

- **Salarios de tramitación y rentas irregulares.** *Germán Orón Moratal y Pablo Chico de la Cámara*
- **La desnaturalización de la gestión tributaria.** *Elena Manzano Silva*
- **La ausencia de un concepto de dividendos en los convenios de doble imposición.** *José Manuel Castro Arango*
- **Carácter sancionador de las nuevas medidas de publicidad en el ámbito tributario.** *Sergio Luis Doncel Núñez*
- **La diligencia exigible para deducir el IVA soportado.** *Pilar Álvarez Barbeito*
- **Devolución del IVA en una operación simulada.** *Javier Bas Soria*
- **IRPF y traslado de trabajadores.** *Alfonso Sanz Clavijo*
- **Facturación electrónica.** *María del Carmen Cámara Barroso*
- **Viabilidad financiera de la banca sostenible+.** *Elisa Aracil Fernández, Francisco Forcadell Martínez y Joaquín López Pascual*
- **ICAC: La determinación del coste de producción (IV).** *Javier Romano Aparicio*
- **Caso práctico de Técnicos de Hacienda del Gobierno de Navarra (II).** *Fernando Vallejo Torrecilla*

# REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Febrero 2016 – Número 395

## 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.<sup>a</sup> José Leza Angulo (*Profesora del Área Tributaria del CEF*)

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

## CONSEJO ASESOR

Hilario Albarracín Santa Cruz (*Consejero Delegado de KPMG*)

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

Pilar Álvarez Barbeito (*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de A Coruña*)

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*)

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

Vicente Durán Rodríguez (*Socio de KPMG Abogados*)

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

Manuel Gago Areces (*Vicepresidente de la Confederación Española de Directivos y Ejecutivos*)

Susana Gago Rodríguez (*Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Carlos III*)

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*)

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

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

Eduardo Luque Delgado (*Presidente de AEDAF y Presidente de Luque Abogados*)

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

Gloria Marín Benítez (*Socia de Uria Menéndez Abogados. Área Tributaria*)

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

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

Ana María Martínez Pina (*Presidenta del ICAC*)

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

Carlos Palao Taboada (*Abogado Montero-Aramburu*)

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

Manuel Villasalero Díaz (*Profesor Titular de Organización de Empresas. Universidad de Castilla-La Mancha*)



[www.cef.es](http://www.cef.es)

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

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

**902 88 89 90**

REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y SUSCRIPCIONES:

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

SUSCRIPCIÓN ANUAL (2016)	SOLICITUD DE NÚMEROS SUELTOS (cada volumen)
146,16 € (IVA no incluido)	<ul style="list-style-type: none"><li>• Suscriptores: 17 € (IVA no incluido)</li><li>• No suscriptores: 20 € (IVA no incluido)</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 5 € + IVA por artículo, teniendo los suscriptores un descuento del 50%.

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



---

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

La suscripción a esta revista se complementa con la remisión a su dirección de correo electrónico de un BOLETÍN quincenal de novedades legislativas, selección de jurisprudencia y consultas de la DGT.

## SUMARIO

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

Página

#### TRIBUTACIÓN

##### ESTUDIOS


- 9/2016** Jubilaciones y ERE declarados judicialmente nulos y la problemática tributaria de la imputación temporal de los salarios de tramitación  
*Retirement and labour force adjustment plan (LEAP) declared null by courts and the temporal ascription of the processing wage in the income tax* ..... 5  
(Germán Orón Moratal y Pablo Chico de la Cámara)
- 10/2016** La desnaturalización de los procedimientos de gestión tributaria en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones  
*Denaturation of tax management procedures in Inheritance Tax* ..... 19  
**ACCÉSIT PREMIO «ESTUDIOS FINANCIEROS» 2015**  
(Elena Manzano Silva)
- 11/2016** La ausencia de un concepto de dividendos en los convenios de doble imposición  
*The absence of a dividend concept in double tax treaties* ..... 55  
(José Manuel Castro Arango)
- 12/2016** El listado de deudores a la Hacienda Pública y la publicidad de sentencias condenatorias por delito fiscal: ¿tienen carácter sancionador?  
*The list of debtors to the Public Finances and the publicity of sentences for tax crimes: punitive nature have?* ..... 97  
(Sergio Luis Doncel Núñez)

##### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

- 13/2016** El derecho a deducir el IVA soportado cuando el proveedor incumple sus obligaciones fiscales (Análisis de la STJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-277/14) ..... 111  
(Pilar Álvarez Barbeito)
- 14/2016** La devolución del IVA a un no establecido en un supuesto de simulación relativa (Análisis de la STS de 25 de octubre de 2015, rec. núm. 3857/2013) ..... 116  
(Javier Bas Soria)


<b>15/2016</b> Tributación en el IRPF de las cantidades percibidas por los trabajadores con motivo de su traslado (Análisis de la RTEAC de 10 de septiembre de 2015, R. G. 4185/2014) .....	124
(Alfonso Sanz Clavijo)	

## CUESTIONES A DEBATE

<b>16/2016</b> Facturación electrónica	
 <i>E-Invoicing</i> .....	131
(María del Carmen Cámara Barroso)	


## CONTABILIDAD

### ESTUDIOS

<b>17/2016</b> ¿La sostenibilidad genera valor? Un análisis de los bancos europeos cotizados en el Dow Jones Sustainability Index en el periodo 2003-2013	
<i>Sustainability and value creation: An analysis of european banks listed in DJSI over the period 2003-2013</i> .....	135
(Elisa Aracil Fernández, Francisco Forcadell Martínez y Joaquín López Pascual)	
<b>18/2015</b> Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción (IV)	
 <i>Resolution of Institute of Accounting and Audit by establishing criteria for determining the cost of production (IV)</i> .....	157
(Javier Romano Aparicio)	

### CASO PRÁCTICO

<b>19/2016</b> Primer ejercicio resuelto en la Oposición para Técnicos de Hacienda del Gobierno de Navarra (II) .....	159
(Fernando Vallejo Torrecilla)	

 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.*

## JUBILACIONES Y ERE DECLARADOS JUDICIALMENTE NULOS Y LA PROBLEMÁTICA TRIBUTARIA DE LA IMPUTACIÓN TEMPORAL DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

**Germán Orón Moratal**

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

**Pablo Chico de la Cámara**

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

---

### EXTRACTO

Existen varias opciones para mejorar la redacción vigente del artículo 14 de la LIRPF acerca de la imputación temporal de la renta generada cuando existe un problema jurídico que requiere una respuesta judicial. Es injusto que la tributación sea diferente dependiendo de si el conflicto jurídico se resuelve o no por los tribunales. La solución pasa por una determinada interpretación de la norma tributaria o por una modificación legislativa.

**Palabras claves:** rendimientos del trabajo, prestación por desempleo, jubilación, nulidad, salarios de tramitación, imputación temporal e IRPF.

---

*Fecha de entrada: 10-11-2015 / Fecha de aceptación: 30-11-2015 / Fecha de revisión: 30-12-2015*

## RETIREMENT AND LABOUR FORCE ADJUSTMENT PLAN (LFAP) DECLARED NULL BY COURTS AND THE TEMPORAL ASCRIPTION OF THE PROCESSING WAGE IN THE INCOME TAX

Germán Orón Moratal

Pablo Chico de la Cámara

---

### ABSTRACT

There are several options to improve the current situation about the temporal ascription of the income when it comes to a legal problem that would require a judicial response. It is unfair that the taxation should be different depending on whether the conflict has to be resolved or not by the courts. The solution lies either on a particular interpretation of the tax rule or on a legislative amendment.

**Keywords:** laboral income, unemployment benefit, retirement, nullity, processing wage, temporal ascription and Income Tax.

