de él.

Las generalidades sobre el establecimiento de la zona franca se regulan en el artículo 243 del CAU, del que cabe destacar su conceptualización como una zona cerrada y acotada. El artículo 244 del CAU regula las actividades en las zonas francas, previendo que se autorice en las zonas francas cualquier actividad de tipo industrial, comercial o de prestación de servicios, supeditado a su notificación previa a las autoridades aduaneras. Se prevé, no obstante, que las autoridades aduaneras puedan imponer determinadas prohibiciones o restricciones respecto de las actividades, habida cuenta de la naturaleza de las mercancías a que se refieran tales actividades o de las necesidades de la vigilancia aduanera y de los requisitos en materia de seguridad y protección. Establece el artículo 245 del CAU, relativo a la presentación de las mercancías e inclusión de estas en el régimen de zona franca, que las mercancías introducidas en una zona franca se presentarán en aduana y se someterán a las formalidades aduaneras establecidas en cualquiera de los supuestos previstos en dicho precepto, entre ellos, que se introduzcan en la zona franca directamente desde fuera del territorio aduanero de la Unión.

Por lo que respecta al IVA, el artículo 17 de la LIVA señala que tendrá la consideración de importación de bienes la entrada en el TAI de un bien que no cumpla las condiciones previstas en los artículos 9 y 10 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. No obstante, cuando un bien de los mencionados se coloque, desde su entrada en el interior del TAI, en las áreas a que se refiere el artículo 23 (entre las que se encuentran las zonas francas) la importación de dicho bien se producirá cuando el bien salga de las mencionadas áreas o abandone los regímenes indicados en el TAI.

A estos efectos, exige el artículo 17 de la LIVA que los bienes se coloquen en las áreas con cumplimiento de la legislación que sea aplicable en cada caso, en este caso, la legislación aduanera a la que hacíamos referencia. El incumplimiento de dicha legislación determinará el hecho imponible importación de bienes.

Por consiguiente, la entrada de mercancías procedentes de territorio tercero con destino a la zona franca con el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación aduanera es una operación exenta, o más exactamente, una suspensión del hecho imponible IVA a la importación, siguiendo idéntico criterio al efectuado en materia aduanera que determina, como ya hemos visto en el artículo 237 del CAU, una suspensión de la exigibilidad de los derechos.

- Introducción en la zona franca de las mercancías del TAI.

Establece el artículo 23.1 de la LIVA la exención para las entregas de bienes destinados a ser introducidos en zona franca. Añade el apartado dos que «Las zonas francas son las definidas como tales en la legislación aduanera. La entrada y permanencia de las mercancías en las zonas francas se ajustarán a las normas y requisitos establecidos por dicha legislación».

A estos efectos debemos tener presente, por una parte, el artículo 246 del CAU, relativo a las mercancías de la Unión en zonas francas, que dispone que las mercancías de la Unión podrán ser introducidas, almacenadas, trasladadas, utilizadas, transformadas o consumidas en una zona franca; en tales casos, las mercancías no se considerarán incluidas en el régimen de zona franca; y, por otra, el artículo 245 del CAU, que dispone que las mercancías introducidas en una zona franca se presentarán en aduana y se someterán a las formalidades aduaneras establecidas en cualquiera de los supuestos previstos en dicho precepto, entre los que se incluyen los casos en los que las formalidades se dispongan en legislación distinta de la aduanera.

De ambos preceptos entendemos que la aplicación de la exención requiere no solo la introducción física de las mercancías en la zona franca, sino su inclusión en el régimen de zona franca mediante la oportuna declaración y sometimiento a control aduanero.

En este sentido, cabe traer a colación la Consulta V4471/2016, de 18 de octubre (NFC062701), que dispone lo siguiente sobre la aplicación de la exención prevista en el mencionado artículo 23.uno.1.º de la LIVA, particularmente sobre la necesidad de vincular al régimen aduanero correspondiente:

«De acuerdo con lo anterior, la entrega de impresoras efectuada por la consultante a la adquirente estará exenta del impuesto en la medida en que estas sean introducidas en un depósito franco en las condiciones y requisitos previstos en la legislación aduanera.

A estos efectos, el transporte de las mercancías al depósito franco debe efectuarse por la consultante, el adquirente o un tercero por cuenta de cualquiera de los anteriores.

La correcta aplicación de la exención por la consultante se justificará mediante la declaración suscrita por el adquirente y entregada a la consultante en la que el adquirente manifieste la correcta inclusión de la mercancía en el depósito franco».

Debemos añadir, aunque este punto se trata de forma esencial en un punto posterior, que esta exención no queda condicionada a un destino posterior de las mercancías, tal y como señala la mencionada Consulta de la DGT V4471/2016, de 18 de octubre):

«Por último, respecto del destino final dado a las impresoras por parte del adquirente, debe señalarse que ni en la Ley ni en el Reglamento del impuesto condicionan la aplicación de la exención prevista en el artículo 23 de la Ley 37/1992, con ocasión de la introducción de bienes en un depósito fiscal, a la ultimación de las operaciones subsiguientes de exportación efectuadas por el adquirente de las impresoras...».

### 3.2. TRANSPORTE A LA ZONA FRANCA Y SERVICIOS DURANTE LA ESTANCIA EN LA ZONA FRANCA

El artículo 23.uno.3.º de la LIVA establece la exención de las prestaciones de servicios relacionadas directamente con las entregas de bienes exentas, así como con las importaciones de bienes destinados a ser introducidos en los lugares a que se refiere este apartado.

Entre tales servicios cabe incluir, evidentemente, los servicios de transporte prestados para la conducción de las mercancías a la zona franca, tal y como recoge la Consulta de la DGT 2038/2004, de 29 de noviembre (NFC020136).

Por su parte, el artículo 23.uno.4.º de la LIVA establece la exención para las prestaciones de servicios realizadas en los lugares previstos en el propio artículo 23 de la LIVA, entre ellos la zona franca.

Por consiguiente, los servicios mencionados en el caso, prestados durante la estancia de la mercancía en la zona franca, podrán aplicar la exención, como también reconoce la antes citada Consulta de la DGT 2038/2004, de 29 de noviembre.

### 3.3. ENTREGA DE MERCANCÍAS DESDE LA ZONA FRANCA CON DESTINO AL TAI

Aunque el mencionado artículo 23.uno.4.º de la LIVA establece la exención para las entregas de los bienes que se encuentren en los lugares previstos en el propio artículo 23 de la LIVA, entre ellos la zona franca, la misma no resulta aplicable al caso por los términos en los que se plantea el supuesto: hay una salida de la zona franca, efectuada por el propietario de las mercancías que las introdujo, y una posterior entrega en el TAI de las mercancías, que será una entrega interior.

Para determinar la tributación de la salida de las mercancías de la zona franca debemos diferenciar los dos tipos de mercancía:

- La salida de las mercancías introducidas desde el TAI será siempre una operación asimilada a la importación, según dispone el artículo 19.1.5.º de la LIVA, que conceptúa como operación asimilada «Las salidas de las áreas a que se refiere el artículo 23 o el abandono de los regímenes comprendidos en el artículo 24 de esta ley, de los bienes cuya entrega o adquisición intracomunitaria para ser introducidos en las citadas áreas o vinculados a dichos regímenes se hubiese beneficiado de la exención del impuesto en virtud de lo dispuesto en los mencionados artículos y en el artículo 26, apartado uno».
- Por el contrario, la salida de las mercancías procedente de territorio tercero dará lugar a una importación o a una operación asimilada dependiendo de que se hayan realizado entregas exentas o se hayan recibido prestaciones igualmente exentas durante su estancia en dichos lugares. Así resulta del mismo artículo 19.1.5.º de la LIVA que señala «Las salidas de las áreas a que se refiere el artículo 23 o el abandono de los regímenes comprendidos en el artículo 24 de esta ley, de los bienes (... que) hubiesen sido objeto de entregas o prestaciones de servicios igualmente exentas por dichos artículos».

Así lo recoge la Consulta anteriormente citada V4471/2016, de 18 de octubre, que señala:

«Por último, respecto del destino final dado a las impresoras por parte del adquirente, debe señalarse que ni en la Ley ni en el Reglamento del impuesto condicionan la aplicación de la exención prevista en el artículo 23 de la Ley 37/1992, con ocasión de la introducción de bienes en un depósito fiscal, a la ultimación de las operaciones subsiguientes de exportación efectuadas por el adquirente de las impresoras, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19.5.º de la Ley 37/1992 que dispone que se considerarán operaciones asimiladas a importaciones de bienes:

"5.º Las salidas de las áreas a que se refiere el artículo 23 o el abandono de los regímenes comprendidos en el artículo 24 de esta ley, de los bienes cuya entrega o adquisición intracomunitaria para ser introducidos en las citadas áreas o vinculados a dichos regímenes se hubiese beneficiado de la exención del impuesto en virtud de lo dispuesto en los mencionados artículos y en el artículo 26, apartado uno o hubiesen sido objeto de entregas o prestaciones de servicios igualmente exentas por dichos artículos.

[...]».

### 3.4. SALIDA DE LA ZONA FRANCA CON DESTINO A LA EXPORTACIÓN

La salida de mercancías con destino a un territorio tercero no da lugar a la existencia de operación asimilada a la importación, tal y como recoge el artículo 18.dos de la LIVA:

«No obstante, no constituirá operación asimilada a las importaciones la salida de las áreas a que se refiere el artículo 23 o el abandono de los regímenes comprendidos en el artículo 24 cuando aquella determine una entrega de bienes a la que resulte aplicable las exenciones establecidas en los artículos 21, 22 o 25 de esta ley».

## SUPUESTO PRÁCTICO 4

### Entregas intracomunitarias de bienes

En el curso de una revisión fiscal por la Administración tributaria de una empresa establecida en el TAI, se constatan las siguientes circunstancias:

- La empresa ha remitido determinadas mercancías a Francia, con la finalidad de venderlas en dicho territorio. Aunque se ha podido acreditar la remisión de las mercancías y su llegada a Francia mediante el correspondiente CMR, la empresa

establecida no dispone de un NIF-IVA atribuido por la Administración francesa y no ha podido, por tanto, declarar dicha operación con un NIF distinto al español.

- En otro caso, las mercancías aparecen remitidas a un operador identificado en Alemania y, además, la empresa dispone de un CMR debidamente cumplimentado. No obstante, la Agencia Estatal de Administración Tributaria ha podido comprobar que el CMR está falseado, aunque se ha demostrado que la empresa no ha tenido ninguna participación en el falseamiento del CMR, realizado maliciosamente por el destinatario.
- Finalmente, determinadas mercancías han sido adquiridas por un cliente en Italia y que ha facilitado su NIF-IVA atribuido por la Administración de su país. Las mercancías serán entregadas en el TAI de Italia. No obstante, mientras encuentra comprador, la empresa italiana adquirente ha decidido mantener las mercancías en depósito en la sede de la vendedora.

## **SOLUCIÓN**

### 4.1. REMISIÓN DE MERCANCÍAS A FRANCIA: FALTA DE COMUNICACIÓN NIF-IVA

El artículo 25.tres de la LIVA prevé la exención de las operaciones asimiladas a las entregas intracomunitarias de bienes (OA EIB) cuando les hubiera resultado aplicable la exención de las EIB si el destinatario fuese otro empresario o profesional. El artículo 25.uno de la LIVA, por su parte, prevé la exención para las EIB siempre que el adquirente sea:

- a) Un empresario o profesional identificado a efectos del IVA en un Estado miembro distinto del Reino de España.
- b) Una persona jurídica que no actúe como empresario o profesional, pero que esté identificada a efectos del impuesto en un Estado miembro distinto del Reino de España.

En este supuesto se plantea la aplicación de la exención, ya que el tenor literal del precepto requiere la identificación del destinatario con un NIF-IVA atribuido por otra Administración tributaria de la Unión Europea, sea empresario o profesional, sea persona jurídica que no actúe como tal, identificación que se realiza mediante la comunicación del correspondiente NIF-IVA.

Esta problemática ha sido resuelta por el TJUE en Sentencia de 20 de octubre de 2016, asunto C-24/15, Plöckl (NFJ064272).

Subraya el TJUE que el tribunal que remite el asunto destaca que el bien adquirido por un empresario fue afectado a su empresa ubicada en un Estado miembro y posteriormente expedido a otro para seguir utilizándolo con fines profesionales, es decir, que se cumplían los requisitos objetivos para la exención del IVA de la transferencia; aunque, no obstante, la Administración tributaria denegó esa exención invocando la falta de comunicación del NIF-IVA.

El TJUE pone de relieve que, con arreglo a su doctrina previa, corresponde a los Estados miembros fijar las condiciones con arreglo a las cuales concederán la exención a las EIB, particularmente los medios de prueba que pueden presentar para acogerse a la exención. Además, la Sexta Directiva confiere a los Estados miembros la facultad de adoptar medidas dirigidas a garantizar la percepción exacta del IVA y a evitar el fraude, siempre que, en particular, no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dichos objetivos. Añade que va más allá de lo necesario para garantizar la correcta recaudación del impuesto si se supedita, en lo esencial, el derecho a la exención del IVA al cumplimiento de obligaciones formales, sin tener en cuenta los requisitos materiales y, en particular, sin preguntarse si estos se cumplen.

En cuanto al caso concreto que se plantea, el tribunal manifiesta que la exigencia de comunicación de un NIF-IVA es un requisito formal con respecto al derecho a la exención del IVA, tanto en las EIB (como ya declarara en Sentencia de 27 de septiembre de 2012, C-587/10, VSTR –NFJ048481–) como en las OA EIB (lo que es el pronunciamiento de esta sentencia).

Afirma además el TJUE que, aunque facilitar el NIF-IVA pruebe que se ha efectuado tal transferencia para las necesidades de la empresa de ese sujeto pasivo y, en consecuencia, que dicho sujeto pasivo actúa en su condición de tal en ese Estado miembro, la prueba de tal condición no puede depender siempre exclusivamente de que se facilite dicho número de identificación a efectos del IVA. Añade que el artículo 4, apartado 1, de la Sexta Directiva, que define el concepto de «sujetos pasivos» no supedita dicha condición al hecho de que el interesado disponga de un número de identificación a efectos del IVA.

Por consiguiente, afirma el tribunal, la Administración de un Estado miembro no puede denegar, en principio, la exención del IVA de una OA EIB únicamente debido a que el sujeto pasivo no haya transmitido el número de identificación a efectos del IVA que le asignó el Estado miembro de destino.

Recuerda el TJUE que hay dos supuestos en los que el incumplimiento de un requisito formal puede conllevar la pérdida del derecho a la exención del IVA: la participación deliberada en un fraude fiscal y cuando el incumplimiento del requisito formal tenga como efecto la falta de prueba cierta sobre el cumplimiento de los requisitos materiales.

Ninguno de ellos concurrían en este caso, ya que, el tribunal que remite el caso afirma que no hay supuesto de fraude y que la Administración disponía de los datos necesarios para determinar que se cumplían los requisitos materiales de la exención.

Concluye el TJUE manifestando que el tribunal alemán que le remite el asunto ha interpretado de forma improcedente su jurisprudencia, particularmente el contenido de su Sentencia de 27 de septiembre de 2012, C-587/10, VSTR. Afirma el tribunal que remite el asunto que, conforme a tal sentencia, la Sexta Directiva no se opone a que la Administración tributaria de un Estado miembro supedite la exención del IVA de una EIB a que el proveedor transmita el número de identificación a efectos del IVA del adquirente, siempre que, no obstante, no se deniegue tal exención por el mero hecho de que no se ha cumplido dicha obligación cuando el proveedor no puede, de buena fe, y tras haber adoptado todas las medidas que se le pueden exigir razonablemente, transmitir dicho número de identificación y transmite, por otro lado, indicaciones que sirven para demostrar de modo suficiente que el adquirente es un sujeto pasivo que actúa como tal en la operación en cuestión. El tribunal remitente se pregunta si de ello deriva que cabe denegar la exención del IVA a un sujeto pasivo que, en una OA EIB, no ha adoptado todas las medidas que se le pueden exigir razonablemente para transmitir a la Administración el número de identificación a efectos del IVA asignado por el Estado miembro de destino.

Afirma el TJUE que no pretendió establecer tal regla general y que confirmó que, salvo los dos puntos ya referidos (fraude o imposibilidad de prueba), debe concederse la exención del IVA si se cumplen los requisitos materiales, incluso si el sujeto pasivo ha omitido determinados requisitos formales. Añade que la apreciación de que un sujeto pasivo, de buena fe, y tras haber adoptado todas las medidas que se le podían exigir razonablemente, no puede transmitir el número de identificación a efectos del IVA del adquirente, se refiere a la situación en la que se trata de saber si el sujeto pasivo participó en un fraude fiscal. De este modo, con dicha referencia lo que pretendió el TJUE declarar fue que podía excluirse la participación del proveedor en tal fraude.

## 4.2. MERCANCÍAS VENDIDAS A ALEMANIA: DOCUMENTO DE TRANSPORTE INCOMPLETO

El TJCE también ha examinado esta cuestión en sendas Sentencias de 27 de septiembre de 2007, asunto C-409/04, Teleos y otros (NFJ026418); y asunto C-184/05, Twoh International (NFJ026439).

En la primera de las citadas (Teleos), el TJCE considera la necesidad del transporte para que se considere que se ha producido una EIB, sin que baste la mera puesta a disposición, obteniendo unos documentos incompletos de transporte.

No obstante, ante las circunstancias concurrentes en el caso que se le sometía, en el que se habían entregado unos CMR falseados, que en un primer momento se juzgaron como prueba suficiente por la Administración tributaria y que solo, con otras pruebas, pudieron probarse como falsos, el tribunal atempera la conclusión que se obtendría mediante la mera constancia de la falta de transporte: el proveedor de buena fe, que confió en un CMR completo pero falseado, puede mantener el derecho a la exención como EIB, aunque el transporte no se haya producido. Así lo recoge el TJCE:

«Por cada operación, Teleos y otros recibían de TT, algunos días después de la venta, una carta de porte CMR sellada y firmada en original (carta de porte expedida sobre la base del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, firmado en Ginebra el 19 de mayo de 1956, en su versión modificada por el protocolo de 5 de julio de 1978), en la que se describían los bienes y se indicaba la dirección de entrega, el nombre del conductor y la matrícula del vehículo. Tal carta, que contenía la firma de TT, debía certificar que los teléfonos móviles habían llegado al destino previsto.

En un primer momento, los Commissioners aceptaron dichos documentos como prueba de exportación de los bienes fuera del Reino Unido, de manera que las referidas entregas estaban exentas de IVA al beneficiarse de la aplicación del tipo cero, y Teleos y otros tenían derecho al reembolso del impuesto soportado. Sin embargo, con ocasión de controles posteriores, los Commissioners descubrieron que, en determinados casos, el destino indicado en las cartas de porte CMR era falso, que los transportistas indicados en ellas no existían o no efectuaban transportes de teléfonos móviles y que las matrículas de los vehículos indicados correspondían a vehículos inexistentes o que no se utilizaban para el transporte de tales mercancías. Los Commissioners concluyeron que los teléfonos móviles jamás habían salido del Reino Unido y, por consiguiente, exigieron el pago del IVA correspondiente a las referidas entregas, por importe de varios millones de GBP, si bien reconocieron que Teleos y otros no estaban implicados de ningún modo en el fraude.

[...]

Contrariamente a la argumentación de Teleos y otros, según la cual la intención del proveedor y del adquirente de efectuar una operación intracomunitaria es suficiente para calificarla de tal, procede observar que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la obligación de la administración tributaria de realizar investigaciones con el fin de determinar la intención del sujeto pasivo sería contraria a los objetivos del sistema común del IVA consistentes en garantizar la seguridad jurídica y facilitar las actuaciones inherentes a la aplicación del IVA tomando en consideración, salvo en casos excepcionales, la naturaleza objetiva de la operación de que se trate (véase la sentencia de 6 de abril de 1995, BLP Group, C-4/94, Rec. p. I-983, apartado 24, y las sentencias, antes citadas, Optigen y otros, apartado 45, y Kittel y Recolta Recycling, apartado 42).

En consecuencia, es necesario que la calificación de una entrega o de una adquisición intracomunitarias sea efectuada sobre la base de elementos objetivos, como la existencia de un desplazamiento físico de los bienes de que se trate entre Estados miembros.

[...]

Por tanto, sería contrario al principio de seguridad jurídica que un Estado miembro, que ha previsto las condiciones para la aplicación de la exención de una entrega

intracomunitaria, al fijar, en particular, una lista de documentos que procede presentar a las autoridades competentes, y que ha aceptado en un primer momento los documentos presentados por el proveedor como pruebas que justifican el derecho a la exención, pueda posteriormente obligar a dicho proveedor a pagar el IVA correspondiente a dicha entrega, cuando resulte que con motivo de un fraude cometido por el adquirente, fraude del que el proveedor no tenía ni había podido tener conocimiento, los bienes de que se trata no han abandonado, en realidad, el territorio del Estado miembro de entrega.

Ahora bien, obligar al sujeto pasivo a presentar una prueba concluyente de que los bienes han abandonado físicamente el Estado miembro de entrega no garantiza la aplicación adecuada y sencilla de las exenciones. Por el contrario, dicha obligación lo coloca en una situación de incertidumbre en lo relativo a la posibilidad de aplicar la exención a su entrega intracomunitaria o en cuanto a la necesidad de incluir el IVA en el precio de venta.

En segundo lugar, por lo que respecta al principio de proporcionalidad, procede recordar que el Tribunal de Justicia declaró en el apartado 46 de su sentencia *Molenheide y otros*, antes citada, que, de conformidad con dicho principio, los Estados miembros deben recurrir a medios que, al tiempo que permiten alcanzar eficazmente el objetivo perseguido por el Derecho interno, causen el menor menoscabo posible a los objetivos y principios establecidos por la legislación comunitaria de que se trata».

Este criterio se matiza en la segunda de las sentencias citadas (*Twoh Internacional*), en la que el TJCE concluye que si el recurrente que invoca la exención no ha presentado la documentación que acredite la existencia del transporte, no incumbe dicha prueba al Estado que está comprobando la aplicación de la exención, y que no se le impone la obligación de solicitar la colaboración del Estado donde se supone que han expedido las mercancías para comprobar si estas han dado lugar a una AIB en destino.

#### 4.3. VENTA DE MERCANCÍAS A ITALIA: ALMACENAMIENTO PREVIO A LA ENTREGA

Se plantea en este supuesto el plazo en el que se debe proceder al transporte desde el momento de la puesta a disposición del adquirente de los bienes para que una operación se considere como una efectiva entrega intracomunitaria. La doctrina administrativa ha ligado el transporte al momento de la venta de las mercancías, de forma que si no existía transporte inmediato o próximo al momento de la entrega, se rompía el vínculo de las operaciones y no se consideraba exenta la entrega. Así se recoge en la Consulta de la DGT V0115/1999, de 29 de diciembre (NFC010540).

El TJUE ha mantenido el criterio contrario en Sentencia de 18 de noviembre de 2010, asunto C-84/09, *Skatteverket* (NFJ040805), apoyándose en el siguiente razonamiento:

«El procedimiento principal sirve como ejemplo del incumplimiento del principio de tributación en el Estado miembro de destino que se produciría si se aplicara un plazo determinado, dentro del cual debería iniciarse o finalizar el transporte del bien en cuestión con destino al adquirente. En efecto, si se aceptara la interpretación de X, en el sentido de que existe un plazo estricto para iniciar el transporte del bien de que se trate, bastaría que X demorase el transporte de dicho bien al Estado miembro de destino para encubrir el carácter intracomunitario de la operación o para modificar el reparto de la potestad tributaria en beneficio de un Estado miembro distinto del Estado de destino de la operación intracomunitaria. En ambos casos, el Reino de Suecia quedaría privado de sus ingresos fiscales.

Por consiguiente, la calificación de una operación como entrega o adquisición intracomunitaria no puede depender del cumplimiento de un plazo concreto dentro del cual debería iniciarse o finalizar el transporte del bien en cuestión con destino al adquirente. No obstante, para poder atribuir esta calificación y determinar el lugar de adquisición, es necesario establecer un vínculo temporal y material entre la entrega del bien en cuestión y el transporte del mismo, así como una continuidad en el desarrollo de la operación».

La consecuencia que extrae el tribunal de esta consideración es rotunda, no existe un plazo máximo para el transporte, siempre que existan elementos objetivos que permitan demostrar la voluntad de transportar las mercancías al TAI de otro Estado miembro. Así lo sentencia el apartado 1 del fallo:

«Los artículos 20, párrafo primero, y 138, apartado 1, de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, deben interpretarse en el sentido de que la calificación de una operación como entrega o adquisición intracomunitaria no depende de que se respete un plazo determinado dentro del cual debe iniciarse o terminar el transporte del bien en cuestión desde el Estado miembro de entrega al Estado miembro de destino. En el caso concreto de la adquisición de un medio de transporte nuevo, en el sentido del artículo 2.º, apartado 1, letra b), inciso ii), de esta Directiva, la determinación del carácter intracomunitario de la operación debe realizarse mediante una apreciación global de todas las circunstancias objetivas y de la intención del adquirente, siempre que esta pueda deducirse a partir de elementos objetivos que permitan identificar cuál es el Estado miembro en el que está previsto que tenga lugar la utilización final del correspondiente bien».