---

---

## Sumario

- I. Estado de la cuestión
- II. Naturaleza tributaria y efectos de la imputación temporal de los ingresos derivados de los salarios de tramitación al momento de ser firme la resolución judicial
- III. Criterio interpretativo de imputación de la renta que trae origen en la percepción de los derechos económicos derivados de salarios de tramitación
- IV. Hipótesis fáctica que justificaría una modificación de la normativa actual
- V. Conclusiones y propuestas *de lege ferenda*

## I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Como es sabido, la regulación vigente de la imputación temporal de rentas del trabajo cuando sean exigibles tiene una regla especial para los casos en que por circunstancias justificadas no imputables al contribuyente, los rendimientos del trabajo se perciban en periodos impositivos distintos a aquellos en que fueron exigibles, pues siguen siendo atribuibles al que fueron exigibles, pero se imputarán a ellos cuando se perciban, con una declaración-liquidación complementaria, sin intereses, recargos, ni sanciones. No obstante, si la demora en el cobro se debe a la existencia de un conflicto judicializado, la actual normativa prescribe que esas rentas del trabajo han de imputarse al periodo impositivo en que adquiera firmeza la resolución judicial, al amparo del artículo 14.2 b) *in fine* de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), y no al que fueron exigibles, lo que resulta una diferencia de trato carente en nuestra opinión de lógica jurídica.

Se discrimina, en definitiva, el periodo al que debe imputarse en función de que se haya acudido o no a los tribunales, y ello sin perjuicio de que las circunstancias del retraso sean en puridad imputables al trabajador, al limitarse a obtener en sede judicial la tutela de sus derechos. Pues bien, este régimen puede presentar algunos problemas y disfunciones técnicas, y en determinadas ocasiones podría vulnerar el principio de capacidad económica en casos concretos, especialmente cuando la resolución judicial adquiera firmeza después de finalizado uno o dos periodos impositivos, pero antes de que hayan transcurrido dos años desde que fueron exigibles, en cuanto que la renta obtenida como consecuencia de la resolución judicial se imputará a un mismo periodo impositivo, cuando puede pertenecer en realidad, en la parte correspondiente, a más de dos periodos impositivos.

Así las cosas, la situación de aquel contribuyente que decide acudir a los tribunales para resolver un conflicto retributivo laboral con trascendencia en el IRPF, frente al que no acude, obteniendo sin embargo el mismo importe por satisfacción extraprocésal, al amparo de la normativa vigente produce hoy en día efectos tributarios diferentes, cuando en puridad desde el punto de vista de la capacidad económica por la renta obtenida debería resultar en ambos casos coincidente. Y todo ello, al margen de los problemas en que se encuentran muchos trabajadores que disponen de una sentencia firme y la empresa no la cumple, entre otros, que dejan de percibir la prestación por desempleo a pesar de no ser aún readmitidos.

Nótese que esta cuestión resulta de gran actualidad jurídica, pues en los últimos años han sido numerosos los supuestos de jubilaciones que se han declarado contrarias a derecho teniendo las empresas que readmitir al jubilado que durante el tiempo de conflictividad había percibido la pensión (el caso más reciente es el de la STS del 22 de octubre de 2015 (NFJ052999), que confirma la nulidad de una Orden de la Generalitat Valenciana que obligó al personal sanitario a jubilarse a los 65 años), así como los casos de expedientes de regulación de empleo (ERE), que han sido anulados, debiendo abonarse salarios de tramitación a trabajadores que hasta alcanzar firmeza la resolución judicial habían venido percibiendo, todo o parte del tiempo, prestaciones por desempleo.