Resulta evidente que, después de esta sentencia, el criterio administrativo que sostenía la DGT debe considerarse superado y en un caso como el expuesto debe considerarse la entrega como exenta.

## LA CUALIFICACIÓN DEL COMITÉ DE AUDITORÍA EN LAS EMPRESAS EUROPEAS: ANTECEDENTES E IMPLICACIONES



**Félix J. López Iturriaga**

*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valladolid*

**Nuria Reguera Alvarado**

*Profesora contratada doctora. Universidad de Sevilla*

**César Zarza Herranz**

*Auditor interno del Banco de Santander. Profesor asociado. Universidad de Alcalá*

Este trabajo ha obtenido el 1.<sup>er</sup> **Premio Estudios Financieros 2017** en la modalidad de **Contabilidad y Administración de Empresas**.

El jurado ha estado compuesto por: don Enrique RUBIO HERRERA, doña Natalia CASSINELLO PLAZA, don FRANCISCO JAVIER FORCADELL MARTÍNEZ, doña María José LÁZARO SERRANO y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

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

---

### EXTRACTO

En este trabajo estudiamos los factores que afectan a la cualificación del comité de auditoría de las empresas europeas, así como algunas implicaciones de la misma. Analizamos la formación académica y experiencia profesional de 2.477 consejeros de 296 empresas de ocho países entre 2005 y 2014. Calculamos así una medida comprensiva de la cualificación e identificamos cuatro tipos de *expertise* (en dirección general, financiero no contable, contable no auditor y auditor). Nuestros resultados muestran que la cualificación del comité depende positivamente de la independencia del consejo de administración y mantiene una relación no lineal con la pertenencia a otros consejos, combinando un efecto reputación y un efecto dedicación. También encontramos que la cualificación del comité tiene significativas implicaciones en el proceso de auditoría: los comités más expertos se reúnen más a menudo, tienen menos consejeros con dedicación exclusiva, mayor predisposición al cambio de auditor y honorarios de auditoría más reducidos. Asimismo, encontramos que el *expertise* de los consejeros en materia de auditoría reduce la discrecionalidad contable de los directivos. También identificamos unas características del gobierno de las empresas que potencian la efectividad de la cualificación en auditoría.

**Palabras clave:** auditoría; comité de auditoría; consejo de administración; *expertise*; gobierno corporativo; gestión del resultado.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017*

## THE QUALIFICATION OF THE AUDIT COMMITTEE OF THE EUROPEAN FIRMS: ANTECEDENTS AND IMPLICATIONS

Félix J. López Iturriaga  
Nuria Reguera Alvarado  
César Zarza Herranz

---

### ABSTRACT

In this paper we study the factors affecting the qualification of the audit committee of the European firms, and some of the consequences of such qualification. We analyze the academic and professional background of 2,477 directors from 296 listed firms from eight countries between 2005 and 2014. We compute a comprehensive metric of expertise and identify four types of expertise (management, financial non-accounting, accounting non-audit, and auditing). Our results show that the qualification of the committee is positively related to the independence of the board of directors, and has a non-linear relation with the number of directorships held, combining a reputation effect with a dedication effect. We also find that the qualification of the committee has significant implications for the audit process: the more expert a committee, the more frequent the meetings, the fewer the directors with full-time dedication, the more frequent the auditor rotation, and the lower the audit fees. In addition, we find that the directors' audit expertise decreases the earnings management. Finally, we identify some characteristics of the corporate governance that enhances the effectiveness of the audit expertise.

**Keywords:** auditing; audit committee; board of directors; expertise; corporate governance; earnings management.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Revisión teórica y formulación de hipótesis
  - 2.1. Antecedentes de la cualificación del comité de auditoría
  - 2.2. Implicaciones de la cualificación del comité de auditoría en el proceso de auditoría
  - 2.3. Cualificación del comité de auditoría y calidad de la información contable
3. Muestra, variables y método
  - 3.1. Muestra
  - 3.2. Variables
  - 3.3. Método
4. Resultados
  - 4.1. Análisis descriptivo
  - 4.2. Análisis explicativo
    - 4.2.1. Antecedentes de la cualificación del CA
    - 4.2.2. Implicaciones de la cualificación del CA
    - 4.2.3. Cualificación del CA y gestión del resultado
5. Conclusiones

Apéndice I: Tabla de variables

Apéndice II: Nota técnica

Apéndice III: Pruebas de especificación y de potencia

Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

El proceso de reforma del gobierno corporativo desarrollado en numerosos países de nuestro entorno en las últimas décadas ha tenido como uno de sus ejes vertebradores una decidida revisión del papel y la configuración del consejo de administración. Así parece desprenderse tanto de la legislación como de los códigos de buenas prácticas, que han centrado su atención en la función del consejo y en los requisitos que sus miembros han de reunir.

Y si el consejo de administración constituye una piedra angular de este proceso, no parece exagerado afirmar que el comité de auditoría (CA en adelante) del mismo ha contribuido de manera destacada a ello. Existe un amplio acuerdo entre los profesionales de empresa, los reguladores del mercado y los investigadores acerca de la relevancia que un adecuado funcionamiento del comité tiene de cara a ofrecer una información financiera fiable. La sucesión de diferentes escándalos corporativos de gran magnitud<sup>1</sup> no ha hecho sino confirmar esa relevancia e impulsar un esfuerzo regulatorio encaminado a garantizar su adecuado funcionamiento.

Así lo ha entendido tanto el legislador español como en otros países, pues el marco legal de la función de auditoría se ha modificado radicalmente en los últimos años. Algunos ejemplos de esta reforma son la *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) promulgada en 2002, la Ley española 22/2015 de Auditoría de Cuentas y el nuevo marco europeo de auditoría (concretado en la Recomendación 2005/162/CE, el Reglamento (UE) 537/2014 y la Directiva 2014/56/UE).

Estas reformas normativas han discurrido en paralelo con un esfuerzo de los investigadores académicos por analizar la función del CA. La literatura al respecto es abundante y, dadas las limitaciones de espacio impuestas en la convocatoria del presente premio, nos remitimos a los trabajos de revisión de DEZOORT, HERMANSON, ARCHAMBEAULT y REED (2002) y GHAFRAN y O'SULLIVAN (2013) para su presentación sistemática. Cabe distinguir una primera generación de estudios centrados en el efecto de la mera existencia de dicho comité, que fue seguida por una segunda generación que abordaba la independencia de sus componentes. Esta literatura muestra reiteradamente el positivo efecto que ambos aspectos tienen en la calidad de la información financiera (BADOLATO, DONELSON y EGE, 2014; HABIB y BHUIYAN, 2016).

---

<sup>1</sup> Algunos ejemplos de tales escándalos financieros internacionales pueden ser BCCI (sucedido en Reino Unido en 1991), Sumitomo (Japón en 1996), Enron (EE. UU. en 2001), WorldCom (EE. UU. en 2002), Parmalat (Italia en 2003), Société Générale (Francia en 2008), Lehman Brother (EE. UU. en 2008) o Bankia (España en 2012).

En fechas más recientes ha surgido una nueva generación de investigaciones centradas en un aspecto más difícilmente cuantificable como es la cualificación<sup>2</sup> de los componentes de dicho comité. Se ha observado que los comités de auditoría que cuentan con más expertos reducen la gestión del resultado y logran mejores previsiones de los analistas financieros (BEDARD, CHTOUROU y COURTEAU, 2004; DHALIWAL, NAIKER y NAVISSI, 2010).

El nuevo marco legal de la auditoría ha hecho suya esta perspectiva y ha apostado claramente por asegurar la cualificación del comité. Así, la SOX exige explícitamente que al menos uno de sus integrantes posea experiencia y cualificación como experto financiero, adquiridas estas a través de su formación o trayectoria profesional. En el caso europeo, la Directiva 2014/56/UE impone el requisito de un CA compuesto por una mayoría de independientes y en el que al menos uno de sus miembros posea competencias en materia de auditoría y/o contabilidad (art. 24). En la misma línea, la Recomendación 2015/162/CE exige que los integrantes del comité han de poseer formación y experiencia reciente y pertinente sobre temas financieros y contabilidad de empresas que cotizan en bolsa (art. 11). En la **tabla 1** ofrecemos sintéticamente los requisitos que, a este respecto, han impuesto los países que estudiamos en el presente trabajo.

Esta reforma normativa europea constituye el punto de partida de nuestra investigación ya que, mientras los estudios relativos a EE. UU. han puesto de manifiesto una inequívoca relación entre la cualificación del CA y la calidad de la información financiera de las empresas, la investigación procedente de otros países es más escasa y menos concluyente. El menor desarrollo actual de esta línea de trabajo puede estar motivado por la mayor dificultad para medir de manera objetiva la cualificación del comité<sup>3</sup>. De hecho, la Comisión Europea no ha publicado una definición específica de quiénes pueden ser considerados expertos dentro del CA. En este sentido, el Reglamento (UE) 537/2014 del Parlamento Europeo califica como experto a la persona física que posee conocimientos específicos sobre mercados financieros, información financiera, auditorías u otros ámbitos de interés para las inspecciones, incluidos los auditores legales en ejercicio (art. 26). A la luz de esta definición, la noción de experto resulta un tanto imprecisa, pudiéndose adquirir esa cualificación a través de una amplia gama de actividades tales como titulaciones académicas, experiencia profesional en el sector privado, servicio en la Administración pública u organismos reguladores de los mercados financieros, etc. Más aún, si bien la normativa es taxativa en cuanto a la necesidad de que el CA esté formado por consejeros independientes, el grado de cumplimiento del requisito de cualificación es variado, dado que se exige que las empresas cuenten con al menos un experto en este campo.

<sup>2</sup> Hemos optado por ese término como traducción de la expresión inglesa *expertise*, ampliamente difundida en la investigación.

<sup>3</sup> Un ejemplo de esas dificultades es la definición de experto recogida en la SOX. Se trataba de una formulación tan restrictiva que, como sugieren KRISHNAN y VISVANATHAN (2008), Alan Greenspan no cumplía los requisitos. Por este motivo, un año después la *Securities and Exchange Commission* modificó y amplió la definición.

Tabla 1. Requisitos del comité de auditoría por país

País	Cualificación
Alemania .....	Conocimientos y experiencia en contabilidad y auditoría
Bélgica .....	Conocimientos de contabilidad, auditoría y finanzas
España .....	Conocimientos y experiencia en contabilidad, auditoría o gestión de riesgos
Francia .....	Competencia en contabilidad o finanzas
Italia .....	Auditor, profesor contable o pertenecer a colegio profesional de Italia
Países Bajos .....	Experto financiero
Portugal .....	Conocimientos adaptados a su función
Reino Unido .....	Experiencia financiera reciente y relevante

Nuestra investigación se centra en esa idea tan amplia de cualificación y analiza algunos aspectos del gobierno corporativo que llevan a las empresas a superar el mínimo legal exigido. Estudiamos, en consecuencia, los factores que pueden influir sobre la cualificación del CA y, al mismo tiempo, qué consecuencias tiene la presencia de expertos en dicho comité. Nos planteamos tres preguntas de investigación que se hallan interrelacionadas. En primer lugar, además de los requisitos legales, ¿qué otros factores de gobierno corporativo pueden determinar la presencia de expertos en el CA? En segundo lugar, ¿qué incidencia tiene la cualificación del comité en el funcionamiento del proceso de auditoría? En tercer lugar, dada la importancia de la información financiera, ¿está relacionada la cualificación del comité con su capacidad de supervisar la calidad de dicha información?

Nuestra investigación contribuye a ampliar el conocimiento en tres aspectos. En primer lugar, proporcionamos un indicador de la cualificación del CA que tiene en cuenta el carácter polifacético de dicha cualificación. Hasta la fecha, gran parte de los trabajos se limitaban a definir una variable dicotómica con la que se medía si el comité contaba al menos con un experto en la materia. Nosotros vamos más allá pues cuantificamos el *expertise* de los consejeros a través de una variable continua que incorpora sus múltiples dimensiones y formas de adquisición. Parcialmente relacionado con ello, en segundo lugar, analizamos distintos tipos de cualificación pues, mientras que los trabajos anteriores distinguían entre experto financiero y contable, nosotros nos hacemos eco de la directiva europea y consideramos una nueva categoría como es la de experto en auditoría. La tercera contribución consiste en esclarecer los motivos que llevan a las empresas a designar a expertos en su CA. Y todo ello se analiza en el entorno europeo, ampliando la evidencia anterior, centrada primordialmente en el caso estadounidense.

La base de datos utilizada para el contraste empírico incluye información de 2.477 consejeros de 296 empresas cotizadas de Francia, Alemania, Italia, España, Bélgica, Países Bajos, Portugal y Reino Unido durante el periodo 2005-2014. En respuesta a la primera pregunta de investigación, nuestros resultados muestran que la cualificación del comité está afectada positivamente por

la independencia del consejo de administración y mantiene una relación no lineal con el número de otros consejos a que pertenecen sus miembros. Esta última relación puede sugerir dos efectos contrapuestos: un efecto de reputación y un efecto de dedicación. En relación con la segunda cuestión que nos planteábamos, encontramos que la presencia de expertos en el comité tiene significativas implicaciones en el proceso de auditoría: los comités más cualificados se reúnen con más frecuencia, tienen menos consejeros con dedicación exclusiva, tienen mayor predisposición al cambio de auditor y los honorarios del auditor externo son más reducidos. Como respuesta a la tercera pregunta de investigación, nuestros resultados muestran que el *expertise* de los miembros contribuye a reducir la discrecionalidad contable directiva, si bien se trata únicamente de la cualificación en materia de auditoría. También identificamos unas características del gobierno de las empresas que potencian la efectividad de la cualificación en auditoría: comités más activos, de menor tamaño y con menos miembros con dedicación a tiempo completo.

En su conjunto, estos resultados muestran que la cualificación del CA constituye una característica complementaria a otros instrumentos de gobierno corporativo y, simultáneamente, contribuye a mejorar el funcionamiento de la auditoría de la empresa. De acuerdo con estos resultados, la reforma normativa europea es un paso en la buena dirección pero requiere continuar avanzando por esa senda, promoviendo la presencia de expertos en auditoría en el seno de los comités.

Nuestro trabajo se estructura en cinco secciones y dos apéndices técnicos. Tras la presente introducción, en el segundo apartado se exponen los fundamentos teóricos, al hilo de los cuales se formulan las hipótesis a contrastar. La tercera sección se dedica a aspectos metodológicos y contiene la descripción de la muestra, variables y método de estimación. En el cuarto apartado exponemos los resultados del análisis empírico. Finaliza el trabajo con una sección de conclusiones que recoge los aspectos más relevantes de nuestra investigación y apunta líneas futuras de trabajo.

## 2. REVISIÓN TEÓRICA Y FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

### 2.1. ANTECEDENTES DE LA CUALIFICACIÓN DEL COMITÉ DE AUDITORÍA

Dada la importancia del consejo de administración como mecanismo de gobierno corporativo, parece lógico partir del mismo a la hora de analizar los posibles determinantes de la configuración del comité de auditoría. Dos son los aspectos más analizados en este sentido: el tamaño del consejo y su independencia.

Por lo que se refiere al tamaño del consejo, con la excepción del trabajo de LIU, TIRAS y ZHUANG (2014), su relación con la cualificación del comité permanece aún poco analizada. Los estudios más parecidos son aquellos que analizan el efecto del tamaño del consejo en la calidad de los estados financieros. Los resultados no son concluyentes y, mientras que algunos autores alertan del peligro de consejos sobredimensionados, otros trabajos apoyan la idea de que consejos de más tamaño ofrecen un elenco más amplio para seleccionar expertos para el CA.

En cuanto al nivel de independencia, dado que la formación de comités compuestos exclusivamente por consejeros no ejecutivos, con mayoría de independientes, es preceptiva en muchos países<sup>4</sup>, solo cabe analizar la independencia del consejo. La única investigación reseñable se ha realizado en EE. UU. y muestra una relación positiva entre esa independencia y la presencia de expertos en el comité de auditoría, dado que una mayor proporción de consejeros independientes amplía igualmente las posibilidades de elección de consejeros cualificados (LIU, TIRAS y ZHUANG, 2014).

Esa literatura nos permite formular nuestras dos primeras hipótesis. En lo referente al tamaño del consejo, cabe esperar tanto una relación positiva como negativa con la cualificación del CA. Por el contrario, la independencia del consejo parece fomentar el *expertise* de los miembros del comité.

*La cualificación del CA está relacionada (positiva o negativamente) con el tamaño del consejo de administración.* [H1a]

*La cualificación del CA está positivamente relacionada con la independencia del consejo de administración.* [H1b]

La relación entre cualificación y tamaño del CA ha de entenderse en el contexto del tamaño crítico de ese órgano. Obviamente, cuando esa cualificación se mide por la presencia de al menos un experto, un mayor tamaño del comité facilita la presencia de dicho experto. Sin embargo, cuando esa cualificación se mide a través del *expertise* promedio de los consejeros, la relación deja de ser tan evidente. La necesidad de cumplir el mínimo legal puede llevar a la incorporación inicial de uno o varios expertos en contabilidad o auditoría. La cuestión que se plantea es si el resto de los integrantes adicionales mantendrán esa cualificación. Si así fuera, el tamaño del CA no debería influir significativamente en su cualificación. Si no, el tamaño del comité debería ir en detrimento del *expertise* de los consejeros. Dados los conocimientos de los consejeros y el tamaño relativamente reducido de los CA, es de esperar que sus integrantes presenten niveles homogéneos de cualificación, por lo que no parece probable que el tamaño del CA incida significativamente en la cualificación de sus miembros.

En lo relativo a la participación en otros consejos, la literatura ha ofrecido dos explicaciones (JAAFAR, WAN-HUSSIN y BAMAHROS, 2016). La hipótesis de la reputación sugiere que la pertenencia a un mayor número de consejos indica la capacidad de esos consejeros para desempeñar adecuadamente sus funciones al aportar conocimiento y relaciones profesionales (FICH y SHIVDASANI, 2006). Por el contrario, puede existir también un efecto dedicación que hace que los consejeros más cualificados, ocupados en múltiples consejos, no puedan dedicar suficiente tiempo y energías al CA. En cualquier caso, hemos de indicar que la mayor parte de esos trabajos se han centrado en el consejo de administración y no disponemos aún de suficientes estudios en el ámbito del CA (SHARMA y ISELIN, 2012; TANYI y SMITH, 2015). A fin de armonizar ambas perspectivas, nosotros planteamos una relación no lineal entre la cualificación del comité y el número de

<sup>4</sup> La Recomendación 2015/162/CE establece que el CA deberá estar compuesto exclusivamente por miembros no ejecutivos, con una mayoría de independientes. Los códigos de buen gobierno de los diferentes países europeos se han hecho eco de esta recomendación: en Bélgica o España se establece la misma limitación europea, Francia eleva a dos tercios la proporción de independientes, y Holanda e Italia exigen esa condición a la totalidad de los miembros del CA.

consejos a los que pertenecen sus miembros. De esta manera, en una primera fase, predominaría el efecto reputación hasta alcanzar un umbral, a partir del cual domina el efecto dedicación.

*La cualificación del CA no está relacionada con su tamaño.* [H2a]

*La cualificación del CA mantiene una relación no lineal con el número de consejos a que pertenecen sus miembros: inicialmente existiría una relación positiva hasta alcanzar un límite a partir del cual la relación se torna negativa.* [H2b]

## 2.2. IMPLICACIONES DE LA CUALIFICACIÓN DEL COMITÉ DE AUDITORÍA EN EL PROCESO DE AUDITORÍA

Nuestra revisión del efecto de la cualificación del CA sobre el proceso de auditoría aborda cuatro elementos: la actividad de dicho comité, la dedicación de sus miembros, el cambio de empresa auditora y los honorarios de auditoría.

La literatura subraya la importancia de la actividad del CA, medida por el número de reuniones del mismo, pero poco se sabe sobre sus determinantes (SHARMA, NAIKER y LEE, 2009). HOITASH, HOITASH y BEDARD (2009) muestran que los comités más activos son más eficientes. Los resultados de SHARMA, NAIKER y LEE (2009) sugieren que los consejeros más cualificados asisten con más frecuencia a las reuniones en determinadas circunstancias. También MARAGHNI y NEKHILI (2014) encuentran que en Francia los consejeros con más nivel educativo y experiencia participan más frecuentemente en las reuniones. Por lo tanto, nuestra tercera hipótesis se basa en esa literatura y queda formulada en los siguientes términos:

*La actividad del CA está positivamente relacionada con la cualificación de sus miembros.* [H3]

El mayor protagonismo que han asumido los expertos contables y financieros hace que quienes reúnen ese perfil encuentren más oportunidades profesionales y reciban invitaciones a participar en múltiples consejos. Pero la disponibilidad de dichos consejeros no es ilimitada, lo que puede traducirse en que la figura del consejero experto se convierta en un «activo crítico y escaso». A este respecto, SHARMA y ISELIN (2012) no encuentran una diferencia significativa entre la proporción de consejeros que pertenecen a más de tres consejos y la proporción de miembros del CA que acreditan experiencia financiera o contable. Por el contrario, JAAFAR, WAN-HUSSIN y BAMAHRIS (2016) prueban que los expertos del CA pertenecen a más consejos que aquellos que no tienen la consideración de expertos. Por lo tanto, nuestra cuarta hipótesis es la siguiente:

*La dedicación de los miembros del CA está negativamente relacionada con su cualificación.* [H4]

Una de las decisiones más trascendentes que toma el CA es la selección de la empresa auditora. El efecto del cambio de auditor sobre la cualidad de la auditoría es una cuestión controvertida en la investigación (GÓMEZ-AGUILAR y RUIZ-BARBADILLO, 2003; MONTERREY MAYORAL y SÁNCHEZ

SEGURA, 2007; RUIZ-BARBADILLO, GÓMEZ-AGUILAR y CARRERA, 2009). En cualquier caso, la cuestión que queremos abordar es si los comités más cualificados tienen mayor predisposición a cambiar de auditor. Por ejemplo, según CHEN y ZHOU (2007), los comités más cualificados fueron los primeros en despedir a Arthur Andersen como auditor en la etapa posterior al escándalo de Enron.

El Reglamento (UE) 537/2014 del Parlamento Europeo sobre los requisitos específicos para la auditoría legal ha modificado considerablemente el marco legal<sup>5</sup>. A partir de su entrada en vigor, el contrato de auditoría está sometido a un límite temporal de diez años (art. 17). Independientemente del debate sobre la conveniencia de la rotación del auditor externo, las autoridades europeas implícitamente se muestran en favor de reforzar su independencia estableciendo una rotación obligatoria. En consonancia con el interés de las autoridades europeas en fomentar la cualificación del CA, nuestra siguiente hipótesis podría establecerse como sigue:

*La rotación de la firma externa de auditoría está positivamente relacionada con la cualificación del CA.* [H5]

Por lo que respecta a la relación con los honorarios de auditoría, se podrían argumentar dos justificaciones teóricas contrapuestas. Por una parte, unos consejeros más cualificados pueden encontrarse en mejores condiciones para negociar honorarios más reducidos, tal vez basándose en que su mayor *expertise* facilite la tarea del auditor externo. Por otra parte, miembros más cualificados del CA pueden imponer estándares de calidad más exigentes y obligar a un trabajo adicional del auditor externo, lo que iría unido a honorarios más altos. Por consiguiente, es probable que la cualificación del CA incida en el importe de los honorarios del auditor externo pero esa influencia puede tener un efecto tanto positivo como negativo. De ahí que nuestra sexta hipótesis quede formulada también en términos duales:

*Los honorarios de auditoría están relacionados positivamente con la cualificación del CA.* [H6a]

*Los honorarios de auditoría están relacionados negativamente con la cualificación del CA.* [H6b]

### 2.3. CUALIFICACIÓN DEL COMITÉ DE AUDITORÍA Y CALIDAD DE LA INFORMACIÓN CONTABLE

El *expertise* de sus miembros es uno de los rasgos del CA al que la literatura ha dedicado una atención predominante al estudiar los efectos de la calidad de la información financiera (GARCÍA MECA y SÁNCHEZ BALLESTA, 2009; PEASNELL, POPE y YOUNG, 2005). La evidencia al respecto

<sup>5</sup> Con anterioridad a su entrada en vigor la normativa europea se encontraba notablemente fragmentada por países. Así, por ejemplo, mientras que en España el cambio de auditor llegó a ser obligatorio aunque no tenía marcado un estricto límite temporal, dicho límite era de 9 años en el caso de Italia, y en Portugal era únicamente aconsejable. Por el contrario, en Bélgica, Alemania, Países Bajos, Francia y Reino Unido no existía tal obligación.

procede predominantemente de EE. UU. y muestra el efecto positivo de esa cualificación al moderar una agresiva gestión de beneficio (KRISHNAN y VISVANATHAN, 2008), mejorar la calidad de los ajustes por devengo (DHALIWAL, NAIKER y NAVISSI, 2010; XIE, DAVIDSON y DADALT, 2003) y atenuar la gestión de las expectativas de beneficios (LIU, TIRAS y ZHUANG, 2014).