Incluso, un caso que ha alcanzado una importante repercusión mediática por los efectos laborales, pero que es perfectamente comparable a muchísimos otros de empresas no tan notorias, ha sido el de la compañía Coca-Cola, que inició el 2 de enero de 2014 el trámite para un proceso de despido colectivo, anulándose por la Audiencia Nacional en junio de 2014 (NSJ050185), y confirmado por el Tribunal Supremo en abril de 2015 (NSJ051634), lo que llevó tanto a ordenar la readmisión de los trabajadores, y por el que mediante Auto de 30 de septiembre de 2015 (NSJ052979) la Audiencia Nacional tuvo que volverse a pronunciar sobre la adecuación de unas readmisiones, y ordenando otras, como a abonar a todos los empleados afectados que enumera por el conflicto laboral los salarios de tramitación, además de tener que adicionarse el interés anual del interés legal del dinero de más dos puntos desde la fecha del despido hasta la fecha de la presente resolución, que como venimos señalando fue de 30 de septiembre de 2015.

La trascendencia de la problemática fiscal puede fácilmente acreditarse a través de las numerosas consultas que han sido planteadas por trabajadores con ocasión del reconocimiento de derechos laborales, y la consiguiente percepción de los salarios de tramitación devengados, sin que tengamos noticia de más sentencias de las que se citan más adelante en las que se haya suscitado el problema de la imputación temporal distintos de los que se discute la procedencia de la aplicación de la reducción del 40%, actualmente del 30% en los casos de rendimientos irregulares generados en más de dos años, pues no es equiparable el caso de la Sentencia 1060/2013, de 29 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid (NFJ061303), que se refiere al cambio de naturaleza de rentas al resolverse en el orden social que se estaba ante una relación laboral, dejando sin efecto la mercantil. Asimismo, también ha suscitado problemas ante los tribunales la práctica de las retenciones y en su caso la procedencia o no de la elevación al íntegro, cuestión que excede del ámbito de este trabajo.

Así, sin ánimo de exhaustividad pueden citarse las siguientes contestaciones de la Dirección General de Tributos (DGT) que confirman el carácter recurrente de dicha problemática y la relevancia respecto de la solución a adoptar en todos estos casos. Así las cosas, Resoluciones de la DGT de 4 de junio de 2012 [V1215/2012 (NFC044761) y V1218/2012 (NFC044767)]; de 10 de diciembre de 2012 [V2334/2012 (NFC045949) y V2335/2012 (NFC045950)]; de 17 de enero de 2013 [V0108/2013 (NFC046345)]; de 16 de abril [V1282/2013 (NFC047560)] y de 25 de abril de 2013 [V1427/2013 (NFC047658)]; de 18 de junio de 2013 [V2037/2013 (NFC048302)]; de 24 de febrero de 2014 [V0390/2014 (NFC036490)]; de 26 de marzo de 2014 [V0827/2014 (NFC050609)]; de 10 de julio de 2014 [V1841/2014 (NFC051972)]; de 7 de agosto de 2014 [V2208/2014 (NFC052094)]; de 23 [V2481/2014 (NFC052555)] y de 24 de septiembre de 2014 [V2501/2014 (NFC052474)]; de 1 [V3224/2014 (NFC053391)] y 23 de diciembre de 2014 [V3364/2014 (NFC053358)]; y de 9 de junio de 2015 [V1807/2015 (NFC055411)].

Al hilo de esta cuestión, consideramos que sigue viva también cierta problemática respecto de la imputación temporal con ocasión de la percepción de indemnizaciones que traen origen en incumplimientos de contratos civiles (STS de 6 de octubre de 2001), así como de reclamaciones sobre el importe del justiprecio y de los intereses derivados del retraso en el cobro de expropiaciones [vid., entre otras, las SSTS de 30 de octubre de 2003 (NFJ015682), de 9 de febrero de 2012, de 29 de abril de 2013 (NFJ052035) y de 10 de marzo de 2014 (NFJ053906)]; así como las