Por el contrario, los análisis de otros entornos geográficos no ofrecen resultados tan concluyentes. Así, mientras que HABBASH, SINDEZINGUE y SALAMA (2013) no encuentran una relación significativa entre la cualificación de los consejeros y los ajustes por devengo discrecionales en las empresas británicas, LO, WONG y FIRTH (2010) muestran que esa cualificación tiene un efecto beneficioso en las empresas chinas. DE VLAMINCK y SARENS (2015) y PIOT y RÉMI (2007) ofrecen evidencia mixta pues, aunque demuestran que el CA de las empresas belgas y francesas desempeña una función importante, su hipótesis relativa al *expertise* de los integrantes no resulta confirmada.

La conveniencia de nuevos estudios queda reforzada al tener en cuenta que la cualificación del CA se ha basado en datos agregados, sin considerar las características individuales de sus integrantes. Así visto, es probable que la capacitación individual de los miembros del comité para procesar la información financiera se traduzca en una información de más calidad.

La adecuada medida de la calidad de la información financiera es una debatida cuestión cuya revisión excede considerablemente los límites de la presente investigación. Aunque no existe una posición unánime, tanto los investigadores como los profesionales contables han reconocido ampliamente la gestión del resultado como un indicador de dicha calidad (DICHEV, GRAHAM, HARVEY y RAJGOPAL, 2013). Basándonos en ese hecho, nuestra última hipótesis se puede formular como se indica a continuación:

*La cualificación del CA está relacionada negativamente con la gestión del resultado de la empresa.*

[H7]

### 3. MUESTRA, VARIABLES Y MÉTODO

#### 3.1. MUESTRA

Nuestra muestra estaba formada inicialmente por las 310 empresas incluidas en los principales índices bursátiles de Francia, Alemania, Italia, España, Bélgica, Países Bajos, Portugal, y Reino Unido en diciembre de 2014<sup>6</sup>. Tras eliminar las empresas cotizadas simultáneamente en dos o más países, esa muestra se redujo a 296 empresas. Hemos identificado los consejeros que formaban parte del CA de cada una de esas empresas en cada uno de los años comprendidos

<sup>6</sup> Esos índices son IBEX-35 (35 empresas españolas), DAX (30 empresas alemanas), CAC-40 (40 empresas francesas), FTSE MIB (40 empresas italianas), FTSE-100 (100 empresas británicas), BEL-20 (20 empresas belgas), AEX (25 empresas neerlandesas) y PSI20 (20 empresas portuguesas).

entre 2005 y 2014, y hemos recopilado información sobre su *curriculum vitae*. Esta tarea se ha traducido en la creación de una base de datos de 2.477 consejeros distintos procedentes de 2.659 comités (en términos de empresa y año). Toda esa información se obtuvo de las páginas web de las empresas y de los organismos de supervisión del mercado de valores de cada país. La información complementaria sobre el currículum de los consejeros se obtuvo de *Business Week*. Para incorporar un comité al análisis exigimos que la información sobre todos sus miembros esté disponible, por lo que la muestra quedó reducida a 2.350 comités con toda la información disponible. La información económico-financiera de las empresas procede de la base de datos *Bloomberg*.

Debemos hacer constar que la complejidad de la tarea se vio incrementada por la internacionalidad de la muestra, ya que los *curriculum vitae* estaban redactados en alemán, español, inglés, italiano, francés o portugués. En el apéndice II ofrecemos más especificaciones técnicas sobre el proceso de normalización de los datos.

Para valorar adecuadamente la representatividad de nuestra muestra se puede comparar con las utilizadas en otros trabajos sobre la cualificación del CA: 2.484 observaciones empresa-año en ABERNATHY, HERRMANN, KANG y KRISHNAN (2013), 203 empresas en ALBRING, ROBINSON y ROBINSON (2014), 3.451 observaciones empresa-año en BEDARD, CHTOUROU y COURTEAU (2004), 702 consejeros en DEFOND, HANN y HU (2005), 770 observaciones empresa-año en DHALIWAL, NAIKER y NAVISSI (2010), 3.590 observaciones empresa-año en ERKENS y BONNER (2013), 3.218 miembros del CA en KRISHNAN y LEE (2009), 633 observaciones empresa-año en KRISHNAN y VISVANATHAN (2008), 423 observaciones empresa-año en KUSNADI, LEONG, SUWARDY y WANG (2016) y 98 empresas en SUN, WEI y XU (2012). En la **tabla 2** recogemos la distribución de empresas y consejeros de la muestra por año y país.

Tabla 2. Distribución de la muestra por país y año

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Panel A. Número de observaciones (empresas)											
Alemania .....	22	23	26	26	26	29	30	30	29	30	271
Bélgica .....	16	16	16	16	16	17	16	17	16	17	163
España .....	22	26	23	24	28	29	32	30	31	31	276
Francia .....	25	29	32	34	34	35	37	37	38	37	338
Italia .....	21	23	26	29	29	30	32	32	35	35	292
Países Bajos .....	17	18	17	18	19	19	19	19	21	21	188
											.../...

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
.../...											
Portugal .....	7	10	13	14	15	16	16	12	14	17	134
Reino Unido .....	64	72	77	85	85	85	87	89	89	92	825
<b>Total .....</b>	<b>194</b>	<b>217</b>	<b>230</b>	<b>246</b>	<b>252</b>	<b>260</b>	<b>269</b>	<b>266</b>	<b>273</b>	<b>280</b>	<b>2.487</b>
Panel B. Número de miembros de comités de auditoría											
Alemania .....	106	116	127	141	133	144	153	153	149	156	1.378
Bélgica .....	65	57	61	60	57	59	57	64	62	64	606
España .....	86	103	89	92	108	119	127	120	131	125	1.100
Francia .....	95	105	120	132	141	144	157	160	169	168	1.391
Italia .....	107	120	142	150	157	152	152	157	182	172	1.491
Países Bajos .....	61	62	59	60	68	67	67	71	75	78	668
Portugal .....	20	37	43	49	51	55	56	41	50	63	465
Reino Unido .....	251	289	312	335	337	342	361	366	373	398	3.364
<b>Total .....</b>	<b>791</b>	<b>889</b>	<b>953</b>	<b>1.019</b>	<b>1.052</b>	<b>1.082</b>	<b>1.130</b>	<b>1.132</b>	<b>1.191</b>	<b>1.224</b>	<b>10.463</b>

### 3.2. VARIABLES

La investigación sobre el *expertise* de los órganos de gobierno corporativo debe hacer frente a la inherente dificultad de cuantificación de ese concepto. Hasta hace no mucho dicha cualificación se había identificado con la experiencia profesional en banca de inversión o haber formado parte de otro comité de auditoría. Tras la entrada en vigor de la SOX en 2002, nuevos estudios aportaron medidas más precisas. BEDARD, CHTOUROU y COURTEAU (2004) distinguen varios tipos de cualificación (de gobierno y financiera), mientras que ALBRING, ROBINSON y ROBINSON (2014), DEFOND, HANN y HU (2005) y ZHANG, ZHOU y ZHOU (2007) descomponen esta última en *expertise* contable y no contable. KRISHNAN y VISVANATHAN (2008), HOITASH, HOITASH y BEDARD (2009), SUN, WEI y XU (2012), DHALIWAL, NAIKER y NAVISSI (2010) y ABERNATHY, HERRMANN, KANG y KRISHNAN (2013) van un paso más allá ya que, además de esos tipos, identifican también el *expertise* no financiero.

En general, los trabajos citados emplean medidas dicotómicas de la cualificación del CA, considerando únicamente si cuenta al menos con una persona que pueda ser considerada exper-

ta. Nuestro trabajo supone una innovación pues proponemos una medida más precisa<sup>7</sup> de dicha cualificación basada en la cualificación media de sus integrantes.

Dado que la Comisión Europea no ha emitido una definición específica de las condiciones que debe reunir un experto financiero, nos basaremos en los requisitos impuestos por la SOX y en rasgos analizados por investigaciones análogas. Definimos, por tanto, ocho características que configuran el *expertise* de los miembros del CA: (i) poseer estudios superiores en administración de empresas o titulaciones equiparables; (ii) poseer estudios de posgrado en administración de empresas o titulaciones equiparables; (iii) haber realizado estudios de posgrado en una escuela de negocios de prestigio<sup>8</sup>; (iv) poseer experiencia como director general de una gran empresa; (v) poseer experiencia como auditor o consultor; (vi) poseer experiencia profesional internacional; (vii) poseer experiencia profesional como *controller*, director financiero o director contable; (viii) acreditar conocimientos de economía a través de una titulación universitaria o la experiencia profesional en economía, finanzas o banca de inversión.

Para cada uno de los consejeros obtuvimos su cualificación, medida como un valor entre 0 y 8 según el número de requisitos que cumpliera. Posteriormente, para cada comité y año calculamos la cualificación media (CUALIF) de sus integrantes. También definimos una variable dicotómica (ALTACUALIF) para aquellas observaciones cuya cualificación se situara por encima de la media.

El análisis de los currículum de los consejeros también nos ha permitido tipificar cuatro tipos de *expertise*: auditor, contable no auditor, financiero y dirección general (ABERNATHY, HERRMANN, KANG y KRISHNAN, 2013; BADOLATO, DONELSON y EGE, 2014). Desde esta perspectiva, otro avance de nuestra investigación en comparación con trabajos anteriores es incorporar una distinción adicional dentro de la cualificación contable para dar entrada expresamente al *expertise* en auditoría. Esta distinción está basada en la literalidad del artículo 24 de la Directiva 2014/56/UE, que exige a los miembros del CA competencias en materia de auditoría y/o contabilidad.

Definimos, por tanto, la variable CONTAB como la proporción de consejeros que poseen cualificación en temas contables, ya sea por su formación académica o por su trayectoria profesional. El *expertise* en materia de auditoría (AUDIT) viene definido como la proporción de consejeros que han sido auditores externos (HABBASH, SINDEZINGUE y SALAMA, 2013). La cualificación financiera (FINANCIAL) es la proporción de consejeros que han desempeñado tareas en el sector bancario, como analista financiero o tareas análogas (DEFOND, HANN y HU, 2005; ZHANG, ZHOU y ZHOU, 2007). La experiencia en dirección (CEO) es la proporción de miembros del CA que han sido directores generales de grandes empresas (DHALIWAL, NAIKER y NAVISSI, 2010). A partir de esas dimensiones hemos definido cuatro variables dicotómicas (ONEACC, ONEAUDIT, ONEFINAN y ONECEO) en caso

<sup>7</sup> En todo caso los trabajos anteriores utilizan como variable continua la proporción de miembros del CA que tienen la consideración de expertos.

<sup>8</sup> La clasificación como escuela de negocios de prestigio está basada en el *ranking* de la revista *Forbes* en 2015: INSEAD, London Business School, IESE, IE Business School, IMD, SDA Bocconi, Cranfield, Saïd, Warwick, Lancaster University y SP Jain.

de que el CA cuente con al menos un experto en cada una de esas categorías. A pesar de la limitación que supone operar con variables dicotómicas, esas categorías nos permiten valorar la efectividad de la regulación europea que requiere que al menos un integrante del CA posea esa competencia.

Hemos definido dos variables relacionadas con el consejo de administración: tamaño (BOASIZE) e independencia (BOAIND). BOASIZE es el número de miembros del consejo y BOAIND la proporción de consejeros independientes. Hemos definido también dos variables referentes a la estructura y al funcionamiento del CA: tamaño (COMSIZE) y actividad (COMACT). COMSIZE es el número de integrantes del comité y COMACT el número de reuniones de ese órgano celebradas cada año. MULTIPLE es el número promedio de consejos (además del propio) a que pertenecen los consejeros en caso de pertenencia a múltiples consejos. DEDIC es el porcentaje de miembros en régimen de dedicación exclusiva al consejo.

En relación con la auditoría externa, hemos definido la variable rotación (ROTAT) como una variable dicotómica que vale 1 cuando la empresa ha cambiado de firma auditora en ese año y 0 en caso contrario, y la variable FEE, definida como el cociente entre los honorarios de auditoría y el activo total.

Como es habitual en estos casos, incluimos una serie de variables de control para incorporar el efecto del tamaño de la empresa, su apalancamiento financiero y su rentabilidad, evitando así sesgos de omisión (LIU, TIRAS y ZHUANG, 2014). Definimos ASSETS como el logaritmo del valor del activo total, LEV es el *leverage* financiero o ratio de deuda sobre el activo total, y ROA la rentabilidad económica o cociente entre el beneficio bruto y el activo total. Para incorporar el riesgo reputacional incorporamos una variable (PUBLIC) que mide la proporción de consejeros con experiencia política, diplomática o en la función pública basándonos en el trabajo de POLLACK, CHEN, JACKSON y HAMBRICK (2010). Para facilitar la lectura del trabajo en el apéndice I proporcionamos una tabla descriptiva de todas las variables empleadas.

### 3.3. MÉTODO

La diferente naturaleza de las tres preguntas de investigación hace que el método empleado presente una cierta complejidad. Por lo que respecta a los antecedentes de la cualificación del CA (primera cuestión) y a sus efectos en la función de auditoría (segunda cuestión), seguiremos el método al uso, consistente en un primer análisis de índole descriptiva y un análisis subsiguiente de naturaleza explicativa. En relación con el efecto que la cualificación de los miembros de CA puede tener sobre la calidad de la información financiera, se hacen precisas unas explicaciones previas acerca del modo de estudiar dicha calidad.

El análisis descriptivo al que nos hemos referido consiste en un contraste de igualdad de medias a fin de detectar si aquellas empresas con comités más cualificados (segmentando la muestra según la variable ALTACUALIF) presentan diferencias en el funcionamiento de sus mecanismos de gobierno corporativo o de su función de auditoría. Aunque no se trata de un análisis concluyente, puede resultar orientativo sobre la pertinencia de las hipótesis planteadas.

El análisis explicativo se desarrolla según la técnica de datos de panel. La combinación de series temporales con datos de corte transversal permite la formación de un panel de datos, cuyo análisis ofrece indudables ventajas. Para dar respuesta a las dos primeras preguntas realizamos sendos análisis de regresión. En primer lugar, como se recoge en los modelos [1] y [2], estudiamos si la estructura del consejo de administración y del CA tienen alguna incidencia en el *expertise* de este último. En segundo lugar, como se indica en el modelo [3], la cualificación del CA actúa como variable independiente para determinar hasta qué punto esa cualificación influye en otros aspectos del proceso de auditoría. Debe hacerse constar que, dado que la variable ROTAT tiene naturaleza dicotómica, para el estudio de la rotación del auditor externo hemos utilizado un análisis logit. Todas las estimaciones incluyen variables dicotómicas de año, país y sector (utilizando el primer dígito de la clasificación de actividades económicas SIC<sup>9</sup>).

$$\text{QUALIF}_{it} = \beta_0 + \beta_1 \text{BOASIZE} + \beta_2 \text{BOAIND} + \beta_3 \text{ASSETS} + \beta_4 \text{LEV} + \beta_5 \text{ROA} + \epsilon_{it} \quad [1]$$

$$\text{QUALIF}_{it} = \beta_0 + \beta_1 \text{COMSIZE} + \beta_2 \text{MULTIPLE} + \beta_3 \text{MULTIPLE}x^2 + \beta_4 \text{ASSETS} + \beta_5 \text{LEV} + \beta_6 \text{ROA} + \epsilon_{it} \quad [2]$$

$$\text{COMACT}_{it}, \text{DEDIC}_{it}, \text{ROTAT}_{it}, \text{FEES}_{it} = \beta_0 + \beta_1 \text{CUALIF} + \beta_2 \text{LEV} + \beta_3 \text{ROA} + \beta_4 \text{LOGACT} + \epsilon_{it} \quad [3]$$

El método empleado para estudiar la discrecionalidad contable requiere una explicación algo más pormenorizada. Existe un acuerdo tanto en el entorno académico como entre los profesionales de la especial aptitud de la gestión del resultado como medida de la calidad de la información contable (DECHOW, GE y SCHRAND, 2010). Se explica así que la literatura sea pródiga en modelos para la detección del componente discrecional de la gestión del beneficio, siendo los más importantes el modelo propuesto por JONES (1991), la versión modificada del mismo (DECHOW, SLOAN y SWEE-NEY, 1995), el modelo de JONES ajustado por ROA y el modelo del flujo de caja. Serán los cuatro modelos que vamos a considerar y, para determinar cuál es el que presenta menor margen de error, se deben aplicar las pruebas de especificación y de potencia (BROWN y WARNER, 1985). Puesto que se trata de pruebas instrumentales, y dado lo prolijo de su exposición, es habitual no ofrecer esos resultados. Así lo hemos juzgado oportuno nosotros también y hemos optado por recoger únicamente un ejemplo de las mismas en el apéndice III. En cualquier caso, los resultados de dichas pruebas se pueden solicitar a los autores si se juzgara preciso. Baste decir que el modelo que ofrece un mejor rendimiento es el modelo de ajuste del resultado mediante el flujo de caja (DECHOW y DICHEV, 2002).

Nuestra medida de la calidad de los ajustes por devengo se basa en la desviación estándar de los residuos obtenida a partir de la regresión del cambio en el fondo de maniobra en función de los valores pasados, presentes y futuros del flujo de caja operativo. Este procedimiento de determinación de los ajustes por devengo esperados requiere la agrupación de las observaciones por sectores y años, por lo que hemos utilizado los dos primeros dígitos en la clasificación de actividades industriales SIC. Nuestro modelo se representa a través de la ecuación [4]:

<sup>9</sup> Standard Industrial Classification.

$$\frac{TA}{ATA_{i-1}} = \frac{\beta_0}{ATA_{i-1}} + \beta_1 \left( \frac{CFO_{t-1}}{ATA_{i-1}} \right) + \beta_2 \left( \frac{CFO_t}{ATA_{i-1}} \right) + \beta_3 \left( \frac{CFO_{t+1}}{ATA_{i-1}} \right) + \varepsilon \quad [4]$$

donde TA representa los ajustes por devengo totales, CFO es el flujo de caja operativo y  $\varepsilon$  es el término de error que recoge la parte discrecional de los ajustes por devengo. Todas las variables se encuentran divididas por el activo medio total (ATA).

Siguiendo el procedimiento habitual en estos estudios, el análisis de la gestión del resultado puede dividirse en dos etapas. En la primera se estiman los ajustes por devengo totales y se descomponen en su parte discrecional (DACC) y su componente no discrecional. En una segunda etapa, el análisis explicativo propiamente dicho, esos ajustes discretos se hacen depender del *expertise* del CA y de otras variables explicativas como se indica en la ecuación [5].

$$DACC_{i,t} = \beta_0 + \beta_1 \text{AUDIT} + \beta_2 \text{FINANCIAL} + \beta_3 \text{CEO} + \beta_4 \text{ACSIZE} + \beta_5 \text{PUBLIC} + \beta_6 \text{ASSET}_{i,t} + \beta_7 \text{LEV}_{i,t} + \beta_8 \text{ROA}_{i,t} + \mu_i + \varepsilon_{i,t} \quad [5]$$

## 4. RESULTADOS

### 4.1. ANÁLISIS DESCRIPTIVO

La **tabla 3** ofrece unos estadísticos descriptivos de la muestra. Casi todas las empresas (94,8%) cuentan al menos con un experto financiero en el CA; la mayoría de ellas (83,8%) tienen un experto en contabilidad (no auditor) y un experto en dirección general (70%); y únicamente el 30,8% de las empresas tienen a un auditor como miembro de su CA. Los expertos contables suponen un 43,8% del total de consejeros. La proporción de anteriores auditores ronda el 8%, la proporción media de consejeros con cualificación financiera es del 59% y en torno a la tercera parte de los consejeros han ocupado anteriormente puestos de director general. Estos datos son semejantes a los de otros trabajos sobre este tema. Así, ALBRING *et al.* (2014) encuentran que el 42% de los consejeros son expertos contables; ABERNATHY *et al.* (2013) informan de que el 14% de los consejeros son antiguos auditores y que el 61% tienen experiencia en finanzas; BADOLATO *et al.* (2014) muestran que el 30% de los consejeros han sido anteriormente directores generales.

Tabla 3. Estadísticos descriptivos

	Media	Std. Dev.	Q1	Mediana	Q3
CUALIF .....	4.792	1.209	4.035	5.071	5.580
BOASIZE .....	12.585	3.665	10	12	15
					.../...

	Media	Std. Dev.	Q1	Mediana	Q3
.../...					
BOAIND .....	0.586	0.195	0.455	0.571	0.714
COMSIZE .....	4.207	1.171	3	4	5
COMACT .....	6.041	3.071	4	5	7
DEDIC .....	0.722	0.242	0.6	0.75	1
MULTIPLES .....	2.811	2.666	0	2	4
ROTAT .....	0.039	0.193	0	0	0
FEE .....	0	0	0	0	0
DACC .....	0.116	0.629	0.001	0.004	0.020
CONTAB .....	0.438	0.318	0.200	0.400	0.667
AUDIT .....	0.078	0.130	0	0	0
FINANCIAL .....	0.588	0.289	0.331	0.600	0.800
CEO .....	0.328	0.287	0	0.330	0.500
ONEACC .....	0.838	0.368	1	1	1
ONEAUDIT .....	0.308	0.462	0	0	1
ONEFINAN .....	0.948	0.221	1	1	1
ONECEO .....	0.707	0.455	0	1	1
PUBLIC .....	0.112	0.159	0	0	0.200
ASSETS .....	4.287	0.758	3.748	4.197	4.722
LEV .....	0.673	0.186	0.544	0.675	0.814
ROA .....	4.584	5.401	1.046	3.865	7.040
Media, desviación típica y cuartiles de las principales variables. El apéndice I contiene una lista con la definición de todas las variables.					

En la **tabla 4** recogemos los coeficientes de correlación entre las variables. Dado el elevado número de variables, para facilitar su presentación, hemos seleccionado las más relevantes de cara a nuestro análisis. Se considera que pueden surgir problemas de multicolinealidad cuando esos coeficientes están por encima de 0,7. Aunque nuestros coeficientes toman valores sensiblemente más bajos, hemos calculado el factor de inflación de varianza (VIF) para corroborar la ausencia de multicolinealidad.

Tabla 4. Matriz de varianzas y covarianzas

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)	(11)
CUALIF .....	0.033	0.160***	0.106***	0.030	-0.128***	0.134***	0.023	0.066**	0.110***	0.123	0.026***
BOASIZE (1) .....		-0.302***	0.378***	0.224***	0.009	0.143***	-0.024	-0.249***	0.514***	0.258***	-0.269***
BOAIND (2) .....			0.046*	-0.008	-0.140**	0.115***	-0.016	-0.002	0.142***	-0.004	0.087***
COMSIZE (3) .....				0.050**	-0.008	0.283***	-0.007	-0.067**	0.261***	0.128***	-0.088***
COMACT (4) .....					0.118***	-0.114***	0.079***	-0.171***	0.349***	0.258***	-0.228***
DEDIC (5) .....						-0.863***	0.006	0.022	-0.168***	0.033	-0.038
MULTIPLE (6) .....							-0.005	-0.057*	0.268***	0.008	-0.010
ROTAT (7) .....								-0.035	0.008	0.018	0.030
FEEES (8) .....									-0.486***	-0.225***	0.214***
ASSETS (9) .....										0.534***	-0.451***
LEV (10) .....											-0.512***
ROA (11) .....											

Matriz de varianzas y covarianzas de las principales variables. El apéndice I contiene una lista con la definición de todas las variables. \*\*\* nivel de confianza de 99%, \*\* 95% y \* 90%.

En la **tabla 5** recogemos los resultados de las pruebas de comparación de medias. Para ello dividimos la muestra en dos grupos de acuerdo con la variable ALTACUALIF como se explicó anteriormente. Se pueden observar diferencias significativas entre ambos grupos de variables en cuanto al consejo de administración, el CA y la función de auditoría. La mayor parte de estas diferencias van en la línea de nuestras hipótesis, lo que justifica el análisis explicativo que presentamos más adelante.

Tabla 5. Test de comparación de medias

	Menor cualificación	Mayor cualificación	t-test
BOASIZE .....	13.02	12.16	5.282***
BOAIND .....	0.57	0.61	-4.502***
COMSIZE .....	4.16	4.33	-3.573***
COMACT .....	5.86	6.14	-1.964**
MULTIPLE .....	2.64	3.18	-4.863***
DEDIC .....	0.74	0.69	5.042***
ROTAT .....	0.03	0.05	-2.010**
FEE .....	0.35	0.29	3.013***
ASSETS .....	4.26	4.35	-2.858***
LEV .....	0.68	0.67	0.100
ROA .....	4.56	4.64	-0.385

Contraste de igualdad de medias según la variable ALTACUALIF. El apéndice I contiene una lista con la definición de todas las variables. \*\*\* nivel de confianza de 99 %, \*\* 95 % y \* 90 %.

Puede observarse que las empresas con mayor *expertise* en su CA tienen consejos de administración más pequeños e independientes, cuentan con comités menos reducidos y sus miembros forman parte de un número mayor de consejos. Estas empresas también muestran diferentes características de su función de auditoría ya que el CA se reúne con más frecuencia y tiene menos miembros con dedicación exclusiva. Asimismo, muestran más predisposición al cambio de auditor y pagan menores honorarios de auditoría. Aunque no se trata de una evidencia concluyente, estos resultados son coherentes con nuestras hipótesis H1a, H1b, H2b y H3-H6b.

## 4.2. ANÁLISIS EXPLICATIVO

### 4.2.1. Antecedentes de la cualificación del CA

En las tres primeras columnas de la **tabla 6** presentamos las estimaciones de la ecuación 1, correspondiente a las hipótesis H1a y H1b (efecto de la configuración del consejo de administración y del CA). De acuerdo con lo expuesto en las columnas 1 y 3, el tamaño del consejo no tiene ninguna influencia significativa en la cualificación del CA, contrariamente a lo propuesto en la hipótesis H1a. Este resultado es similar al obtenido por LIU, TIRAS y ZHUANG (2014), quienes no consiguieron confirmar empíricamente esta misma hipótesis en el entorno estadounidense. El tamaño del consejo de administración, por tanto, no parece desempeñar un papel relevante en la fijación de la cualificación del CA.

Tabla 6. Antecedentes de la cualificación del CA

	H1a y H1b			H2a y H2b		
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
BOASIZE .....	0.016 (0.011)		0.008 (0.013)			
BOAIND .....		0.406** (0.192)	0.389** (0.194)			
COMSIZE .....				0.004 (0.022)		0.012 (0.022)
MULTIPLE .....					0.124*** (0.041)	0.127*** (0.041)
MULTIPLE <sup>2</sup> .....					-0.019* (0.012)	-0.019* (0.012)
ASSETS .....	0.065 (0.083)	0.126 (0.086)	0.143 (0.090)	0.048 (0.074)	0.027 (0.073)	0.030 (0.074)
LEV .....	0.342* (0.252)	0.336* (0.265)	0.342* (0.265)	0.228* (0.229)	0.207* (0.228)	0.213* (0.229)
						.../...

	H1a y H1b			H2a y H2b		
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
.../...						
ROA .....	0.002 (0.004)	0.006 (0.004)	0.006 (0.004)	0.000 (0.004)	0.000* (0.004)	0.000* (0.004)
Observaciones .....	1,999	1,772	1,772	2,279	2,279	2,279
F stat .....	71.66***	72.42***	73.19***	84.66***	100.73***	100.90***
Adj. R <sup>2</sup> .....	0.0685	0.071	0.0742	0.087	0.093	0.093
VIF .....	1.36	1.32	1.28	1.32	1.33	3.44
Resultados de la estimación de las ecuaciones 1 y 2. El apéndice I contiene una lista con la definición de todas las variables. *** nivel de confianza de 99 %, ** 95 % y * 90 %.						

Por el contrario, el coeficiente de la independencia de este órgano (BOAIND), tal y como aparece en la segunda y tercera columna de dicha tabla, es positivo y significativo. Ese resultado confirma nuestra hipótesis H1b, pudiendo afirmarse que los CA con mayor nivel de *expertise* están positivamente relacionados con los consejos más independientes.

Las tres últimas columnas de la **tabla 6** recogen los resultados de la estimación de la ecuación 2 correspondiente a las hipótesis H2a y H2b (efecto de las características del CA). Coherentemente con la hipótesis H2a, el tamaño del comité (COMSIZE) no presenta ninguna relación significativa con la cualificación de sus miembros (columnas 4 y 6). De manera congruente con la hipótesis H2b encontramos una relación no lineal con el número de consejos (además del propio) al que pertenecen los miembros del comité. Inicialmente esa relación toma una forma positiva (un efecto reputación) pero, tras alcanzar un umbral situado en los 3,3 consejos, la relación se torna negativa (efecto dedicación). Este resultado corrobora el trabajo de FICH y SHIVDASANI (2006), quienes encuentran que las empresas cuyos consejeros pertenecen a más de tres consejos son menos eficientes y sus mecanismos de gobierno corporativo funcionan peor. También es un resultado que apoya el trabajo de SHARMA y ISELIN (2012), quienes encuentran una relación positiva entre las deficiencias en los estados financieros y la presencia en otros consejos.

#### 4.2.2. Implicaciones de la cualificación del CA

La **tabla 7** recoge los resultados de la ecuación 3, relativa a alguna de las implicaciones de la cualificación del CA (hipótesis H3 y H4). Los resultados recogidos en las dos primeras columnas confirman la hipótesis H3 acerca de la relación existente entre la cualificación y la actividad del

CA. Cuando medimos ese *expertise* tanto a través de la variable continua CUALIF como a través de la variable dicotómica ALTACUALIF, se observa una relación positiva y significativa entre ambas variables. Formulado en otros términos, los comités con un mayor nivel de expertos se reúnen con más frecuencia. Según la hipótesis H4, la proporción de miembros del CA con dedicación exclusiva debería estar relacionada negativamente con la cualificación del comité. Así se desprende de los resultados recogidos en las dos últimas columnas de la **tabla 7** pues el coeficiente de las variables CUALIF y ALTACUALIF resulta negativo y significativo. Este resultado puede estar motivado por las recientes modificaciones legales que han aumentado la demanda de expertos financieros y por el número más alto de posiciones en otros consejos que los consejeros más expertos poseen (JAAFAR, WAN-HUSSIN y BAMAHROS, 2016).

Tabla 7. Implicaciones de la cualificación del CA

Variable dependiente	(1) COMACT	(2) COMACT	(3) DEDIC	(4) DEDIC
CUALIF .....	0.078* (0.047)		-0.034*** (0.005)	
HIGHCUALIF .....		0.251*** (0.102)		-0.055*** (0.012)
ASSETS .....	0.781*** (0.206)	0.772*** (0.206)	-0.076*** (0.017)	-0.076*** (0.017)
LEV .....	1.014* (0.598)	1.039* (0.597)	0.136** (0.058)	0.139** (0.059)
ROA .....	0.003 (0.013)	0.002 (0.013)	-0.003** (0.002)	-0.003** (0.002)
Observaciones .....	1,599	1,599	1,631	1,631
F stat .....	68.34	92.27	72.06	72.02
Adj. R <sup>2</sup> .....	0.118	0.078	0.119	0.075
VIF .....	1.42	1.42	1.41	1.52
Resultados de la estimación de la ecuación 3. El apéndice I contiene una lista con la definición de todas las variables. *** nivel de confianza de 99 %, ** 95 % y * 90 %.				

Pasamos ahora a las consecuencias de la cualificación del CA sobre la auditoría externa, es decir, la decisión de cambio de auditor (H5) y los honorarios de auditoría (H6a y H6b). Dada la naturaleza dicotómica de la variable que recoge el cambio de auditor<sup>10</sup>, las estimaciones de la ecuación 3 de las columnas 1 y 2 de la **tabla 7** han sido realizadas siguiendo un modelo logit. Tanto la variable CUALIF como ALTACUALIF tienen un efecto positivo sobre la rotación del auditor (ROTAT). En estos casos la bondad de ajuste se suele medir por el porcentaje que resultan adecuadamente clasificadas por el modelo. Dicho porcentaje supera el 95 %, lo que indica una buena capacidad predictiva del modelo. Estos resultados sugieren que las empresas con comités de auditoría más cualificados son más propensas al cambio de auditor externo y podrían estar inducidos por un mayor esfuerzo de esos expertos por garantizar la independencia de la firma de la auditoría. De hecho, CHEN y ZHOU (2007) encuentran que fueron los comités más expertos los que antes suspendieron su relación con Arthur Andersen como auditor externo tras el escándalo en que dicha firma se vio envuelta.

Tabla 8. Implicaciones de la cualificación del CA

Variable dependiente	(1) ROTAT	(2) ROTAT	(3) FEE	(4) FEE
CUALIF .....	0.237* (0.140)		-0.013* (0.007)	
HIGHCUALIF .....		0.618** (0.301)		-0.028** (0.014)
ASSETS .....	0.011 (0.219)	0.008 (0.218)	-0.484*** (0.054)	-0.487*** (0.054)
LEV .....	0.685 (1.013)	0.680 (1.016)	-0.007 (0.099)	-0.011 (0.099)
ROA .....	0.035 (0.039)	0.037 (0.039)	-0.002 (0.002)	-0.001 (0.002)
				.../...

<sup>10</sup> Las empresas francesas no fueron incluidas en ese análisis dado que la ley les exige trabajar de forma simultánea con dos firmas externas de auditoría.

Variable dependiente	(1) ROTAT	(2) ROTAT	(3) FEE	(4) FEE
.../...				
Observaciones .....	1,380	1,380	939	939
Likelihood ratio .....	20.63	21.88		
% clasificación correcta .....	96.16	96.16		
F stat .....			7.25***	7.29***
Adj. R <sup>2</sup> .....			0.150	0.151
VIF .....	1.33	1.33	1.55	1.56
Resultados de la estimación de la ecuación 3. Las columnas 1 y 2 se han estimado con un modelo logit. El apéndice I contiene una lista con la definición de todas las variables. *** nivel de confianza de 99 %, ** 95 % y * 90 %.				

Las columnas 3 y 4 de la **tabla 8** muestran una relación significativa y negativa entre la cualificación del CA (CUALIF) y los honorarios de auditoría (FEE), apoyando de esta manera lo avanzado en la hipótesis H6b. De acuerdo con ese resultado, los comités que cuentan con más expertos pueden encontrarse en una mejor posición para negociar honorarios más reducidos o facilitar el trabajo de los auditores externos de modo que esa tarea requiera menos tiempo o esfuerzo.

#### 4.2.3. Cualificación del CA y gestión del resultado

Analizamos en este apartado la relación existente entre los tipos de *expertise* de los consejeros (auditor, contable no auditor, financiero o dirección general) y la gestión del resultado. Con ello nos proponemos testar si el requisito de contar con al menos un experto en el CA impuesto por la Directiva 2014/56/UE contribuye efectivamente a mejorar la calidad de la información contable. Los resultados se recogen en la **tabla 9**, en la que incorporamos paulatinamente las distintas medidas de cualificación<sup>11</sup>. Como se puede apreciar, poseer al menos un experto con cualificación contable, auditora o financiera no tienen ningún efecto relevante, siendo la presencia de expertos en dirección general la única dimensión del *expertise* que reduce la discrecionalidad contable. Por tanto, de acuerdo con estos resultados, la exigencia impuesta por la directiva anteriormente mencionada no parece traducirse en una información financiera de mejor calidad.

<sup>11</sup> Dadas las mayores exigencias de información necesaria para configurar estas variables, el análisis de esta sección está limitado a las empresas francesas, alemanas, italianas, españolas y británicas. Se explica así que el número de observaciones sea sensiblemente inferior al de los apartados anteriores.

Tabla 9. Cualificación del CA y gestión del resultado

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
ONEACC .....	-0.057 (0.083)				-0.060 (0.093)
ONEAUD .....		0.039 (0.077)			0.056 (0.079)
ONEFINAN .....			0.003 (0.122)		0.039 (0.133)
ONECEO .....				-0.144** (0.066)	-0.142** (0.067)
PUBLIC .....	-0.262 (0.168)	-0.224 (0.163)	-0.232 (0.162)	-0.274* (0.162)	-0.295* (0.170)
ACSIZE .....	0.052** (0.025)	0.049** (0.025)	0.050** (0.025)	0.044* (0.025)	0.045* (0.025)
ASSET .....	0.138** (0.064)	0.135** (0.064)	0.136** (0.064)	0.139** (0.064)	0.140** (0.064)
LEV .....	0.021 (0.338)	0.038 (0.338)	0.030 (0.338)	-0.097 (0.342)	-0.093 (0.343)
ROA .....	0.150 (0.336)	0.155 (0.336)	0.154 (0.337)	0.121 (0.335)	0.128 (0.336)
Observaciones .....	758	758	758	758	758
Adj. R <sup>2</sup> .....	0.072	0.072	0.072	0.079	0.080
F statistic .....	3.67***	3.66***	3.64***	4.03***	3.31***
Resultados de la estimación de la ecuación 5. El apéndice I contiene una lista con la definición de todas las variables. *** nivel de confianza de 99 %, ** 95 % y * 90 %.					

Aparentemente se trata de un resultado ilógico, lo que exige un análisis más pormenorizado de los distintos tipos de *expertise*. Por consiguiente, en lugar de utilizar una variable dicotómica que recoge la presencia de al menos un experto en uno de los cuatro campos mencionados, realizaremos un nuevo análisis con la proporción de consejeros que pueden recibir la calificación de expertos en cada una de esas materias (**tabla 10**). En los modelos 1 a 5 analizamos la muestra completa (con las restricciones expuestas en la anterior nota a pie de página), mientras que en el modelo 6 estudiamos los comités con al menos un antiguo auditor y en el modelo 7 aquellos comités en los que ningún consejero posee experiencia en auditoría.

Tabla 10. Cualificación del CA y gestión del resultado

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
CONTAB .....	0.150 (0.142)				0.138 (0.118)	2.207*** (0.751)	-0.032 (0.142)
AUDIT .....		-0.470* (0.297)			-0.502* (-1.621)	-3.401*** (-3.162)	
FINANCIAL .....			-0.045 (0.131)		0.021 (0.153)	-0.892*** (-1.790)	0.103 (0.955)
CEO .....				-0.085 (0.138)	-0.107 (-0.767)	-0.265 (-0.591)	-0.007 (-0.063)
ACSIZE .....	0.050** (0.025)	0.048* (0.025)	0.050** (0.025)	0.048* (0.025)	0.045* (1.806)	0.117 (1.456)	0.002 (0.089)
PUBLIC .....	-0.170 (0.172)	-0.265 (0.163)	-0.234 (0.162)	-0.231 (0.162)	-0.265 (-1.626)	-0.078 (-0.117)	-0.229* (-1.786)
ASSET .....	0.141** (0.064)	0.139** (0.064)	0.134** (0.064)	0.136** (0.064)	0.140** (2.171)	0.263 (0.818)	0.133*** (2.700)
LEV .....	0.043 (0.338)	0.005 (0.338)	0.030 (0.338)	0.020 (0.338)	-0.010 (-0.028)	0.320 (0.317)	-0.150 (-0.526)
							.../...

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
.../...							
ROA .....	0.177 (0.337)	0.156 (0.335)	0.140 (0.338)	0.152 (0.336)	0.161 (0.475)	-0.059 (-0.082)	0.559* (1.685)
Observaciones .....	758	758	758	758	757	222	536
Adj. R <sup>2</sup> .....	0.073	0.075	0.072	0.072	0.082	0.213	0.070
F statistic .....	3.73***	3.84***	3.65***	3.67***	3.36***	2.84***	2.23***
Resultados de la estimación de la ecuación 5. El apéndice I contiene una lista con la definición de todas las variables. *** nivel de confianza de 99 %, ** 95 % y * 90 %.							

Los resultados de la **tabla 10** dan mayor coherencia al análisis. De acuerdo con ellos (columnas 1 a 5), la única cualificación relevante es la experiencia como auditor, y ni siquiera la cualificación contable (no auditora) resulta significativa. Este resultado resalta la importancia de la experiencia en auditoría y se encuentra en línea con NAIKER y SHARMA (2009), quienes también documentan como la experiencia auditora reduce los ajustes por devengo discrecionales. Sin embargo, el *expertise* contable (no auditor), financiero o en dirección no contribuyen a reducir la discrecionalidad contable.

La falta de significación de la cualificación contable resulta aparentemente contradictoria con los estudios previos en EE. UU., por lo que se requiere alguna explicación adicional. No debe perderse de vista que, a diferencia de esos estudios, nosotros analizamos por separado el *expertise* contable y el *expertise* en materias de auditoría. Por consiguiente, nuestro análisis es más refinado ya que la literatura anterior no conseguía distinguir adecuadamente ambos efectos.

Si ahora centramos la atención en los comités que cuentan entre sus miembros con algún antiguo auditor (columna 6 de la **tabla 10**) podemos observar como el efecto de la variable AUDIT es de mayor importancia y significación, confirmando que los consejeros con ese perfil reducen significativamente los ajustes por devengo discrecionales. Más aún, en esos casos el *expertise* financiero asume también una función relevante. Cabría pensar que, cuando la cualificación en auditoría está presente, el *expertise* financiero desempeña una función complementaria. En otras palabras, la cualificación en auditoría constituye un catalizador que fomenta el efecto de otros tipos de cualificaciones de los consejeros. Aunque este resultado requiere más desarrollo en futuras investigaciones, se halla en sintonía con trabajos que han confirmado la conveniencia de combinar distintos tipos de *expertise* en las empresas no europeas (DHALIWAL, NAIKER y NAVISSI, 2010; KUSNADI, LEONG, SUWARDY y WANG, 2016). En estos casos, cuando ya se dispone de *expertise* auditor, el signo positivo de la cualificación contable (CONTAB) nos indica que esa cualificación no solo es innecesaria, sino que reduce la calidad de los estados financieros.

La última columna de la **tabla 10** muestra que, en ausencia de expertos en auditoría, ninguna de las otras tres facetas de la cualificación resulta significativa. Estos resultados refuerzan el carácter catalizador de la auditoría de modo que, en su ausencia, ningún otro tipo de cualificación parece contribuir a atenuar la discrecionalidad contable.

En cuanto a las variables de control, la autoridad o presencia pública de los miembros del comité (PUBLIC) resulta significativa en algunas estimaciones. Lógicamente, la falta de significación en un número considerable de estimaciones impide extraer conclusiones más generales, pero esos resultados podrían venir motivados por el mayor riesgo reputacional que tienen los consejeros con trayectorias profesionales en el ámbito de la política o la diplomacia. El efecto del tamaño y de la rentabilidad de la empresa se ajustan a lo detectado por BADOLATO, DONELSON y EGE (2014) y DE VLAMINCK y SARENS (2015).

Pasamos ahora al análisis de los factores de gobierno corporativo que pueden moderar la relación entre la cualificación del CA y la gestión del resultado. Guiados por investigaciones previas, hemos considerado tres elementos: la actividad del comité, su tamaño y la dedicación de sus miembros (BACCOUCHE, HADRICHE y OMRI, 2014). Para ello dividiremos la muestra en dos grupos según el valor medio de las variables COMACT, COMSIZE y DEDIC que se recoge en la **tabla 3**. Los resultados del nuevo análisis se presentan en la **tabla 11**.

Tabla 11. Cualificación del CA y gestión del resultado

	Actividad del CA		Dedicación del CA		Tamaño del CA	
	Modelo 1 (Baja)	Modelo 2 (Alta)	Modelo 3 (Baja)	Modelo 4 (Alta)	Model 5 (Bajo)	Modelo 6 (Alto)
CONTAB .....	0.303 (0.346)	0.331 (0.322)	-0.199 (0.964)	0.134 (0.134)	0.085 (0.181)	-0.073 (0.173)
AUDIT .....	-0.934 (-1.450)	-1.098** (-1.888)	-1.834** (-2.129)	-0.630 (-1.593)	-0.981* (-1.666)	-0.182 (-0.731)
FINANCIAL .....	-0.026 (-0.100)	0.204 (0.882)	0.382 (0.939)	-0.056 (-0.310)	-0.089 (-0.372)	0.022 (0.185)
CEO .....	-0.272 (-0.932)	-0.118 (-0.534)	0.484 (1.088)	-0.149 (-0.799)	-0.367 (-1.274)	0.020 (0.174)
						.../...

	Actividad del CA		Dedicación del CA		Tamaño del CA	
	Modelo 1 (Baja)	Modelo 2 (Alta)	Modelo 3 (Baja)	Modelo 4 (Alta)	Modelo 5 (Bajo)	Modelo 6 (Alto)
.../...						
ACSIZE .....	0.038 (0.716)	0.028 (0.583)	0.077 (0.916)	0.021 (0.685)	0.202** (2.108)	0.012 (0.577)
PUBLIC .....	-0.144 (-0.389)	-0.346 (-1.451)	-0.849 (-0.500)	-0.124 (-0.614)	-0.235 (-0.781)	-0.081 (-0.599)
ASSET .....	0.294 (1.331)	0.163 (1.325)	-0.013 (-0.031)	0.114 (1.452)	0.089 (0.710)	0.024 (0.522)
LEV .....	0.808 (1.123)	-0.796 (-1.221)	-1.172 (-0.779)	0.261 (0.626)	0.528 (0.760)	-0.033 (-0.138)
ROA .....	0.956 (1.117)	-1.046* (-1.729)	-3.121*** (-3.122)	0.716* (1.658)	0.364 (0.597)	0.576** (2.312)
Observaciones .....	382	236	89	658	400	341
Adj. R <sup>2</sup> .....	0.140	0.107	0.677	0.062	0.135	0.046
F statistic .....	2.99***	1.17	5.17***	2.27***	2.90***	0.79
Resultados de la estimación de la ecuación 5. El apéndice I contiene una lista con la definición de todas las variables. *** nivel de confianza de 99 %, ** 95 % y * 90 %.						

Según nuestros resultados ningún tipo de cualificación (contable, financiera o de dirección) que no sea en temas de auditoría resulta relevante, independientemente de la actividad del CA, su tamaño o la dedicación de sus miembros. Sin embargo, el *expertise* auditor (AUDIT) resulta relevante en determinadas circunstancias (modelos 2, 3 y 5). Es decir, algunas características del CA permiten un mejor aprovechamiento de la cualificación auditora de sus miembros. La columna 2 indica que esa cualificación es más efectiva en los comités más activos (definidos como aquellos que se reúnen más de seis veces por año). Aunque a nivel internacional en Europa no existe una regla de obligado cumplimiento sobre la actividad del CA, muchos países europeos han establecido una frecuencia mínima de reuniones<sup>12</sup>. Por lo tanto, se puede entrever una cierta

<sup>12</sup> Los CA en Alemania e Italia deben reunirse con una frecuencia mínima trimestral. En España, Francia y Reino Unido, sin especificar la frecuencia exacta, se exige una cierta regularidad en las reuniones.

simbiosis entre los mecanismos de gobierno corporativo pues la cualificación en auditoría de los miembros del CA resulta más eficaz en los comités más activos, que probablemente se correspondan con aquellas empresas de mejor gobierno corporativo.

En cuanto a la dedicación de los consejeros, la columna 3 muestra que la cualificación del CA resulta más eficaz en aquellos comités que cuentan con menos miembros con dedicación exclusiva. Por lo tanto, ese talento específico de los consejeros constituye un elemento más valioso cuando la aportación de los otros consejeros es menor. Asimismo, se observa que en los comités más pequeños (modelo 5) es donde existe un mejor entorno para la utilización del *expertise* auditor. De alguna manera estos dos últimos resultados pueden deberse a que en esos comités el capital humano es menor y, por tanto, la aportación de anteriores auditores adquiere más valor.

Terminamos este análisis abordando una inquietud que es habitual en estas investigaciones y es la relacionada con la posible endogeneidad de nuestros resultados. Esa endogeneidad puede estar motivada por la simultaneidad y causalidad inversa. Por este motivo estudiamos ahora si la cualificación del CA se encuentra afectada por la calidad de la información financiera. Los resultados están reflejados en la **tabla 12**, que pone de relieve como ninguno de los cuatro factores de la cualificación considerados está significativamente afectado por los ajustes por devengo discrecionales (DACC). En consecuencia, la endogeneidad no parece ser una incidencia que sesgue nuestros resultados.