SSTSJ de Madrid de 7 de febrero (NFJ057428), 23 de mayo (NFJ056692) y 25 de julio de 2013; del Principado de Asturias de 20 de octubre de 2014 (NFJ057593); de Cataluña de 6 de octubre de 2005 (NFJ022465); de la Comunidad Valenciana de 25 de septiembre de 2012 y de 17 de junio (NFJ052043) y 2 de julio de 2013; y de Andalucía de 11 y 18 de julio de 2011 (NFJ045110) y de 23 de julio de 2012 (NFJ049066)]; supuestos estos cuyos ingresos ya no tendrían la calificación de rendimientos del trabajo, sino propiamente de ganancias patrimoniales. En estos casos, el reconocimiento judicial del derecho traerá consigo que, de acuerdo con la normativa vigente, la ganancia de patrimonio producida haya de imputarse de acuerdo con el artículo 14.2 a) de la LIRPF al periodo impositivo en que adquiera firmeza la sentencia judicial.

Por otro lado, y en relación con algunos de los supuestos mencionados, o referidos en algunas de las consultas citadas, resulta evidente que existe cierta conflictividad y que entre otras opciones *infra* apuntadas, podría también resolverse por vía interpretativa, y que gravita sobre el importe que se debe computar como renta sujeta en el ejercicio en que adquiere firmeza la sentencia, esto es, si lo debe ser por el total del importe percibido con ocasión de la resolución judicial, o únicamente por la diferencia de lo que ya se haya ingresado hasta el momento en que se dicta el fallo.

## II. NATURALEZA TRIBUTARIA Y EFECTOS DE LA IMPUTACIÓN TEMPORAL DE LOS INGRESOS DERIVADOS DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN AL MOMENTO DE SER FIRME LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

El artículo 17.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), define los rendimientos íntegros del trabajo como «todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas».

Así las cosas, las cantidades cobradas por los trabajadores en concepto de salarios de tramitación tienen la calificación tributaria de rendimientos del trabajo sujetos al IRPF.

En cuanto a su imputación temporal, el artículo 14.1 a) de la LIRPF establece, como regla general, que los rendimientos del trabajo se imputan al periodo impositivo en que son *exigibles* por su perceptor.

Junto a esta regla general, las letras a) y b) del apartado 2 del citado artículo establecen una serie de reglas especiales que tienen incidencia en el caso que nos ocupa:

«a) Cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta, por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o

su cuantía, los *importes no satisfechos* se imputarán al periodo impositivo en que *aquella adquiera firmeza*.

b) Cuando por circunstancias justificadas no imputables al contribuyente, los rendimientos derivados del trabajo se perciban en periodos impositivos distintos a aquellos en que fueron *exigibles*, se imputarán a estos, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno. Cuando concurren las circunstancias previstas en el párrafo a) anterior, los rendimientos se considerarán exigibles en el periodo impositivo en que la *resolución judicial adquiera firmeza*.

La autoliquidación se presentará en el plazo que media entre la fecha en que se perciban y el final del inmediato siguiente plazo de declaraciones por el impuesto».

Como antecedente legislativo cabe apuntar que el ya derogado artículo 14.2 de la Ley 40/1998, del IRPF, recogía en idénticos términos dicha regla especial de imputación temporal.

Pues bien, la doctrina administrativa citada anteriormente, así como diversa jurisprudencia [*vid.*, entre otras, SSTSJ de Madrid de 18 de septiembre de 2008 (NFJ061304) y de 7 de febrero de 2013 (NFJ057433) y de la Comunidad Valenciana de 19 de junio de 2012 (NFJ061306)], dictadas hasta la fecha, han venido entendiendo, al amparo de lo que dispone el citado artículo 14.2 en su letra b), que en los supuestos de reconocimiento de derechos económicos laborales ante los tribunales, y pese a que la cuestión litigiosa dirimida tuviera origen en el pago de un «atraso», deberá aplicarse lo dispuesto en su último inciso a los efectos de imputar las rentas percibidas «en el periodo impositivo en que la resolución judicial adquiera firmeza».