Tabla 12. Gestión del resultado y cualificación del CA: causalidad inversa

Variable dependiente	CONTAB	AUDIT	FINANCIAL	CEO
DACC .....	0.012 (0.012)	-0.009 (0.005)	-0.004 (0.013)	-0.007 (0.012)
LEV .....	-0.084 (0.096)	-0.053 (0.046)	-0.008 (0.105)	-0.124 (0.099)
ROA .....	-0.163* (0.096)	0.007 (0.046)	-0.293*** (0.104)	-0.011 (0.098)
PUBLIC .....	-0.406*** (0.046)	-0.072*** (0.022)	-0.062 (0.050)	0.003 (0.047)
ACSIZE .....	-0.001 (0.007)	-0.004 (0.003)	0.005 (0.008)	-0.023*** (0.007)
				.../...

Variable dependiente	CONTAB	AUDIT	FINANCIAL	CEO
.../...				
ASSET .....	-0.035* (0.018)	0.007 (0.009)	-0.033* (0.020)	0.004 (0.019)
Observaciones .....	758	758	758	758
Adj.R2 .....	0.055	0.152	0.199	0.203
F statistic .....	8.29***	3.63***	1.65*	1.47
Resultados de la estimación inversa de la ecuación 5. El apéndice I contiene una lista con la definición de todas las variables. *** nivel de confianza de 99%, ** 95% y * 90%.				

## 5. CONCLUSIONES

Es indudable que la auditoría legal constituye una de las piezas centrales en el adecuado funcionamiento del sistema económico y de las empresas. Conscientes de esa importancia, las autoridades de numerosos países de nuestro entorno –y de la propia Comisión Europea– han acometido en los últimos años una serie de profundas reformas que se han traducido en la creación de un nuevo marco europeo de auditoría. Ese marco está vertebrado por la Directiva 2014/56/UE y el Reglamento (UE) 537/2014 del Parlamento Europeo, así como las normas resultantes de su transposición al ordenamiento legal de cada país.

Y si la utilidad social de la auditoría es innegable, también resulta incuestionable la importancia que, para su adecuado funcionamiento, tienen los comités de auditoría de las empresas. En palabras del legislador europeo, dichos comités «desempeñan un papel decisivo al contribuir de forma decisiva a lograr que las auditorías alcancen una calidad elevada» (n.º 24 de la exposición de motivos de la Directiva 2014/56/UE). Se entiende así que ese nuevo marco europeo de auditoría haya tratado de potenciar dos características esenciales del CA: su independencia y la cualificación de sus miembros.

Pero, mientras que el concepto y las medidas de independencia están menos sometidas a debate, la cualificación o el *expertise* del comité parecen ser una cuestión de más difícil resolución. Así se ha reflejado igualmente en la investigación, pues la literatura ha abordado más frecuentemente el estudio de la independencia del CA. Con la presente investigación tratamos de desarrollar la segunda línea de trabajo y nos planteamos tres cuestiones relativas a dicha cualificación. En primer lugar, además de los requisitos legales, analizamos qué otros factores de gobierno corporativo pueden determinar la presencia de expertos en el CA. En segundo lugar, estudiamos la incidencia que tiene la cualificación del comité en el funcionamiento del proceso de auditoría. Y, en tercer lugar, profundizamos en un efecto de esa cualificación como es su relación con la capacidad del comité para atenuar la gestión del resultado.

Para ello partimos de las variadas dimensiones que puede tener la cualificación y creamos una medida que incluye la formación académica de los consejeros, su experiencia profesional, experiencia internacional y conocimientos en temas de economía y empresa. A partir de la información de 296 empresas cotizadas en los principales índices bursátiles de Francia, Alemania, Italia, España, Bélgica, Países Bajos, Portugal y Reino Unido durante el periodo 2005-2014 hemos construido una base de datos de 2.477 consejeros. El análisis pormenorizado de esa información no solo nos ha permitido construir una medida continua de su cualificación sino distinguir cuatro aspectos de la misma: cualificación o *expertise* contable, financiero, auditor o de dirección.

En respuesta a la primera pregunta, nuestros resultados muestran que la cualificación del comité está afectada positivamente por la independencia del consejo de administración y mantiene una relación no lineal con el número de otros consejos a que pertenecen sus miembros. Esta última relación puede sugerir dos efectos contrapuestos: un efecto de reputación y un efecto de dedicación. En segundo lugar, encontramos que la presencia de expertos en el comité tiene significativas implicaciones en el proceso de auditoría: los comités más cualificados se reúnen con más frecuencia, cuentan con menos consejeros con dedicación exclusiva, presentan mayor predisposición al cambio de auditor y sus honorarios de auditoría son más reducidos. Como respuesta a la tercera pregunta, nuestros resultados muestran que el *expertise* de los miembros contribuye a reducir la discrecionalidad contable directiva, si bien la cualificación que resulta relevante son los conocimientos en materia de auditoría. También identificamos unas características del gobierno de las empresas (comités más activos, de menor tamaño y con menos miembros con dedicación a tiempo completo) que hacen más efectiva la cualificación en auditoría.

En su conjunto, estos resultados muestran que la cualificación del CA constituye una característica complementaria a otros instrumentos de gobierno corporativo y, simultáneamente, contribuye a mejorar el funcionamiento de la auditoría de la empresa. De acuerdo con estos resultados, la reforma normativa europea es un paso en la buena dirección pero requiere continuar avanzando por esa senda, promoviendo la presencia de expertos en auditoría en el seno de los comités. Nuestro estudio pone de manifiesto que el requisito fijado por la Directiva 2014/56/UE de contar con un experto en auditoría y/o contabilidad es insuficiente y que conviene profundizar en el perfil auditor de los consejeros. Otra posible interpretación que se deduce de nuestros resultados es la de la cualificación en auditoría como un elemento especialmente valioso en circunstancias de escasez de otros recursos de capital humano.

Podemos sugerir dos líneas de investigación que se derivan de nuestro trabajo. En primer lugar, en los estudios de gobierno corporativo siempre está presente la preocupación por la endogeneidad. En cierto modo, nuestro trabajo escapa a esa crítica pues nos inspiramos en los cambios legales que han impulsado la cualificación del CA. Asimismo hemos comprobado que la causalidad inversa no sesga nuestros resultados. No obstante, en futuros estudios sería conveniente abordar explícitamente esta cuestión. Otra línea de trabajo sería el estudio de las dinámicas y relaciones dentro de los CA. Se hace necesario ahondar en el consejero como unidad de análisis y conocer cómo los distintos tipos de *expertise* aportados por cada consejero interactúan en el seno del comité. Más en concreto, es conveniente aclarar la contribución específica que los expertos en auditoría aportan al comité, distinguiéndolo del conocimiento contable general. Dada la importancia que la reputación tiene en el

sector de la auditoría, cabe pensar que dicha contribución consiste en impulsar y garantizar la credibilidad. Es probable que de esta forma consigamos una mejor comprensión del funcionamiento del comité de auditoría y, por ende, avancemos hacia una función de auditoría de más utilidad social.

## APÉNDICE I: TABLA DE VARIABLES

Nombre	Definición
CUALIF	Cualificación media del comité de auditoría.
ALTACUALIF	Variable dicotómica (1: comités con cualificación por encima de la media; 0: caso contrario).
CONTAB	Proporción de consejeros que poseen <i>expertise</i> contable.
AUDIT	Proporción de consejeros que poseen <i>expertise</i> auditor.
FINANCIAL	Proporción de consejeros que poseen <i>expertise</i> financiero.
CEO	Proporción de consejeros que poseen <i>expertise</i> en dirección general.
ONEACC	Variable dicotómica (1: si el comité cuenta con algún experto contable; 0: caso contrario).
ONEAUDIT	Variable dicotómica (1: si el comité cuenta con algún experto auditor; 0: caso contrario).
ONEFINAN	Variable dicotómica (1: si el comité cuenta con algún experto financieros; 0: caso contrario).
ONECEO	Variable dicotómica (1: si el comité cuenta con algún experto en dirección; 0: caso contrario).
BOASIZE	Número de miembros del consejo de administración.
BOAIND	Proporción de miembros independientes en el consejo de administración.
COMSIZE	Número de miembros del comité de auditoría.
COMACT	Número de reuniones del comité de auditoría.
ROTAT	Variable dicotómica (1: si la empresa ha cambiado de firma externa de auditoría ese año; 0: caso contrario).
FEE	Honorarios de auditoría divididos por activo total.
ASSETS	Logaritmo del activo total (en euros).

.../...

Nombre	Definición
.../...	
LEV	Deuda total dividida entre activo total.
ROA	Beneficio antes de intereses e impuestos entre activo total.
PUBLIC	Proporción de consejeros con experiencia en política, diplomacia o Administración pública.
TA	Ajustes por devengo totales.
CFO	Flujo de caja operativo.
DACC	Ajustes por devengo discrecionales.
MULTIPLE	Número promedio de consejos a los que pertenecen los miembros del comité.
DEDIC	Proporción de miembros del comité en régimen de dedicación exclusiva.

## APÉNDICE II: NOTA TÉCNICA

La extracción y tratamiento de un volumen tan considerable de información relacionada con la cualificación, formación, experiencia y trayectoria de los consejeros ha requerido la utilización de técnicas de *big data*. El presente apéndice tiene por objeto proporcionar una descripción técnica de ese proceso.

La normalización de los currículums fue un trabajo manual, lo que puede dar una idea del esfuerzo que supuso el tratamiento de esta información. Con esta información construimos las características más comunes de los *curriculum vitae* en los diferentes idiomas utilizados (alemán, español, francés, inglés, italiano y portugués) y añadimos una búsqueda dirigida, mediante filtros, en los currículums individuales de las diferentes comisiones.

Toda la información sobre el currículum de cada consejero se fusionó en un único fichero de texto, y posteriormente se separó en palabras que se ordenaron alfabéticamente y por número de repeticiones. Analizamos esas palabras tratando de detectar coincidencias e identificamos los términos más representativos que mantuvieran alguna relación con la cualificación del consejero. Debe tenerse en cuenta que, dada la dimensión internacional de nuestra muestra, los currículums se encontraban redactados en inglés, francés, alemán, español, italiano o portugués. A modo de ejemplo, los términos como *Universität, university, master, PhD, professor, etc.* se incluyeron en el apartado de formación académica. Para la cualificación contable se utilizaron términos como *accounting, revisore contabile, auditor, Deloitte, PWC, etc.* Para la cualificación en materia de auditoría se emplearon términos como *audit, auditing, auditor, vérificateur comptable, CPA, Ernst*

& Young, KPMG, etc. La experiencia en dirección general se obtuvo a partir de términos como *chief executive officer*, CEO, *directeur general*, *Geschäftsführer*, etc. La cualificación financiera se obtuvo a partir de los vocablos *economics*, *finance*, CFA, *Wirtschaft*, etc.

En total se alcanzaron cerca de los tres millones de ítems, lo que requirió técnicas de *big data*. Esa enorme cantidad de ítems se redujo a algo más de 600 características vinculadas a la formación académica o experiencia profesional. Siguiendo un proceso de búsqueda dirigida y estableciendo unos filtros de contenido ajustamos esas características a los ocho rasgos que configuran nuestra medida de cualificación. Según el número de dimensiones a las que se aludiera en su currículum, cada consejero recibió una puntuación consistente en un número entero comprendido entre 0 y 8. La cualificación del comité se calculó como el promedio de la cualificación de todos sus miembros. Un proceso semejante de búsqueda dirigida cruzando campos de contenido permitió cuantificar el número de otros consejos de administración a que pertenecía cada una de las personas contenidas en la base de datos.

### APÉNDICE III: PRUEBAS DE ESPECIFICACIÓN Y DE POTENCIA

El porcentaje de manipulación de la columna de la izquierda se introduce manualmente en el modelo para comprobar su capacidad de detección. Las restantes columnas nos indican el porcentaje de acierto de cada modelo para detectar la manipulación de los ingresos y de las provisiones. Como ese análisis se repite para cada país y para distintos niveles de significación hemos optado por ofrecer únicamente una tabla de ejemplo (la correspondiente a España y para un nivel de significación del 1%) y otra tabla de comparación.

% manipulación	Ingresos				Provisiones			
	Jones	Jones modif.	Kothari	Dechow	Jones	Jones modif.	Kothari	Dechow
-2	89,30	100	97,70	100	100	54,10	100	100
-1.8	89,60	100	97,60	100	100	56,00	100	100
-1.6	90,80	100	97,60	100	100	56,30	100	100
-1.4	90,90	100	97,60	100	100	55,10	100	100
-1.2	89,90	100	97,80	100	100	57,50	100	100
-1	90,50	100	98,00	100	100	56,80	100	100
-0.8	89,70	100	97,50	100	100	56,40	100	100
								.../...

% manipulación	Ingresos				Provisiones			
	Jones	Jones modif.	Kothari	Dechow	Jones	Jones modif.	Kothari	Dechow
.../...								
-0.6	87,80	100	97,00	100	100	57,50	100	100
-0.4	89,80	100	97,90	100	100	59,50	100	100
-0.2	87,70	100	97,60	100	100	57,80	100	100
0	0,70	1,60	1,00	1,60	1,10	1,40	1,30	2,50
0.2	89,50	100	97,90	100	100	58,10	100	100
0.4	87,30	100	97,60	100	100	56,30	100	100
0.6	88,30	100	96,50	100	100	58,70	100	100
0.8	89,20	100	98,00	100	100	57,40	100	100
1	89,90	100	96,80	100	100	56,20	100	100
1.2	88,80	100	97,60	100	100	58,70	100	100
1.4	91,80	100	98,30	100	100	58,00	100	100
1.6	86,50	100	97,60	100	100	56,10	100	100
1.8	90,70	100	97,30	100	100	58,60	100	100
2	89,90	100	97,40	100	100	57,90	100	100
E.S. (-2 al +2)	87,22 %	100 %	95,90 %	100 %	97,33 %	57,10 %	97,71 %	100 %

	Jones	Jones modif.	Kothari	Dechow
España .....	92,28 %	78,55 %	96,80 %	100,00 %
Alemania .....	85,48 %	84,64 %	78,62 %	100,00 %
Francia .....	89,82 %	87,10 %	85,90 %	100,00 %
Italia .....	89,47 %	99,02 %	88,44 %	99,65 %
Reino Unido .....	69,50 %	82,59 %	79,20 %	98,86 %

## Bibliografía

- ABERNATHY, J. L.; HERRMANN, D.; KANG, T. y KRISHNAN, G. V. [2013]: «Audit committee financial expertise and properties of analyst earnings forecasts», *Advances in Accounting*, 29(1), págs. 1-11.
- ALBRING, S.; ROBINSON, D. y ROBINSON, M. [2014]: «Audit committee financial expertise, corporate governance, and the voluntary switch from auditor-provided to non-auditor-provided tax services», *Advances in Accounting*, 30(1), págs. 81-94.
- BACCOUCHE, S.; HADRICHE, M. y OMRI, A. [2014]: «Multiple directorships and board meeting frequency: evidence from France», *Applied Financial Economics*, 24(14), págs. 983-992.
- BADOLATO, P. G.; DONELSON, D. C. y EGE, M. [2014]: «Audit committee financial expertise and earnings management: The role of status», *Journal of Accounting and Economics*, 58(2-3), págs. 208-230.
- BEDARD, J.; CHTOUROU, S. M. y COURTEAU, L. [2004]: «The effect of audit committee expertise, independence, and activity on aggressive earnings management», *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, 23(2), págs. 13-35.
- BROWN, S. J. y WARNER, J. B. [1985]: «Using daily stock returns: The case of event studies», *Journal of Financial Economics*, 14(1), págs. 3-31.
- CHEN, K. Y. y ZHOU, J. [2007]: «Audit committee, board characteristics, and auditor switch decisions by Andersen's clients», *Contemporary Accounting Research*, 24(4), págs. 1.085-1.117.
- DE VLAMINCK, N. y SARENS, G. [2015]: «The relationship between audit committee characteristics and financial statement quality: evidence from Belgium», *Journal of Management & Governance*, 19(1), págs. 145-166.
- 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), págs. 344-401.
- DECHOW, P. M. y DICHEV, I. D. [2002]: «The Quality of Accruals and Earnings: The Role of Accrual Estimation Errors», *The Accounting Review*, 77(S-1), págs. 35-59.
- DECHOW, P. M.; SLOAN, R. G. y SWEENEY, A. [1995]: «Detecting earnings management», *The Accounting Review*, 70(2), págs. 193-225.
- DEFOND, M. L.; HANN, R. N. y HU, X. [2005]: «Does the Market Value Financial Expertise on Audit Committees of Boards of Directors?», *Journal of Accounting Research*, 43(2), págs. 153-193.
- DEZOORT, F. T.; HERMANSON, D. R.; ARCHAMBEAULT, D. S. y REED, S. A. [2002]: «Audit committee effectiveness: A synthesis of the empirical audit committee literature», *Journal of Accounting Literature*, 21, págs. 38-75.
- DHALIWAL, D.; NAIKER, V. y NAVISSI, F. [2010]: «The association between accruals quality and the characteristics of accounting experts and mix of expertise on audit committees», *Contemporary Accounting Research*, 27(3), págs. 787-827.
- DICHEV, I. D.; GRAHAM, J. R.; HARVEY, C. R. y RAJGOPAL, S. [2013]: «Earnings quality: Evidence from the field», *Journal of Accounting and Economics*, 56 (2-3, Supplement 1), págs. 1-33.
- ERKENS, D. H. y BONNER, S. E. [2013]: «The role of firm status in appointments of accounting financial experts to audit committees», *The Accounting Review*, 88(1), págs. 107-136.

- FICH, E. M. y SHIVDASANI, A. [2006]: «Are busy boards effective monitors?», *Journal of Finance*, 61(2), págs. 689-724.
- GARCÍA MECA, E. y SÁNCHEZ BALLESTA, J. P. [2009]: «Corporate governance and earnings management: A meta-analysis», *Corporate Governance: An International Review*, 17(5), págs. 594-610.
- GHAFRAN, C. y O'SULLIVAN, N. [2013]: «The governance role of audit committees: reviewing a decade of evidence», *International Journal of Management Reviews*, 15(4), págs. 381-407.
- GÓMEZ-AGUILAR, N. y RUIZ-BARBADILLO, E. [2003]: «Do Spanish firms change auditor to avoid a qualified audit report?», *International Journal of Auditing*, 7(1), págs. 37-53.
- HABBASH, M.; SINDEZINGUE, C. y SALAMA, A. [2013]: «The effect of audit committee characteristics on earnings management: Evidence from the United Kingdom», *International Journal of Disclosure and Governance*, 10(1), págs. 13-38.
- HABIB, A. y BHUIYAN, M. B. U. [2016]: «Problem directors on the audit committee and financial reporting quality», *Accounting and Business Research*, 46(2), págs. 121-144.
- HOITASH, U.; HOITASH, R. y BEDARD, J. C. [2009]: «Corporate governance and internal control over financial reporting: A comparison of regulatory regimes», *The Accounting Review*, 84(3), págs. 839-867.
- JAAFAR, M. A.; WAN-HUSSIN, W. N. y BAMAHROS, H. M. [2016]: «Are All Audit Committee Directors Equal? The Busyness of Chair, Financial Expert and Other Member», *Information*, 19(7B), pág. 2.893.
- JONES, J. J. [1991]: «Earnings management during import relief investigations», *Journal of Accounting Research*, 29(2), págs. 193-228.
- KRISHNAN, G. V. y VISVANATHAN, G. [2008]: «Does the SOX definition of an accounting expert matter? The association between audit committee directors' accounting expertise and accounting conservatism», *Contemporary Accounting Research*, 25(3), págs. 827-858.
- KRISHNAN, J. y LEE, J. E. [2009]: «Audit committee financial expertise, litigation risk, and corporate governance», *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, 28(1), págs. 241-261.
- KUSNADI, Y.; LEONG, K. S.; SUWARDY, T. y WANG, J. [2016]: «Audit Committees and Financial Reporting Quality in Singapore», *Journal of Business Ethics*, 139(1), págs. 197-214.
- LIU, M. H. C.; TIRAS, S. L. y ZHUANG, Z. [2014]: «Audit committee accounting expertise, expectations management, and nonnegative earnings surprises», *Journal of Accounting and Public Policy*, 33(2), págs. 145-166.
- LO, A. W. Y.; WONG, R. M. K. y FIRTH, M. [2010]: «Can corporate governance deter management from manipulating earnings? Evidence from related-party sales transactions in China», *Journal of Corporate Finance*, 16(2), págs. 225-235.
- MARAGHNI, I. y NEKHILI, M. [2014]: «Audit Committee Diligence in French Companies: A Question of Independence or Competence?», *Comptabilité - Contrôle - Audit*, 20(2), págs. 95-124.
- MONTERREY MAYORAL, J. y SÁNCHEZ SEGURA, A. [2007]: «Rotación y dependencia económica de los auditores: Sus efectos sobre la calidad del resultado en las compañías cotizadas españolas», *Investigaciones Económicas*, 31(1), págs. 119-159.
- NAIKER, V. y SHARMA, D. S. [2009]: «Former audit partners on the audit committee and internal control deficiencies», *The Accounting Review*, 84(2), págs. 559-587.

- PEASNELL, K.; POPE, P. F. y YOUNG, S. [2005]: «Board monitoring and earnings management: Do outside directors constrain abnormal accruals?», *Journal of Business Finance & Accounting*, 32(7-8), págs. 1.311-1.346.
- PIOT, C. y RÉMI, J. [2007]: «External Auditors, Audit Committees and Earnings Management in France», *European Accounting Review*, 16(2), págs. 429-454.
- POLLOCK, T. G.; CHEN, G.; JACKSON, E. M. y HAMBRICK, D. C. [2010]: «How much prestige is enough? Assessing the value of multiple types of high-status affiliates for young firms», *Journal of Business Venturing*, 25(1), págs. 6-23.
- RUIZ-BARBADILLO, E.; GÓMEZ-AGUILAR, N. y CARRERA, N. [2009]: «Does Mandatory Audit Firm Rotation Enhance Auditor Independence? Evidence from Spain», *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, 28(1), págs. 113-135.
- SHARMA, V.; NAIKER, V. y LEE, B. [2009]: «Determinants of Audit Committee Meeting Frequency: Evidence from a Voluntary Governance System», *Accounting Horizons*, 23(3), págs. 245-263.
- SHARMA, V. D. y ISELIN, E. R. [2012]: «The Association between Audit Committee Multiple-Directorships, Tenure, and Financial Misstatements», *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, 31(3), págs. 149-175.
- SUN, F.; WEI, X. y XU, Y. [2012]: «Audit committee characteristics and loss reserve error», *Managerial Auditing Journal*, 27(4), págs. 355-377.
- TANYI, P. N. y SMITH, D. B. [2015]: «Busyness, Expertise, and Financial Reporting Quality of Audit Committee Chairs and Financial Experts», *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, 34(2), págs. 59-89.
- XIE, B.; DAVIDSON, W. N. y DADALT, P. J. [2003]: «Earnings management and corporate governance: the role of the board and the audit committee», *Journal of Corporate Finance*, 9, págs. 295-316.
- ZHANG, Y.; ZHOU, J. y ZHOU, N. [2007]: «Audit committee quality, auditor independence, and internal control weaknesses», *Journal of Accounting and Public Policy*, 26(3), págs. 300-327.

**EFFECTOS EN LOS ESTADOS FINANCIEROS DEL  
ARTÍCULO 5 DE LA RESOLUCIÓN DE 9 DE FEBRERO DE 2016,  
DEL ICAC, POR LA QUE SE DESARROLLAN  
LAS NORMAS DE REGISTRO, VALORACIÓN Y ELABORACIÓN  
DE LAS CUENTAS ANUALES PARA LA CONTABILIZACIÓN  
DEL IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS**

**Javier Romano Aparicio**

*Profesor de CEF.- UDIMA*

---

**EXTRACTO**

En este trabajo se analiza el efecto que ha supuesto en las cuentas anuales y en algunos indicadores financieros la aplicación de los requisitos necesarios para que puedan figurar en el balance de situación los activos fiscales que surgen de la existencia de bases imponibles negativas pendientes de compensar, derechos por deducciones pendientes de aplicar y activos por diferencias deducibles, con especial referencia a los primeros.

**Palabras clave:** impuesto sobre beneficios; activos por impuesto diferido; bases imponibles negativas pendientes de compensar; derechos por deducciones pendientes de aplicar.

---

**EFFECTS ON THE FINANCIAL STATEMENTS OF ARTICLE 5  
OF THE RESOLUTION OF 9 FEBRUARY 2016, OF THE  
INSTITUTE OF ACCOUNTING AND AUDITING, BY  
WHICH DEVELOP THE RULES OF REGISTRATION,  
ASSESSMENT AND PREPARATION OF THE ANNUAL  
ACCOUNTS FOR THE INCOME TAX ACCOUNTING**

**Javier Romano Aparicio**

---

**ABSTRACT**

This work analyzes the effect of the application of the necessary requirements in the annual accounts and in some financial indicators so that the fiscal assets that arise from the existence of negative tax bases still pending can be included in the balance sheet, rights for deductions to be applied and assets for deductible differences, with special reference to the former.

**Keywords:** imposition over benefits; deferred tax assets; negative tax bases still to be offset; rights for deductions to be applied.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Tratamiento contable a partir de la RICAC sobre la contabilización del impuesto sobre beneficios
3. Caso práctico sobre la cuestión planteada
4. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 5 de la Resolución de 9 de febrero de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del impuesto sobre beneficios (en adelante RICAC del Impuesto sobre beneficios), está relacionado con el reconocimiento de los activos por impuesto diferido, es decir, de aquellos que se reconocen en las siguientes cuentas del Plan General de Contabilidad (PGC):

- 4740, «Activos por diferencias temporarias deducibles».
- 4742, «Derechos por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar».
- 4745, «Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio».

El PGC señala al respecto, en el apartado 2.3 de la norma de registro y valoración 13.<sup>a</sup>, «Impuestos sobre beneficios»:

«De acuerdo con el principio de prudencia solo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida en que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de estos activos.

Siempre que se cumpla la condición anterior, se reconocerá un activo por impuesto diferido en los supuestos siguientes:

- a) Por las diferencias temporarias deducibles;
- b) Por el derecho a compensar en ejercicios posteriores las pérdidas fiscales;
- c) Por las deducciones y otras ventajas fiscales no utilizadas, que queden pendientes de aplicar fiscalmente».

Ante esta situación tan poco «contundente» de la norma, ha sido bastante habitual que muchas empresas en pérdidas, y por ende, con bases imponibles negativas hayan optado por «activar» sistemáticamente, sobre todo los créditos fiscales, ya que en la legislación actual la compensación de las bases no tiene caducidad.

Con ello se conseguían dos efectos:

- Ubicar en el activo no corriente los activos fiscales de estos créditos.
- Reducir la pérdida del ejercicio y mejorar el patrimonio.

Obviamente la continuidad de esta práctica produce unos efectos acumulados bastante perniciosos en el balance que hace que este diste de ofrecer la imagen fiel.

Veamos esta situación con un ejemplo:

La empresa NS presenta el siguiente balance de situación al 31 de diciembre de 20X1:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activos diversos .....	10.000	Capital social .....	7.000
		Resultado del ejercicio .....	-2.000
		Deudas .....	5.000
<b>Total .....</b>	<b>10.000</b>	<b>Total .....</b>	<b>10.000</b>

Suponiendo que la pérdida del ejercicio coincide con la base imponible del impuesto sobre sociedades, si NS decide activar los créditos fiscales, suponiendo un tipo impositivo del 25 %, el balance anterior quedaría como sigue:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activos diversos .....	10.000	Capital social .....	7.000
Activos por impuesto diferido .....	500	Resultado del ejercicio .....	-1.500
		Deudas .....	5.000
<b>Total .....</b>	<b>10.500</b>	<b>Total .....</b>	<b>10.500</b>

¿Qué ocurre si después de cinco años se han seguido sumando pérdidas por importe de 6.500 más otras 500 del último ejercicio? El balance de la empresa NS, suponiendo que ha habido unas aportaciones de los socios para poder mantener la empresa, sería el siguiente:

#### Balance de situación de NS a 31 de diciembre de 2016

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activos diversos .....	11.800	Capital social .....	7.000
		Aportaciones de socios .....	4.000
			.../...

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
.../...		Resultados negativos anteriores .....	-6.500
		Resultado del ejercicio .....	-500
		Deudas .....	7.800
<b>Total .....</b>	<b>11.800</b>	<b>Total .....</b>	<b>11.800</b>

En este caso el patrimonio neto sería:

Capital social .....	7.000
Aportaciones de socios o propietarios .....	4.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores .....	-6.500
Resultado del ejercicio .....	-500
<b>Total .....</b>	<b>4.000</b>

Además, si nos facilitan la siguiente cuenta de resultados de resultados de NS para el año 2016:

Cuenta resultados 2016	
Ventas .....	1.400
Aprovisionamientos .....	-650
Personal .....	-300
Servicios exteriores .....	-125
Amortizaciones .....	-200
BII-RESULTADO EXPLOTACIÓN .....	125
Gastos financieros .....	-625
BAI .....	-500
Impuesto sobre beneficios .....	0
<b>Resultado del ejercicio .....</b>	<b>-500</b>

Ahora bien, si la empresa ha activado sistemáticamente las bases imponibles negativas, el balance y cuenta de resultados quedarían como sigue:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activos diversos .....	11.800	Capital social .....	7.000
Activos por impuesto diferido .....	1.750	Aportaciones de socios .....	4.000
		Resultados negativos anteriores .....	-4.875
		Resultado del ejercicio .....	-375
		Deudas .....	7.800
<b>Total .....</b>	<b>13.550</b>	<b>Total .....</b>	<b>13.550</b>

Cuenta resultados 2016	
Ventas .....	1.400
Aprovisionamientos .....	-650
Personal .....	-300
Servicios exteriores .....	-125
Amortizaciones .....	-200
BAII-RESULTADO EXPLOTACIÓN .....	125
Gastos financieros .....	-625
BAI .....	-500
Impuesto sobre beneficios .....	125
<b>Resultado del ejercicio .....</b>	<b>-375</b>

Puede observarse que en este caso el patrimonio es mayor debido a la activación de los créditos fiscales:

Capital social .....	7.000
Aportaciones de socios o propietarios .....	4.000
	.../...

.../...	
Resultados negativos de ejercicios anteriores .....	-4.875
Resultado del ejercicio .....	-375
<b>Total .....</b>	<b>5.750</b>

## 2. TRATAMIENTO CONTABLE A PARTIR DE LA RICAC SOBRE LA CONTABILIZACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS

Además de recoger el tratamiento indicado en el PGC, la resolución, en su artículo 5, señala:

«De acuerdo con el principio de prudencia solo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida en que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de estos activos...».

La gran novedad que aporta la RICAC es que señala unos postulados concretos a partir de los cuales no se pueden activar los activos por impuestos diferidos (créditos fiscales) y así, en su punto 3, indica refiriéndose a los activos por diferencias temporarias deducibles y derechos por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar:

«Salvo prueba en contrario, **no se considera probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras** en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se prevea que su recuperación futura se va a producir en un plazo superior a los diez años contados desde la fecha de cierre del ejercicio, al margen de cuál sea la naturaleza del activo por impuesto diferido.
- b) En el caso de tratarse de créditos derivados de deducciones y otras ventajas fiscales pendientes de aplicar fiscalmente por insuficiencia de cuota, cuando habiéndose producido la actividad u obtenido el rendimiento que origine el derecho a la deducción o bonificación, existan dudas razonables sobre el cumplimiento de los requisitos para hacerlas efectivas».

Y en punto 4 hay un tratamiento específico para las pérdidas fiscales:

«Adicionalmente, en relación con el derecho a compensar pérdidas fiscales se observarán las siguientes reglas:

- a) La obtención de un resultado de explotación negativo en un ejercicio no impide el reconocimiento de un activo por impuesto diferido. **No obstante, cuando la**

**empresa muestre un historial de pérdidas continuas, se presumirá, salvo prueba en contrario, que no es probable la obtención de ganancias que permitan compensar las citadas bases.**

b) Para poder reconocer un activo debe ser probable que la empresa vaya a obtener beneficios fiscales que permitan compensar las citadas bases imponible negativas en un plazo no superior al previsto en la legislación fiscal, con el límite máximo de diez años contados desde la fecha de cierre del ejercicio, salvo prueba de que será probable su recuperación en un plazo mayor, en aquellos casos en los que la legislación tributaria permita compensar en plazos superiores o no establezca un límite temporal para poder practicar la compensación».

Por tanto, podemos observar que la RICAC del Impuesto sobre beneficios da un tratamiento muy contundente que limita la activación de los créditos fiscales y que su entrada en vigor ha supuesto la eliminación de los créditos fiscales que habían sido activados «alegremente». Dado que esta retirada debe hacerse con cargo a resultados del ejercicio, porque no es defendible el tratamiento de un error de ejercicios anteriores, esto ha supuesto en muchos casos una considerable disminución del beneficio o aumento de las pérdidas, con consiguiente menoscabo de los indicadores financieros en el ejercicio 2016 que han llamado la atención de los analistas de riesgos.

### 3. CASO PRÁCTICO SOBRE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Supongamos que la empresa NS ha tenido unos gestores que no han sido partidarios de activar pérdidas en los ejercicios anteriores y presenta los siguientes estados financieros al 31 de diciembre de 2016 en los que se calcularán una serie de indicadores financieros:

**Balance de situación de NS a 31 de diciembre de 2016**

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Inmovilizado .....	7.000	Capital social .....	7.000
Activos operativos .....	3.000	Aportaciones de socios .....	4.000
Tesorería .....	1.800	Resultados negativos anteriores .....	-6.500
		Resultado del ejercicio .....	-500
		Deudas financieras largo plazo .....	6.000
			.../...

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
.../...		Pasivos operativos .....	1.800
<b>Total .....</b>	<b>11.800</b>	<b>Total .....</b>	<b>11.800</b>

Cuenta resultados 2016	
Ventas .....	1.400
Aprovisionamientos .....	-650
Personal .....	-300
Servicios exteriores .....	-125
Amortizaciones .....	-200
BAlI-RESULTADO EXPLOTACIÓN .....	125
Gastos financieros .....	-625
BAl .....	-500
Impuesto sobre beneficios .....	0
<b>Resultado del ejercicio .....</b>	<b>-500</b>

Los indicadores financieros a calcular son los siguientes:

- Fondo de maniobra.
- Necesidades operativas de fondos.
- Ebitda.
- Balance financiero.
- Deuda bruta.
- Deuda financiera neta.
- Ratio de endeudamiento.
- Rentabilidad económica.
- Rentabilidad financiera.

## **SOLUCIÓN**

### **1. Fondo de maniobra**

$$\text{Activo corriente} - \text{Pasivo corriente} = 4.800 - 1.800 = 3.000.$$

### **2. Necesidades operativas de fondos**

$$\text{Activo corriente operativo} - \text{Pasivo corriente operativo} = 3.000 - 1.800 = 1.200.$$

### **3. Ebitda**

$$\text{Resultado de explotación} + \text{Amortizaciones} = 125 + 200 = 325.$$

### **4. Balance financiero**

#### **Balance financiero de NS a 31 de diciembre de 2016**

<b>Activo</b>	<b>Importe</b>	<b>Patrimonio neto y pasivo</b>	<b>Importe</b>
Inmovilizado .....	7.000	Capital social .....	7.000
Necesidades operativas de fondos ...	1.200	Aportaciones de socios .....	4.000
		Resultados negativos anteriores .....	-6.500
		Resultado del ejercicio .....	-500
		Deuda financiera neta .....	4.200
<b>Total .....</b>	<b>8.200</b>	<b>Total .....</b>	<b>8.200</b>

### **5. Deuda bruta**

$$\text{Pasivo financiero} + \text{Pasivo operativo} = 6.000 + 1.800 = 7.800.$$

### **6. Deuda financiera neta**

$$\text{Deuda financiera} - \text{Tesorería} = 6.000 - 1.800 = 4.200.$$

### 7. Ratio de endeudamiento

$$\text{Pasivo/Patrimonio} = 7.800/4.000 = 1,95.$$

### 8. Rentabilidad económica

$$\text{BAII/Activo total} = (125/11.800) \times 100 = 1,06\%.$$

### 9. Rentabilidad financiera

$$\text{Beneficio/Patrimonio} = (-500/4.000) \times 100 = -12,5\%.$$

Sin embargo, si esta empresa hubiese activado los créditos fiscales, sus cuentas anuales presentarían las siguientes cantidades:

**Balance de situación de NS a 31 de diciembre de 2016**

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Inmovilizado .....	7.000	Capital social .....	7.000
Activos impuestos diferidos .....	1.750	Aportaciones de socios .....	4.000
Activos operativos .....	3.000	Resultados negativos anteriores .....	-4.875
Tesorería .....	1.800	Resultado del ejercicio .....	-375
		Deudas financieras largo plazo .....	6.000
		Pasivos operativos .....	1.800
<b>Total .....</b>	<b>13.550</b>	<b>Total .....</b>	<b>13.550</b>

Cuenta resultados 2016	
Ventas .....	1.400
Aprovisionamientos .....	-650
Personal .....	-300
Servicios exteriores .....	-125
	.../...

Cuenta resultados 2016	
.../...	
Amortizaciones .....	-200
BAlI-RESULTADO EXPLOTACIÓN .....	125
Gastos financieros .....	-625
BAlI .....	-500
Impuesto sobre beneficios .....	125
<b>Resultado del ejercicio .....</b>	<b>-375</b>

Los análisis de los indicadores financieros explicados en el apartado anterior aplicados a estas cuentas arrojan las siguientes cifras:

Fondo de maniobra .....	3.000
Necesidades operativas de fondos .....	1.200
Ebitda .....	325
Deuda bruta .....	7.800
Deuda financiera .....	4.200
Ratio de endeudamiento .....	1,36
ROI = BAlI/AT .....	0,92 %
ROE = BN/Patrimonio .....	-7 %

Siendo su balance financiero el siguiente:

#### Balance financiero de NS a 31 de diciembre de 2016

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Inmovilizado .....	7.000	Capital social .....	7.000
Activos impuestos diferidos .....	1.750	Aportaciones de socios .....	4.000
Necesidades operativas de fondos ....	1.200	Resultados negativos anteriores ....	-4.875
			.../...

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
.../...		Resultado del ejercicio .....	-375
		Deuda financiera neta .....	4.200
<b>Total .....</b>	<b>9.950</b>	<b>Total .....</b>	<b>9.950</b>

Y, por último, partiendo del balance anterior, si se produce un ajuste para eliminar todos los activos fiscales porque no se cumplen los requisitos del artículo 5 de la RICAC del Impuesto sobre beneficios, las cuentas anuales y análisis de los indicadores financieros son los siguientes:

**Balance de situación de NS a 31 de diciembre de 2016**

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Inmovilizado .....	7.000	Capital social .....	7.000
Activos impuestos diferidos .....	0	Aportaciones de socios .....	4.000
Activos operativos .....	3.000	Resultados negativos anteriores .....	-4.875
Tesorería .....	1.800	Resultado del ejercicio .....	-2.125
		Deudas financieras largo plazo .....	6.000
		Pasivos operativos .....	1.800
<b>Total .....</b>	<b>11.800</b>	<b>Total .....</b>	<b>11.800</b>

Cuenta resultados 2016	
Ventas .....	1.400
Aprovisionamientos .....	-650
Personal .....	-300
Servicios exteriores .....	-125
Amortizaciones .....	-200
BAIL-RESULTADO EXPLOTACIÓN .....	125
	.../...

Cuenta resultados 2016	
.../...	
Gastos financieros .....	-625
BAI .....	-500
Impuesto sobre beneficios .....	-1.625
<b>Resultado del ejercicio .....</b>	<b>-2.125</b>

Indicadores financieros:

Fondo de maniobra .....	3.000
Necesidades operativas de fondos .....	1.200
Ebitda .....	325
Deuda bruta .....	7.800
Deuda financiera .....	4.200
Ratio de endeudamiento .....	1,95
ROI = BAI/AT .....	1,06 %
ROE = BN/Patrimonio .....	-53 %

Balance financiero:

#### Balance financiero de NS a 31 de diciembre de 2016

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Inmovilizado .....	7.000	Capital social .....	7.000
Activos impuestos diferidos .....	1.750	Aportaciones de socios .....	4.000
Necesidades operativas de fondos ....	1.200	Resultados negativos anteriores .....	-4.875
		Resultado del ejercicio .....	-375
		Deuda financiera neta .....	4.200
<b>Total .....</b>	<b>9.950</b>	<b>Total .....</b>	<b>9.950</b>

#### 4. CONCLUSIONES

La norma de registro y valoración 13.<sup>a</sup> del PGC, en relación con el registro de los activos fiscales derivados del impuesto sobre beneficios, indica que no deben ser objeto de contabilización por aplicación del principio de prudencia. El hecho de no dar unas pautas concretas ha supuesto que desde la aplicación del PGC actual (1 de enero de 2008) se ha producido una activación de este tipo de créditos (sobre todo en pequeñas y medianas empresas) que ha distorsionado la imagen fiel de sus cuentas anuales.

La aparición en año 2016 de una RICAC del Impuesto sobre beneficios ha supuesto en muchos casos la eliminación de todas estas partidas, ya que no cumplían los requisitos necesarios para figurar en el activo.

Ello ha supuesto que determinados indicadores financieros hayan sufrido un castigo considerable en el año 2016 como consecuencia del ajuste de los estados financieros a las cifras correctas.

A efectos del estudio efectuado, a continuación, se comparan los indicadores financieros en los tres casos analizados:

- Si la empresa no hubiese activado sus créditos fiscales.
- Si los hubiese activado.
- Si los hubiese activado y han sido eliminados por aplicación del artículo 5 de la RICAC del Impuesto sobre beneficios.

Fondo de maniobra .....	3.000	3.000	3.000
Necesidades operativas de fondos .....	1.200	1.200	1.200
Ebitda .....	325	325	325
Deuda bruta .....	7.800	7.800	7.800
Deuda financiera .....	4.200	4.200	4.200
Ratio de endeudamiento .....	1,95	1,36	1,95
ROI = BAI/AT .....	1,06 %	0,9 %	1,1 %
ROE = BN/Patrimonio .....	-12,5 %	-6,5 %	-53,1 %

**NOTA:** Este artículo también ha sido publicado en la Revista *Cefgestión*. CEF. Núm. 227, julio 2017.

## SEGUNDO EJERCICIO RESUELTO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE TÉCNICOS DE AUDITORÍA Y CONTABILIDAD

**Javier Romano Aparicio**

**José Tovar Jiménez**

*Profesores de CEF.- UDIMA*

(Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Técnico de Auditoría y Contabilidad, convocado por Orden HAP/1201/2016, de 14 de julio [BOE de 20 de julio]).

---

### Sumario

- Caso 1. Contabilidad de sociedades.** Constitución de una sociedad anónima. Ampliación de capital social con cargo a reservas y gastos de la ampliación. Aportaciones de los socios. Condiciones para la reducción obligatoria de capital social.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Ajuste errores en valores representativos de deuda. Compraventa de valores representativos de deuda. Aportaciones no dinerarias a empresas del grupo. Remuneración con planes de opciones sobre acciones.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Operaciones con empresas del grupo, créditos fiscales y proveedores. Préstamo a coste amortizado. Combinación de negocios.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Liquidación del impuesto sobre sociedades. Asientos contables.
- Caso 5. Operaciones financieras.** Valoración de flujos de efectivo de una línea de negocio. Préstamos por el sistema francés.

## CASO PRÁCTICO NÚM. 1

### Contabilidad de sociedades

#### APARTADO 1.1

En la constitución simultánea de una sociedad, se emiten 30.000 acciones cuyo valor nominal es de 10, con una prima del 200 %. Los accionistas suscriben la totalidad de las acciones emitidas y desembolsan el mínimo previsto por la Ley de Sociedades de Capital (LSC), quedando el resto pendiente de desembolsar. La sociedad procede a realizar la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil. No existen gastos en la operación.

#### APARTADO 1.2

Posteriormente, la sociedad amplía su capital, emitiendo 20.000 acciones, de 10 nominales cada una, totalmente liberadas. Todos los accionistas suscriben las acciones que les corresponden. La operación origina unos gastos por 1.200, satisfechos por la sociedad utilizando para ello su cuenta corriente.

#### APARTADO 1.3

La sociedad recibe una aportación de sus accionistas por 800.000, destinando la cuarta parte de dicho importe a compensar unos resultados negativos de ejercicios anteriores que figuraban en su balance y considerando reservas voluntarias el resto.

Al mismo tiempo, los accionistas de la sociedad cancelan, con fondos procedentes de su patrimonio propio, un préstamo a largo plazo, cuyo vencimiento se producirá dentro de cuatro años por 500.000 y cuyo coste amortizado en el momento de la cancelación es de 480.000.

#### APARTADO 1.4

En una sociedad el patrimonio neto, que coincide con el capital, asciende a 270.000. Se procede a realizar un saneamiento de su activo, reconociendo las correspondientes pérdidas, que se consideran irreversibles, al objeto de reflejar su valor real, resultante de una tasación independiente. A tal objeto se practican los dos ajustes siguientes:

- a) En el inmovilizado material se reconoce un deterioro por 30.000, correspondiente a una maquinaria obsoleta.

- b) En un bloque de apartamentos, que la sociedad tiene arrendados a terceros, sin ser este el objeto social de la misma, el deterioro reconocido es de 25.000.

La sociedad contabiliza estos saneamientos y quiere conocer el importe de los saneamientos adicionales que puede realizar sin que incurra en causa de reducción obligatoria de capital.

## SOLUCIÓN

### APARTADO 1.1

Por la emisión de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas (30.000 × 10 × 300 %) .....	900.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción .....		900.000

Desembolso del mínimo legal, que supone el 25 % de valor nominal más la totalidad de la prima de emisión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	675.000	
	[30.000 × 10 (25 % + 200 %)]		
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción (30.000 × 10 × 75 %)	225.000	
190	Acciones o participaciones emitidas .....		900.000

Por la inscripción en Registro Mercantil:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción .....	900.000	
100	Capital social (30.000 × 10) .....		300.000
110	Prima de emisión o asunción (30.000 × 20) .....		600.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social .....	225.000	
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción .....		225.000

## APARTADO 1.2

El aumento de capital social con cargo a reservas está regulado en el artículo 303, «Aumento con cargo a reservas»:

«1. Cuando el aumento del capital se haga con cargo a reservas, podrán utilizarse para tal fin las reservas disponibles, las reservas por prima de asunción de participaciones sociales o de emisión de acciones y la reserva legal en su totalidad, si la sociedad fuera de responsabilidad limitada, o en la parte que exceda del diez por ciento del capital ya aumentado, si la sociedad fuera anónima.

2. A la operación deberá servir de base un balance aprobado por la junta general referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento del capital, verificado por el auditor de cuentas de la sociedad, o por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores, si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable».

De lo anterior se deduce que la ampliación de capital se puede realizar sin necesidad de desembolsar el capital social anterior. Dado que el enunciado no señala el tipo de reservas que utilizan, a efectos de solución se usa la prima de emisión o asunción generada en la constitución de la sociedad.

Por la emisión de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas (20.000 × 10) .....	200.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción .....		200.000

Suscripción de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
110	Prima de emisión o asunción .....	200.000	
190	Acciones o participaciones emitidas .....		200.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción .....	200.000	
100	Capital social (20.000 × 10) .....		200.000

En relación con los gastos de la ampliación, la norma de registro y valoración (NRV) 9.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad (PGC) en su apartado 4 señala:

«Los gastos derivados de estas transacciones, incluidos los gastos de emisión de estos instrumentos, tales como honorarios de letrados, notarios, y registradores; impresión de memorias, boletines y títulos; tributos; publicidad; comisiones y otros gastos de colocación, se registrarán directamente contra el patrimonio neto como menores reservas. Los gastos derivados de una transacción de patrimonio propio, de la que se haya desistido o se haya abandonado, se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias».

También en la definición de la cuenta 113, «Reservas voluntarias» de la 5.<sup>a</sup> parte del PGC indica:

«[...]»

Los gastos de transacción de instrumentos de patrimonio propio se imputarán a reservas de libre disposición. Con carácter general, se imputarán a las reservas voluntarias...».

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias .....	1.200	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		1.200

### APARTADO 1.3

El tratamiento de las aportaciones de los accionistas está regulado en la cuenta 118, «Aportaciones de socios o propietarios»:

«Elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. En

particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas.

Su movimiento es el siguiente:

a) Se abonará con cargo, generalmente, a cuentas del subgrupo 57 o a las cuentas representativas de los bienes no dinerarios aportados.

b) Se cargará:

b1) Generalmente, con abono a la cuenta 121.

b2) Por la disposición que de la aportación pueda realizarse».

Por la aportación de los socios:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	800.000	
118	Aportaciones de socios o propietarios .....		800.000

Por el saneamiento de los resultados con la aportación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
118	Aportaciones de socios o propietarios .....	200.000	
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores .....		200.000

Por el traspaso a reservas voluntarias del resto:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
118	Aportaciones de socios o propietarios .....	600.000	
113	Reservas voluntarias .....		600.000

Por las aportaciones de los accionistas para cancelar el préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito .....	480.000	
6624	Intereses de deudas, otras empresas .....	20.000	
118	Aportaciones de socios o propietarios .....		500.000

## APARTADO 1.4

A partir de los datos que indica el enunciado del supuesto sabemos que:

- Patrimonio neto ..... 270.000
- Capital social ..... 270.000

Por el deterioro del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
671	Pérdidas procedentes del inmovilizado material .....	30.000	
213	Maquinaria .....		30.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
672	Pérdidas procedentes de las inversiones inmobiliarias .....	25.000	
221	Inversiones en construcciones .....		25.000

Después de los saneamientos anteriores, el patrimonio neto asciende a:

- Patrimonio neto (270.000 – 55.000) ..... 215.000

El carácter obligatorio está regulado en el artículo 327 de la LSC:

«En la sociedad anónima, la reducción del capital tendrá carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto».

- Capital social ..... 270.000
- Dos tercios del capital social ..... 180.000

Por tanto, la sociedad puede incurrir en saneamientos adicionales de deterioro por valor de:

$$215.000 - 180.000 = 35.000$$

## CASO PRÁCTICO NÚM. 2

### Contabilidad financiera

#### APARTADO 2.1

Nuestra sociedad ha emitido bonos por un valor de reembolso de 200.000 euros al 4%. El reembolso del principal y el pago de los intereses anuales se llevan a cabo en tres años, cada 31 de diciembre, por el procedimiento de anualidad constante.

En el momento de la emisión se recibieron de los suscriptores 194.000 euros, considerándose que la diferencia con el valor de reembolso era una prima de emisión.

Al final de 2015, primer ejercicio de vida del empréstito, la sociedad ha calculado y contabilizado intereses y capitales amortizados según el tipo de interés nominal. La prima de emisión ha sido considerada como un gasto a distribuir en varios ejercicios y ha sido imputada a resultados linealmente durante los tres años de vida del empréstito. Idéntico criterio se ha utilizado con los gastos de emisión, que han ascendido a 2.100 euros.

Al cerrar dicho ejercicio de 2015, primer año de vida del empréstito, el director financiero indica que no se ha registrado adecuadamente la deuda según el criterio del coste amortizado, proponiendo los ajustes a realizar antes de la formulación de las cuentas anuales de dicho ejercicio.

*Se pide:*

- Formular los ajustes en la contabilidad, para que la misma refleje adecuadamente la operación.
- No es necesario que distinga en cuentas de pasivo corriente la parte del empréstito que vence a corto plazo.

#### APARTADO 2.2

Nuestra empresa adquiere el 1 de enero por 180.000 un bono de 200.000 nominales, con vencimiento a 31 de diciembre del mismo año. El bono es pagadero por el valor nominal a su vencimiento y no genera pagos periódicos de intereses.

El 1 de abril de ese año nuestra empresa vende el pagaré a otra empresa por 190.000, comprometiéndose a recomprarlo por 198.000 el 1 de octubre del mismo ejercicio.

Nuestra empresa:

- Considera que, al ser un vencimiento a corto, es aceptable, de acuerdo con el PGC, no utilizar el coste amortizado como criterio de valoración.
- Reconoce trimestralmente los intereses implícitos de sus instrumentos financieros activos y pasivos.

*Se pide:*

Asientos a realizar por nuestra empresa en las siguientes fechas:

- a) 1 de enero.
- b) 1 de abril.
- c) 1 de octubre.
- d) 31 de diciembre.

## APARTADO 2.3

Nuestra sociedad, A, tiene por objeto social la promoción, construcción, restauración y venta de urbanizaciones y toda clase de edificios destinados a fines industriales, comerciales o de vivienda, tanto por cuenta propia como ajena. Es filial de un subgrupo de sociedades de matriz española, dependiente a su vez de otra sociedad, matriz última del grupo, que tiene su domicilio social en Estados Unidos.

Nuestra sociedad, A, acude a la ampliación de capital de B, otra de las filiales dependientes de la matriz española. A cambio de las acciones suscritas, A entrega, como aportación no dineraria, un bloque de apartamentos destinados al alquiler, administrados por un gestor, que se ocupa de todos los aspectos relativos a dicha actividad: publicidad, captación y contacto con los clientes, otorgamiento de los contratos, cobro de las cuotas de alquiler, mantenimiento de los apartamentos, etc. La receptora de los apartamentos (B) se subroga en el contrato de gestión de los apartamentos.

Los datos de la operación son los siguientes:

- En las últimas cuentas individuales de A el bloque de apartamentos figura valorado por 200.000.
- En las últimas cuentas consolidadas formuladas por la matriz española, el valor en libros del bloque de apartamentos es de 210.000, al haberse reconocido una plusvalía cuando la matriz adquirió el control sobre A.

- En las últimas cuentas anuales consolidadas de la matriz estadounidense, el valor en libros del bloque de apartamentos es de 250.000.
- El valor razonable del bloque de apartamentos en el momento de la aportación no dineraria es de 300.000.

*Se pide:*

- a) Formular los asientos que reflejan esta aportación no dineraria.
- b) Indicar los motivos de la elección del valor por el que A reconoce los títulos adquiridos en sus libros de cuentas.

## APARTADO 2.4

Con fecha 1 de enero del año n nuestra sociedad acomete un plan de opciones sobre acciones, destinado a remunerar y, al mismo tiempo, a fidelizar a sus empleados.

Las características del plan son las siguientes:

- El número de opciones es de 30.000, relativa cada una de ellas a la cotización de una acción.
- Las opciones podrán ejercitarse transcurridos seis meses desde el cierre del ejercicio n+2.

Nuestra sociedad entregará en efectivo a los tenedores de cada una de las opciones la diferencia entre la cotización de la acción a 1 de enero de n y la cotización de dicha acción el día en que se solicite por los trabajadores la liquidación de la opción.

El 31 de diciembre de n+2 se cierra el periodo de fidelización. Nuestra sociedad abre un plazo de seis meses a partir de dicha fecha, en que los trabajadores pueden pedir la liquidación en efectivo del valor de sus opciones.

Todos ellos lo hacen el último día del plazo.

La cotización de las acciones al 1 de enero de n es de 11 cada una. Nuestra sociedad estima que, al finalizar el periodo de fidelización, la cotización será de 20 y que los aumentos del valor de las acciones se repartirán uniformemente a lo largo de los tres años de duración de dicho periodo de fidelización.

Nuestra sociedad no realiza ajustes de la provisión en función de la evolución del precio de la acción en cada cierre de los ejercicios intermedios, salvo desviaciones muy significativas en relación con la previsión inicial, lo cual no ha ocurrido en los años considerados.

Finalizado el periodo de fidelización, es decir, a 31 de diciembre de  $n+2$ , la cotización fue de 20,5.

La cotización fue de 20,75 en la fecha en que se solicitó la liquidación.

Nuestra empresa reconoce los importes devengados durante un ejercicio al cierre de cada uno de ellos.

El tipo de interés aplicable es el 6%.

*Se pide:*

Formular los asientos correspondientes al plan de opciones, desde su comienzo hasta el momento en que nuestra sociedad liquida las acciones a los trabajadores.

## SOLUCIÓN

### APARTADO 2.1

La anualidad constante de la operación es:

$$200.000 = \text{Anualidad } a_{3|0,04}$$

$$\text{Anualidad} = 72.069,71$$

Y el cuadro financiero del coste amortizado:

Años	Interés nominal	Pago	Amortización	Coste amortizado
0				200.000
1	8.000	72.069,71	64.069,71	135.930,29
2	5.437,21	72.069,71	66.632,5	69.297,8
3	2.771,91	72.069,71	69.297,8	0
<b>Total</b>	<b>16.209,12</b>	<b>216.209,12</b>	<b>200.000</b>	

Según la información facilitada por el enunciado del supuesto, los asientos que ha realizado la sociedad en el año 2015, suponiendo que el empréstito se ha emitido al inicio del año, han sido:

Por la emisión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	194.000	
-	Gastos a distribuir en varios ejercicios .....	6.000	
177	Obligaciones y bonos .....		200.000

Y por los gastos de la emisión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
-	Gastos a distribuir en varios ejercicios .....	2.100	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		2.100

Al cierre del ejercicio por el pago del cupón, devolución del principal, imputación de la prima de emisión y de los gastos de formalización, estos dos últimos de forma lineal en tres años.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos (200.000 × 4 %) .....	8.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		8.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
177	Obligaciones y bonos .....	64.069,71	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		64.069,71

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos .....	2.700	
-	Gastos a distribuir en varios ejercicios (2.000 + 700) .....		2.700

Los saldos de las cuentas que se han utilizado son los siguientes:

Saldo deudores	Importe	Saldo acreedores	Importe
Gastos a distribuir en varios ejercicios	5.400	Obligaciones y bonos .....	135.930,29
Intereses de obligaciones y bonos ....	10.700		

Esta forma de contabilización no es correcta, ya que las obligaciones constituyen un pasivo financiero que según la NRV 9.<sup>a</sup>, «Instrumentos financieros», del PGC, las obligaciones se ubican en la categoría de débitos y partidas a pagar que se valorarán inicialmente por su valor razonable, que, salvo evidencia en contrario, será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación recibida ajustado por los costes de transacción que les sean directamente atribuibles.

La valoración posterior es por su coste amortizado. Los intereses devengados se contabilizarán en la cuenta de pérdidas y ganancias, aplicando el método del tipo de interés efectivo.

En consecuencia, el registro inicial debería haber sido:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	191.900	
177	Obligaciones y bonos .....		191.900

El tipo de interés efectivo de la operación viene determinado por el siguiente equilibrio financiero:

$$191.900 = 72.079,61 a_{3|i}$$

$$\text{Interés efectivo} = 6,2092\%$$

Años	Interés efectivo	Pago	Amortización	Coste amortizado
0				191.900
1	11.915,44	72.069,71	60.154,27	131.745,73
2	8.180,35	72.069,71	63.889,36	67.856,37
3	4.213,33	72.069,71	67.856,37	0
	24.309,12	216.209,12	191.900	

Y el asiento al final del año correcto sería el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos (191.900 × 6,2092 %) .....	11.915,44	
506	Intereses a corto plazo de empréstitos y otras emisiones análogas		8.000
177	Obligaciones y bonos .....		3.915,44

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
506	Intereses a corto plazo de empréstitos y otras emisiones análogas	8.000	
177	Obligaciones y bonos .....	64.069,71	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		72.069,71

Los saldos que se obtendrían con la contabilización correcta son los siguientes:

Saldo deudores	Importe	Saldo acreedores	Importe
Intereses de obligaciones y bonos ....	11.915,44	Obligaciones y bonos .....	131.745,73

Teniendo en cuenta que los saldos derivados de la contabilización incorrecta eran:

Saldo deudores	Importe	Saldo acreedores	Importe
Gastos a distribuir en varios ejercicios	5.400	Obligaciones y bonos .....	135.930,29
Intereses de obligaciones y bonos ....	10.700		

El asiento para ajustar la situación es el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos .....	1.215,44	
	(11.915,44 – 10.700)		
177	Obligaciones y bonos (135.930,29 – 131.745,73) .....	4.184,56	
–	Gastos a distribuir en varios ejercicios .....		5.400

## APARTADO 2.2

1 de enero

Por la adquisición del bono:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
541	Valores representativos de deuda a corto plazo .....	180.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		180.000

1 de abril

Por los intereses del bono, que al tratarse de intereses implícitos se registran en la cuenta 541, «Valores representativos de deuda a corto plazo».

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
541	Valores representativos de deuda a corto plazo .....	5.000	
7613	Ingresos de valores representativos de deuda, otras empresas ... (20.000 × 3/12)		5.000

En esta fecha se vende el pagaré con el propósito de recomprarlo. Esta operación, desde un punto de vista económico, supone una forma de financiación con la garantía de bono por lo que no se dará de baja el activo financiero y se reconocerá un pasivo financiero por la deuda. En este sentido, el apartado 2.9 «Baja de activos financieros» de la NRV 9.<sup>a</sup> «Instrumentos financieros» del PGC indica:

«Conforme a lo señalado en el marco conceptual, en el análisis de las transferencias de activos financieros se debe atender a la realidad económica y no solo a su forma jurídica ni a la denominación de los contratos.

La empresa dará de baja un activo financiero, o parte del mismo, cuando expiren o se hayan cedido los derechos contractuales sobre los flujos de efectivo del activo financiero, siendo necesario que se hayan transferido de manera sustancial los riesgos y beneficios inherentes a su propiedad, en circunstancias que se evaluarán comparando la exposición de la empresa, antes y después de la cesión, a la variación en los importes y en el calendario de los flujos de efectivo netos del activo transferido. Se entenderá que se han cedido de manera sustancial los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo financiero cuando su exposición a tal variación deje de ser significativa en relación con la variación total del valor actual de los flujos de efectivo futuros netos asociados con el activo financiero (tal como las ventas en firme de activos, las cesiones de créditos comerciales en operaciones de "factoring" en las que la empresa no

retenga ningún riesgo de crédito ni de interés, **las ventas de activos financieros con pacto de recompra por su valor razonable** y las titulaciones de activos financieros en las que la empresa cedente no retenga financiaciones subordinadas ni conceda ningún tipo de garantía o asuma algún otro tipo de riesgo»).

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	190.000	
521	Deudas a corto plazo .....		190.000

1 de octubre

Intereses devengados por el bono:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
541	Valores representativos de deuda a corto plazo .....	5.000	
7613	Ingresos de valores representativos de deuda, otras empresas ... (20.000 × 3/12)		5.000

Intereses devengados por la deuda:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas .....	4.000	
521	Deudas a corto plazo (8.000 × 3/6) .....		4.000

Por la recompra del activo financiero:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo .....	198.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		198.000

31 de diciembre

Por el reconocimiento de los intereses y cobro del importe correspondiente al vencimiento del activo financiero.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
541	Valores representativos de deuda a corto plazo .....	5.000	
7613	Ingresos de valores representativos de deuda, otras empresas ... (20.000 × 3/12)		5.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	200.000	
541	Valores representativos de deuda a corto plazo .....		200.000

### APARTADO 2.3

El apartado 2.1, «Aportaciones no dinerarias», de la NRV 21.<sup>a</sup>, «Operaciones entre empresas del grupo», señala:

«En las aportaciones no dinerarias a una empresa del grupo, el aportante valorará su inversión por el valor contable de los elementos patrimoniales entregados en las cuentas anuales consolidadas en la fecha en que se realiza la operación, según las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, que desarrollan el Código de Comercio.

La sociedad adquirente los reconocerá por el mismo importe.

Las cuentas anuales consolidadas que deben utilizarse a estos efectos serán las del grupo o subgrupo mayor en el que se integren los elementos patrimoniales, cuya sociedad dominante sea española. En el supuesto de que las citadas cuentas no se formularan, al amparo de cualquiera de los motivos de dispensa previstos en las normas de consolidación, se tomarán los valores existentes antes de realizarse la operación en las cuentas anuales individuales de la sociedad aportante».

De acuerdo con lo anterior la sociedad A valorará su inversión por 210.000 que es el valor que tiene en el balance consolidado del subgrupo de la matriz española:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo .....	210.000	
220	Inversiones en construcciones .....		200.000
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
773	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo en partes vinculadas .....		10.000

Por su parte, la filial B valora la inversión recibida por la misma cuantía:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales .....	210.000	
100	Capital social .....		210.000

## APARTADO 2.4

La NRV 17.<sup>a</sup> del PGC señala que tendrán la consideración de transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio aquellas que, a cambio de recibir bienes o servicios, incluidos los servicios prestados por los empleados, sean liquidadas por la empresa con instrumentos de patrimonio propio o con un importe que esté basado en el valor de instrumentos de patrimonio propio, tales como opciones sobre acciones o derechos sobre la revalorización de las acciones.

La empresa reconocerá, por un lado, los bienes o servicios recibidos como un activo o como un gasto atendiendo a su naturaleza, en el momento de su obtención y, por otro, el correspondiente incremento en el patrimonio neto si la transacción se liquidase con instrumentos de patrimonio, o el correspondiente pasivo si la transacción se liquidase con un importe que esté basado en el valor de instrumentos de patrimonio.

Si la empresa tuviese la opción de hacer el pago con instrumentos de patrimonio o en efectivo, deberá reconocer un pasivo en la medida en que la empresa hubiera incurrido en una obligación presente de liquidar en efectivo o con otros activos; en caso contrario, reconocerá una partida de patrimonio neto. Si la opción corresponde al prestador o proveedor de bienes o servicios, la empresa registrará un instrumento financiero compuesto, que incluirá un componente de pasivo, por el derecho de la otra parte a exigir el pago en efectivo, y un componente de patrimonio neto, por el derecho a recibir la remuneración con instrumentos de patrimonio propio. En las transacciones en las que sea necesario completar un determinado periodo de servicios, el reconocimiento se efectuará a medida que tales servicios sean prestados a lo largo del citado periodo.

En las transacciones que se liquiden en efectivo, los bienes o servicios recibidos y el pasivo a reconocer se valorarán al valor razonable del pasivo, referido a la fecha en la que se cumplan los requisitos para su reconocimiento. Posteriormente, y hasta su liquidación, el pasivo correspondiente se valorará, por su valor razonable en la fecha de cierre de cada ejercicio, imputándose a la cuenta de pérdidas y ganancias cualquier cambio de valoración ocurrido durante el ejercicio.

*1 de enero de n*

En la firma del programa no procede asiento contable alguno porque la remuneración es por fidelidad y con base en la revalorización de las acciones la cual no se ha producido.

El incremento anual del programa es el siguiente:

$$30.000 \text{ opciones } (20 - 11) = 270.000$$

$$270.000/3 \text{ años} = 90.000$$

*31 de diciembre de n*

Hay que reconocer 90.000, pero actualizadas dos años porque serán exigibles el 1 de enero de n+3:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6457	Retribuciones al personal liquidados en efectivo basado en instrumentos de patrimonio .....	80.099,67	
147	Provisión por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio ( $90.000 \times 1,06^{-2}$ ) .....		80.099,67

*31 de diciembre de n+1*

Se reconoce el incremento del ejercicio (también 90.000) pero al ser exigible dentro de un año ha de estar actualizado:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6457	Retribuciones al personal liquidados en efectivo basado en instrumentos de patrimonio .....	84.905,66	
147	Provisión por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio ( $90.000 \times 1,06^{-1}$ ) .....		84.905,66

Además, hay que hacer la actualización de provisión del año anterior:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones .....	4.805,98	.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
147	Provisión por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio (80.099,67 × 6 %) .....		4.805,98

31 de diciembre de n+2

En primer lugar, se reclasifica el saldo de provisión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
147	Provisión por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio .....	169.811,31	
5297	Provisión a corto plazo por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio .....		169.811,31

Actualización de la provisión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones .....	10.188,69	
5297	Provisión a corto plazo por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio (169.811,31 × 6 %) .....		10.188,69

Por la dotación del ejercicio actual:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6457	Retribuciones al personal liquidados en efectivo basado en instrumentos de patrimonio .....	90.000	
5297	Provisión a corto plazo por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio .....		90.000

- Valor contable provisión ..... 270.000

Se podría defender ajustar la provisión al importe de 20,5, que es la cotización de cierre, pero se omite porque la empresa no lo viene haciendo salvo que la desviación fuese significativa y además la liquidación se efectúa con la cotización del día de la solicitud de remuneración en los seis meses siguientes.

30 de junio de  $n+3$

Por el ejercicio de la opción a una cotización de 20,75:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6457	Retribuciones al personal liquidados en efectivo basado en instrumentos de patrimonio $[30.000 \times (20,75 - 20)]$ .....	22.500	
5297	Provisión a corto plazo por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio .....	270.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		292.500

## CASO PRÁCTICO NÚM. 3

### Contabilidad financiera

#### APARTADO 3.1

- a) Nuestra sociedad adquiere 10.000 acciones de otra sociedad, cuyo valor unitario es de 13,5 por acción. Añadidas a las acciones que ya poseía, que figuraban contabilizadas en balance por 120.800, nuestra sociedad, tras la compra, posee el 21 % de las acciones de dicha sociedad, lo cual le permite intervenir, de manera permanente, en la gestión de la sociedad en la que ha invertido.
- b) Nuestra sociedad obtuvo pérdidas en algún ejercicio anterior, pero no reconoció el correspondiente crédito fiscal por pérdidas a compensar. Al finalizar el ejercicio en curso, decide reconocer el derecho a compensar dichas pérdidas, al haber cambiado la situación de la sociedad en cuanto a las previsiones de obtención de beneficios. El importe de las pérdidas, todavía en plazo para ser compensadas, es de 1.000.000 y el tipo impositivo es el 30 %.
- c) Nuestra sociedad adeuda 160.000 a un proveedor. Para saldar la deuda, acordamos entregarle, y el proveedor acepta, 6.000 acciones propias, cuyo valor en libros es de 16 por acción. En el momento del acuerdo con el proveedor, la cotización de los títulos entregados es de 22 por acción. La diferencia entre el valor entregado en acciones y la deuda con el proveedor se paga en efectivo.

Se pide:

Contabilizar estos hechos.

### APARTADO 3.2

Nuestra sociedad recibe de un banco, el primer día del ejercicio  $n$ , un préstamo por 1.000.000. Los intereses se estipulan al 8% a pagar cada año. El préstamo se reembolsará de una vez, sin pagos parciales, al finalizar  $n+3$ , es decir, al finalizar el cuarto año de su concesión. El banco retiene, en el momento de la concesión, un 3% del importe concedido en concepto de comisiones por todos los conceptos.

*Se pide:*

Formular los asientos correspondientes a los años  $n$  y  $n+3$ .

### APARTADO 3.3

Nuestra sociedad A procedió, el 1 de enero del año  $n$ , a adquirir la totalidad de las acciones de la sociedad B. De esta operación conocemos los siguientes datos:

- Coste de las acciones adquiridas ..... 1.500.000
- Valor en libros de la sociedad B ..... 1.200.000

Revisión de valores realizada en B:

- Reconocimiento de una plusvalía en el inmovilizado material de B por: 130.000.
- Reconocimiento como activo de un proyecto de investigación y desarrollo, no contabilizado previamente en B, cuyo valor en el momento de la combinación se estimó en 129.000.

Al cierre del ejercicio  $n+4$  se reconoce un deterioro, puesto de manifiesto por el test realizado al respecto, cuyos datos son los siguientes:

- La vida útil del inmovilizado se estimó en 15 años en el momento de realizarse la adquisición de B, con un valor residual al cabo de los mismos de 220.000.
- El valor en uso de la inversión al cierre del ejercicio  $n+4$  es 611.054.

No existe ningún efecto impositivo en la operación. En los años anteriores al ejercicio  $n+4$  no se había reconocido deterioro alguno en el fondo de comercio.

Se pide:

- Calcular el valor razonable adquirido y el fondo de comercio resultante en la operación.
- Calcular el deterioro a 31 de diciembre de  $n+4$  y formular los asientos a realizar para su reconocimiento.

### APARTADO 3.4

El 1 de enero del año  $n$ , el balance de situación de la sociedad B presenta los siguientes saldos (no existe ninguna otra partida de activo o de pasivo):

Acreeedores a largo plazo .....	25.500
Cientes .....	24.000
Existencias .....	15.000
Inmovilizado intangible .....	8.000
Inmovilizado material .....	75.000
Obligaciones emitidas .....	20.000
Proveedores .....	30.000
Provisiones a largo plazo .....	10.000
Tesorería .....	2.000

En esa misma fecha, la sociedad A adquiere la sociedad B y procede a incorporar los elementos patrimoniales de la misma en sus cuentas anuales. Conocemos, además, los siguientes datos adicionales de esta combinación de negocios:

El precio pagado por A en la adquisición de la totalidad de las acciones de B es de 46.000.

En la operación se acuerdan los siguientes ajustes en el valor en libros de B:

- Reconocimiento de una plusvalía en un edificio de B por 10.000.
- Reconocimiento de una marca, no reflejada en libros por B, a la que se pretende atribuir un valor de 4.000.

Ambas sociedades están sometidas al PGC español.

El tipo impositivo es el 30%.

La legislación fiscal aplicable no considera gastos fiscalmente deducibles las cuotas de amortización correspondientes a las plusvalías reconocidas en el activo.

*Se pide:*

Determinar el importe máximo por el que puede ser valorada la marca, para la que no es posible determinar su valor en un mercado activo.

## SOLUCIÓN

### APARTADO 3.1

#### Epígrafe a)

La adquisición que conlleva a una participación del 21 % implica que los activos financieros se ubicarán en la categoría de inversiones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2404	Participaciones a largo plazo en empresas asociadas (10.000 × 13,5)	135.000	
575	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		135.000

Además procede la reclasificación de la inversión anterior, sobre la que el enunciado no indica la categoría en la que estaba ubicada:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2404	Participaciones a largo plazo en empresas asociadas .....	120.800	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		120.800

#### Epígrafe b)

La consulta 3 del BOICAC 94 de junio de 2013 (NFC048006) sobre la compensación de bases imponibles negativas señala:

«[...]

Adicionalmente, en el supuesto de quedar cuantías pendientes de compensar en ejercicios futuros, y de cumplirse las condiciones para su registro de acuerdo con lo señalado en el apartado 2.3 de la NRV 13.<sup>a</sup>, se reconocerá el correspondiente activo siempre que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras en cuantía suficiente que permitan su aplicación en sintonía con la interpretación de este Instituto publicada en la consulta 10 del BOICAC n.º 80, de diciembre de 2009.

El registro del crédito fiscal como activo por impuesto diferido se podrá realizar mediante un cargo en la cuenta 4745. Créditos por pérdidas a compensar, con abono a la cuenta 6301. Impuesto diferido.

En todo caso cabe recordar que, en aplicación del principio de devengo, el gasto por el impuesto sobre beneficios, tanto corriente como diferido, debe contabilizarse en el propio ejercicio al que se refiere con independencia del momento del pago de la deuda tributaria resultante».

Por el reconocimiento de las pérdidas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4745	Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio (1.000.000 × 30 %)	300.000	
6301	Impuesto diferido .....		300.000

### Epígrafe c)

Los extracontables relacionados con la operación son:

Valor contable de la deuda con el proveedor .....	160.000
Valor razonable de las acciones entregadas (6.000 × 22) .....	132.000
Diferencia que se paga en metálico .....	28.000

Por otro lado, se produce un incremento en reservas por la diferencia entre el valor razonable de las acciones propias y su valor contable:

Valor contable (6.000 × 16) .....	96.000
Valor razonable .....	132.000
Incremento de reservas .....	36.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
400	Proveedores .....	160.000	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales .....		96.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		28.000
113	Reservas voluntarias .....		36.000

### APARTADO 3.2

El préstamo recibido se califica como un pasivo financiero que debe incluir en la categoría de débitos y partidas a pagar (NRV 9.ª «Instrumentos financieros») que inicialmente se valora por su valor razonable, que, salvo evidencia en contrario, será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación recibida ajustado por los costes de transacción que les sean directamente atribuibles.

Los pasivos financieros incluidos en esta categoría se valorarán posteriormente por su coste amortizado. Los intereses devengados se contabilizarán en la cuenta de pérdidas y ganancias, aplicando el método del tipo de interés efectivo.

El importe recibido inicialmente es:

$$1.000.000 - 1.000.000 \times 3\% = 970.000$$

El tipo de interés efectivo viene determinado por el siguiente equilibrio financiero:

$$970.000 = \frac{80.000}{1 + i} + \frac{80.000}{(1 + i)^2} + \frac{80.000}{(1 + i)^3} + \frac{80.000 + 1.000.000}{(1 + i)^4}$$

$$\text{Tanto efectivo anual} = 8,92447\%$$

El cuadro de imputación de intereses y coste amortizado a lo largo de la vida de la operación es el siguiente:

Fecha	Intereses	Pago	Amortización	Coste amortizado
1 de enero de n				970.000
				.../...

Fecha	Intereses	Pago	Amortización	Coste amortizado
.../...				
31 de diciembre de n	86.567,37	80.000	-6.567,37	976.567,37
31 de diciembre de n+1	87.153,47	80.000	-7.153,47	983.720,85
31 de diciembre de n+2	87.791,88	80.000	-7.791,88	991.512,73
31 de diciembre de n+3	88.487,27	1.080.000	991.512,73	0

## Asientos del año n

1 de enero

Por la obtención del préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	970.000	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito .....		970.000

31 de diciembre

Por los intereses devengados en el ejercicio y el vencimiento anual:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas .....	86.567,37	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito .....		80.000
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito .....		6.567,37

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito .....	80.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		80.000

## Asientos del año n+3

31 de diciembre

Por los intereses devengados:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas .....	88.487,27	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito .....		80.000
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito .....		8.487,27

Por el pago de la anualidad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito .....	80.000	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito .....	1.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		1.080.000

## APARTADO 3.3

### Epígrafe a)

El 1 de enero del año n cuando se adquiere la totalidad de las acciones de la sociedad B por parte de la sociedad A se forma un grupo de sociedades. Por parte de A la inversión se contabiliza en la categoría de activos financieros de inversiones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas dando lugar al siguiente asiento:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo .....	1.500.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		1.500.000

El enunciado indica que el valor contable de la sociedad B es de 1.200.000 por lo que se han pagado plusvalías de 300.000 que tienen el siguiente desglose:

Inmovilizado material .....	130.000
Investigación y desarrollo .....	129.000
Fondo de comercio financiero .....	41.000
<b>Total .....</b>	<b>300.000</b>

## Epígrafe b)

La NRV 9.<sup>a</sup>, «Instrumentos financieros», del PGC en su apartado 2.5.3 señala:

«Al menos al cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor en libros de una inversión no será recuperable.

El importe de la corrección valorativa será la **diferencia entre su valor en libros y el importe recuperable**, entendido este como el **mayor importe entre su valor razonable menos los costes de venta y el valor actual de los flujos de efectivo futuros derivados de la inversión**, calculados, bien mediante la estimación de los que se espera recibir como consecuencia del reparto de dividendos realizado por la empresa participada y de la enajenación o baja en cuentas de la inversión en la misma, bien mediante la estimación de su participación en **los flujos de efectivo que se espera sean generados por la empresa participada, procedentes tanto de sus actividades ordinarias como de su enajenación o baja en cuentas**. Salvo mejor evidencia del importe recuperable de las inversiones, en la estimación del deterioro de esta clase de activos se tomará en consideración el patrimonio neto de la entidad participada corregido por las plusvalías tácitas existentes en la fecha de la valoración».

El enunciado no facilita directamente ninguno de los datos anteriores, excepto si asimilamos el valor de uso de la inversión al valor actual de flujos de caja referidos en la norma. En este caso hay un deterioro de:  $1.500.000 - 611.054 = 888.946$ .

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
696	Pérdidas por deterioro de participaciones y valores representativos de deuda a largo plazo .....	888.946	
293	Deterioro de valor de participaciones a largo plazo en partes vinculadas .....		888.946

## APARTADO 3.4

### Coste de la combinación de negocios:

- Precio pagado ..... 46.000

### Valor razonable de los activos identificables menos los pasivos asumidos:

Patrimonio contable (Activos – Pasivos) .....	38.500
+/- Ajustes	
Plusvalía edificio .....	10.000
Pasivos por diferencias temporarias imponibles edificio (10.000 × 30 %)	-3.000
Plusvalía marca .....	4.000
Pasivos por diferencias temporarias imponibles marca .....	-1.200
<b>Total .....</b>	<b>48.300</b>

### Diferencia de la combinación de negocios:

Coste de la combinación de negocios .....	46.000
Valor razonable de los activos identificables menos los pasivos asumidos	-48.300
Diferencia negativa en combinaciones de negocios .....	-2.300

Según la NRV 19.<sup>a</sup> del PGC, «Combinaciones de negocios»:

«4. En el caso de que el registro de un inmovilizado intangible identificado cuya valoración, que no puede ser calculada por referencia a un mercado activo, implicara la contabilización de un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2.5 de la presente norma, dicho activo se valorará deduciendo la diferencia negativa, inicialmente calculada, del importe de su valor razonable. Si el importe de dicha diferencia negativa fuera superior al valor total del inmovilizado intangible, dicho activo no deberá ser registrado».

Aunque no se pide, se realiza a efectos de solución la recepción de los activos y pasivos por la sociedad adquirente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
20	Inmovilizado intangible .....	8.000	
20	Inmovilizado intangible. Marca .....	4.000	
21	Inmovilizado material (75.000 + 10.000) .....	85.000	
3	Existencias .....	15.000	
57	Tesorería .....	2.000	
430	Clientes .....	24.000	
57	Tesorería .....		46.000
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles marca .....		1.200
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles edificio .....		3.000
-	Acreedores a largo plazo .....		25.500
-	Obligaciones emitidas .....		20.000
400	Proveedores .....		30.000
14	Provisiones a largo plazo .....		10.000
774	Diferencia negativa en combinaciones de negocios .....		2.300

Por aplicación del apartado reseñado:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
774	Diferencia negativa en combinaciones de negocios .....	2.300	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles marca .....	0,3X	
20-	Marca .....		X

$$X = 3.285$$

## CASO PRÁCTICO NÚM. 4

### Contabilidad financiera

La empresa Sociedasa, cuyo periodo impositivo coincide con el año natural, presenta durante el año 2016 los siguientes datos:

1. El resultado contable antes de impuestos es de 1.500.000 euros.
2. Además, se conoce la siguiente información:

- 2.1. Ha contabilizado gastos financieros por importe de 1.250.000 euros. Fiscalmente son deducibles los gastos financieros netos con el límite del 30% del beneficio operativo, que asciende a 3.500.000 euros en el ejercicio.
- 2.2. Tiene un inmueble que fue adquirido el 1 de enero de 2013 por 100.000 euros y que se acogió a libertad de amortización. Contablemente, a dicho inmueble se le aplica un coeficiente del 10%. En enero de 2016 decide vender el inmueble, siendo el valor de transmisión de 80.000 euros.
- 2.3. En el ejercicio 2013 vendió un bien de su inmovilizado por importe de 10.000 euros, importe que se iba a satisfacer por la compradora en cuartas partes, durante los ejercicios 2013, 2014, 2015 y 2016. Dicho bien tenía un valor neto contable de 6.000 euros. La empresa optó por aplicar fiscalmente el criterio de caja, si bien contablemente imputó todo el beneficio en el ejercicio en el que se produjo la venta.
- 2.4. Está en prorrata de IVA al 85%, y el importe del IVA soportado en sus operaciones durante el ejercicio ha sido de 60.000 euros, no habiendo reflejado en la contabilidad ninguna cuantía por el IVA no deducible.
- 2.5. Como consecuencia del impago de un cliente, en el año 2015 dotó una pérdida por deterioro del crédito por importe de 20.000 euros, que no fue fiscalmente deducible. En el ejercicio 2016 se cumplen los requisitos para que se admita la deducibilidad de dicho deterioro.
- 2.6. Ha pagado multas por importe de 15.000 euros.
- 2.7. Tiene unas bases imponibles negativas (BINS) de 200.000 euros.
- 2.8. Tiene deducciones pendientes de aplicación por importe de 24.000 euros.
- 2.9. Las retenciones soportadas son de 50.000 euros.
- 2.10. Los importes de los pagos fraccionados han sido de 15.000, 25.000 y 60.000 euros.
- 2.11. El tipo aplicable es del 25%.

*Se pide:*

- a) Cuantificar y clasificar las diferencias, en permanentes y temporarias, y en este último caso, en imponibles y deducibles, correspondientes al ejercicio 2016 que se deriven de las consideraciones anteriormente mencionadas.
- b) Liquidar y contabilizar el impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio 2016.

## SOLUCIÓN

### APARTADO A)

#### Gastos financieros

Gasto contable .....	1.250.000
Gasto fiscal (3.500.000 × 30 %) .....	1.050.000
Ajuste impuesto sobre sociedades .....	+200.000

Dado que en el futuro son deducibles se trata de una diferencia temporaria deducible en origen.

#### Venta del inmueble

Año	Gasto contable por amortización 100.000/10	Gasto deducible en el impuesto sobre sociedades	Ajustes en la base imponible del impuesto sobre sociedades	479, «Pasivos por diferencias temporarias imponibles»
2013	10.000	100.000	-90.000	22.500 H
2014	10.000	0	+10.000	2.500 D
2015	10.000	0	+10.000	2.500 D

Actualmente la cuenta 479, «Pasivos por diferencias temporarias imponibles», tiene un saldo acreedor de 17.500 euros.

El asiento que se ha realizado en enero de 2016 por la venta del inmueble:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	80.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material .....	30.000	
211	Construcciones .....		100.000
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material .....		10.000

Sin embargo el resultado fiscal es el siguiente:

Precio de venta .....	80.000
Base fiscal .....	0
Beneficio fiscal .....	+80.000

Y el ajuste en la base imponible del impuesto sobre sociedades:

Beneficio contable .....	10.000
Beneficio fiscal .....	80.000
Ajuste .....	+70.000

Contablemente se trata de la reversión de la diferencia temporaria deducible originada en los periodos anteriores.

## Venta a plazos

El asiento contable que se ha realizado en la venta a plazos ha sido el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
25/54	Créditos por enajenación de inmovilizado .....	10.000	
21	Inmovilizado .....		6.000
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material .....		4.000

Los ajustes a realizar en el impuesto sobre sociedades, ya que la empresa ha optado por la tributación en función del criterio de caja, son los siguientes:

Año 1	Resultado contable	Resultado fiscal	Ajustes en la base imponible del impuesto sobre sociedades	479, «Pasivos por diferencias temporarias imponibles»
2013	4.000	1.000	-3.000	750 H
2014	0	1.000	+1.000	250 D
2015	0	1.000	+1.000	250 D
2016	0	1.000	+1.000	250 D

## Ajuste IVA regla prorata

Durante el ejercicio 2016 se ha hecho según indica el enunciado del ejercicio.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6	Gastos del ejercicio .....	285.714,28	
472	Hacienda Pública, IVA soportado $(285.714,28 \times 21\%)$ .....	60.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		345.714,28

Lo correcto hubiese sido:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6	Gastos $(285.714,28 + 285.714,28 \times 21\% \times 15\%)$ .....	294.714,28	
472	Hacienda Pública, IVA soportado $(285.714,28 \times 21\% \times 85\%)$ .....	51.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		345.714,28

Sin embargo, el exceso de gasto no es deducible por falta de inscripción contable.

## Cientes

Gasto contable .....	0
Gasto fiscal .....	20.000
Ajuste impuesto sobre sociedades .....	-20.000

La diferencia temporaria deducible originada en su momento revierte.

## Sanción

La sanción es un gasto contable que no es deducible fiscalmente por lo que hay una diferencia permanente.

## Base imponible negativa

La aplicación de la base imponible negativa supone la reversión de los créditos por bases imponibles negativas suponiendo que se han registrado en ejercicios anteriores.

**APARTADO B)**

Beneficio antes de impuestos .....	1.500.000
+/- Ajustes	
Gastos financieros .....	+200.000
Venta inmueble .....	+70.000
Venta a plazos .....	+1.000
Deterioro clientes .....	-20.000
Sanción .....	15.000
Base imponible previa .....	1.766.000
Compensación bases imponibles negativas .....	-200.000
Base imponible .....	1.566.000
Tipo de gravamen .....	25 %
Cuota íntegra .....	391.500
Deducciones .....	-24.000
Cuota líquida .....	367.500
Retenciones y pagos a cuenta .....	-150.000
Cuota diferencial .....	217.500

Asientos contables por el gasto devengado por el impuesto sobre beneficios.

Por el impuesto corriente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente .....	367.500	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta .....		150.000
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades .....		217.500

Por las diferencias temporarias:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
474	Activos por diferencias temporarias deducibles gastos financieros	50.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles venta inmueble	17.500	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles venta a plazos ....	250	
474	Activos por diferencias temporarias deducibles clientes .....		5.000
4745	Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio .....		50.000
6301	Impuesto diferido .....		12.750

Por las deducciones de ejercicios anteriores que se aplican en el ejercicio actual:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido .....	24.000	
4742	Derechos por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar		24.000

Regularización de las cuentas de gastos surgidas en el proceso:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio .....	378.750	
6300	Impuesto corriente .....		367.500
6301	Impuesto diferido .....		11.250

## CASO PRÁCTICO NÚM. 5

### Operaciones financieras

La empresa Tac 2016, SA se plantea la adquisición de una unidad de negocio de otra sociedad. La citada línea de negocio consiste en una infraestructura y el derecho a explotarla en virtud de una concesión cuyo plazo de duración es de 10 años desde la puesta en explotación.

El día 2 de enero de 2017 debe realizar una oferta para la adquisición de dicha línea de negocio. Tac 2016 ha decidido valorar la línea de negocio en función de los flujos de tesorería esperados (actualizando los cobros y pagos esperados). A tal efecto, se conocen los siguientes datos:

1. La infraestructura está en construcción, estando estimada la finalización y entrega los últimos días de 2017, de forma que podría ponerse en explotación el 31 de diciembre de 2017. Tac 2016 se subroga en el contrato de construcción que ha firmado la vendedora, en virtud del cual restaría por pagar un importe fijo, no sometido a actualización ni revisión, de 5 millones de euros a la entrega de la obra finalizada. Igualmente, se mantendría una cláusula en cuya virtud el contratista acometería una operación extraordinaria de rehabilitación a mitad del plazo de la explotación, por cuya virtud se abonaría por Tac 2016 un importe fijo de 4 millones de euros a 30 de diciembre de 2022.
2. Durante el primer año de explotación de la concesión, Tac 2016 obtendrá ingresos de 8 millones de euros, recibándose al final del ejercicio correspondiente. Se estima que los ingresos se incrementarán anualmente en un 4% desde entonces.
3. Para mantener las instalaciones en adecuado estado de conservación, una vez transcurrido el primer año de explotación, debe invertir al principio de 2019 2 millones de euros. En los siguientes años, la inversión necesaria para esta conservación ordinaria (a satisfacer igualmente al principio de cada ejercicio) se incrementará en un 2%.

*Se pide:*

- a) Valoración de la línea de negocio a 2 de enero de 2017 en función de los flujos de caja mencionados, aplicando una tasa anual de actualización del 2,5% hasta 2023 incluido, y del 3% desde enero de 2024.
- b) Para adquirir la línea de negocio que ahora se pretende vender, la vendedora formalizó un préstamo (método francés) el 30 de diciembre de 2012. En virtud de este préstamo, la entidad recibió 10 millones de euros, debiendo abonar a la financiera anualidades constantes durante seis años al final de cada ejercicio. No existía comisión de concesión, pero sí se estableció una cláusula que recogía una comisión fija del 1% para la amortización anticipada (a aplicar sobre el principal que se amortiza anticipadamente). El tipo de interés efectivo semestral era del 1,75%. Hasta el 2 de enero de 2017 la entidad ha satisfecho los pagos correspondientes.

En virtud del contrato a suscribir, Tac 2016 se subroga en la posición de la vendedora en este préstamo, asumiendo la obligación de pagar las cantidades pendientes (lo que en consecuencia, minorará el efectivo a abonar por Tac a la vendedora). No obstante, Tac 2016 decide amortizar el préstamo. Para financiar esta amortización, Tac 2016 obtendrá otro préstamo (también método francés), con anualidades constantes a abonar al final de cada ejercicio, durante ocho años. El tipo de interés efectivo anual será del 3,2% y tras la concesión, el efectivo se abonará en la cuenta de Tac 2016, descontándole un 0,5% en concepto de comisión de apertura (este importe líquido será el que se emplee en cancelar el préstamo anterior).

Calcule el importe de cada una de estas ocho anualidades para el segundo préstamo, que se pretende suscribir el propio 2 de enero de 2017.

## **SOLUCIÓN**

### **APARTADO A)**

La valoración del negocio a la fecha solicitada (2 de enero de 2017) se obtendrá actualizando los cobros y pagos generados por la concesión durante los 10 años desde la puesta en explotación a dicha fecha. Por tanto, y dado que la construcción de la misma se realiza durante el año 2017, la valoración se hará por un horizonte de 11 años. Para ello se considerará como tasa de actualización el 2,5% anual hasta el 2023 (7 años) y el 3% anual para el resto (4 últimos años).

$$\text{Valor negocio}_0 = \text{Cobros}_0 - \text{Pagos}_0$$

El valor actual de los cobros esperados se calculan como el valor actual de una renta en progresión geométrica. No obstante, al haber dos tasas de valoración se deberán considerar en dos tramos:

$$\text{Cobros}_0 = A_{(800.000;1,04)^6-0,025} \times 1,025^{-1} + A_{(800.000 \times 1,04^6;1,04)^4-0,03} \times 1,025^{-7}$$

$$\begin{aligned} \text{Cobros}_0 &= 800.000 \times \frac{1 + -1,04^6 \times 1,025^{-6}}{1 + 0,025 - 1,04} \times 1,025^{-1} + 800.000 \times 1,04^6 \times \\ &\times \frac{1 + -1,04^4 \times 1,03^{-4}}{1 + 0,03 - 1,04} \times 1,025^{-7} \end{aligned}$$

$$\text{Cobros}_0 = 47.391.544,23 + 33.555.618,02 = 80.947.162,26$$

Para actualizar los pagos se considerarán el pago previsto por la construcción a finales de 2017, la rehabilitación extraordinaria en 2022 y los destinados al mantenimiento de las instalaciones. Estos últimos se tratarán como el valor actual de una renta en progresión geométrica, prepagable, dividida en dos tramos por haber otras tantas tasas de actualización:

$$\begin{aligned} \text{Pagos}_0 &= \frac{5.000.000}{1,025} + \frac{4.000.000}{1,025^6} + \ddot{A}_{(2.000.000;1,02)^5-0,025} \times 1,025^{-2} + \ddot{A}_{(2.000.000 \times 1,02^5;1,02)^4-0,03} \times \\ &\times 1,025^{-7} \end{aligned}$$

$$\text{Pagos}_0 = \frac{5.000.000}{1,025} + \frac{4.000.000}{1,025^6} + 2.000.000 \times \frac{1 + -1,02^5 \times 1,025^{-5}}{1 + 0,025 - 1,02} \times 1,025^{-1} +$$

$$+ 1,03 \times 2.000.000 \times 1,02^5 \times \frac{1 + -1,02^4 \times 1,03^{-4}}{1 + 0,03 - 1,02} \times 1,025^{-7}$$

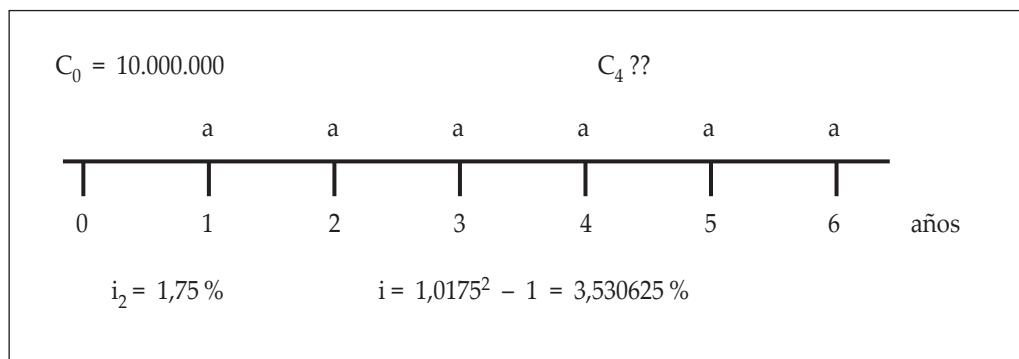
$$\text{Pagos}_0 = 4.878.048,78 + 3.449.187,46 + 9.425.735,89 + 7.323.084,48 = 25.076.056,61$$

Por tanto, resulta:

$$\text{Valor negocio}_0 = 80.947.162,26 - 25.076.056,61 = 55.871.105,65$$

## APARTADO B)

Se parte de un préstamo francés, con anualidad y tipo de interés constante del que ya se han realizado los cuatro primeros pagos. La información que se dispone del préstamo de partida permite obtener el siguiente gráfico:



Se trata de calcular la anualidad  $y$ , a partir de esta, determinar el importe de la deuda pendiente en el momento de la cancelación.

La anualidad se calcula enfrentado el importe del préstamo al valor actual de los 6 pagos constantes futuros al interés de la operación (3,530625% anual):

$$10.000.000 = a \times a_{6-0,03530625}$$

$$10.000.000 = a \times \frac{1 - \times 1,03530625^{-6}}{0,03530625}$$

De donde:

$$a = 1.878.570,39$$

A su vez, el capital vivo en 4 ( $C_4$ ) es el valor actual de las dos anualidades pendientes.

Por tanto:

$$C_4 = 1.878.570,39 \times \frac{1 - \times 1,03530625^{-2}}{0,03530625} = 3.567.135,18$$

A continuación, para determinar el importe del nuevo préstamo, habrá que considerar la comisión de cancelación (1% sobre la deuda pendiente  $-C_4-$ ) y la comisión de apertura del 0,5% del importe del nuevo préstamo. Esta última, según se desprende del enunciado, se debe financiar y, por tanto, formará parte del importe del nuevo préstamo  $C'_0$ .

El importe del nuevo préstamo se obtiene a partir del siguiente planteamiento:

Importe préstamo = Comisión apertura + Deuda pendiente + Comisión cancelación

$$C'_0 = 0,5\% \times C'_0 + 3.567.135,18 + 1\% \times 3.567.135,18$$

De donde:

$$C'_0 = 3.620.911,08$$

La anualidad del nuevo préstamo se calcula enfrentado el importe del préstamo al valor actual de los 8 pagos constantes futuros al interés de la operación (3,2% anual):

$$3.620.911,08 = a \times a_{8-0,032}$$

$$3.620.911,08 = a \times \frac{1 - \times 1,032^{-8}}{0,032}$$

De donde:

$$a = 520.182,85$$