Esta disposición, no debe perderse de vista, lleva a imputar temporalmente los ingresos laborales que han podido ser devengados durante varios años a un único periodo impositivo, produciéndose de forma artificial un exceso de progresividad que incluso no podrá ser corregida bajo su calificación como rendimiento irregular o plurianual (a los efectos de la aplicación de la reducción del 30%) si no han transcurrido más de dos años de generación de la renta. Así, se ha señalado por la DGT en contestaciones de 4 de junio de 2012 [V1215/2012 (NFC044761) y V1218/2012 (NFC044767)], de 18 de junio de 2013 [V2037/2013 (NFC048302)], de 9 de junio de 2015 [V1807/2015 (NFC055411)] y de 23 de septiembre de 2014 [V2481/2014 (NFC052555)].

Esta última, por ejemplo, es de especial interés, en cuanto afecta a un caso de jubilación posteriormente declarada improcedente, y en la que no se reconoce por la Administración la aplicación de la reducción, por aquel entonces del 40% –hoy del 30%–, por no superar el plazo necesario de dos años y un día para su consideración como renta irregular, a pesar de afectar a rentas de los años 2012, cuando se produjo la jubilación, 2013, y 2014 en que se anuló la misma, frente a la contestación de 1 de junio de 2014 [V3224/2014 (NFC053391)], que por fortuna sí se consideró aplicable dicho régimen por tener origen dichos salarios en un plazo de generación de cuatro años.

Asimismo, debe señalarse que conforme al tenor literal de la ley son «los importes no satisfechos (los que) se imputarán al periodo impositivo en que aquella (la sentencia) adquiera firmeza».

### III. CRITERIO INTERPRETATIVO DE IMPUTACIÓN DE LA RENTA QUE TRAE ORIGEN EN LA PERCEPCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS DERIVADOS DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN

En el ámbito laboral, la regularización de dicha situación no plantea especial problemática en cuanto que el artículo 268.5 b) del reciente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (con anterioridad al 1 de enero de 2016, dicho aspecto se regulaba por el art. 209.5 del TRLGSS, aprobado por el RDLeg. 1/1994, de 20 de junio), dispone que en caso de readmisión del trabajador despedido las cantidades percibidas por la prestación de desempleo resultan incompatibles con la percepción de salarios de tramitación y se consideran indebidas por causa no imputable al trabajador. En ese caso, el empresario deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios de tramitación, con el límite de la suma de tales salarios. Si la cuantía de la prestación superara la de los salarios, se reclamará la diferencia al trabajador.

Esta forma de proceder ha sido secundada por algunas comunidades autónomas al haberse dictado sentencias que dejaban sin efecto jubilaciones y ordenaban el reintegro en el puesto de trabajo, casos en los que alguna comunidad ha satisfecho a la Seguridad Social el importe de las pensiones satisfechas por el periodo correspondiente, y al trabajador readmitido le ha satisfecho la diferencia. En otros casos, al trabajador se le ha satisfecho la totalidad, debiendo ser él quien reintegra directamente la pensión percibida.

Asimismo, la devolución de la cantidad percibida en concepto de prestación por desempleo o de jubilación, con el criterio que viene postulando la DGT podrá tener incidencia tributaria en la declaración correspondiente al ejercicio en la que se declaró como ingreso, pues de acuerdo con el artículo 120.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, el trabajador que presentó la autoliquidación del IRPF incluyendo en su momento las cantidades derivadas de la prestación por desempleo, ahora con motivo de la devolución a la Tesorería de la Seguridad Social de dichos importes podrá en su caso instar la rectificación de dicha autoliquidación conforme al procedimiento regulado en los artículos 126-129 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, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

En estos casos, la DGT no ha optado por aplicar el criterio de otros supuestos calificados por ella misma como «gastos por cuenta de terceros», que sí son deducibles para el pagador y no son renta para el tercero que los provoca, a diferencia de si se le satisface una cantidad a tanto alzado para que él decida cómo cubrir esos gastos; ni entiende que se trata de movimientos de tesorería (en sede del trabajador), y considera que toda la cantidad satisfecha como consecuencia de la sentencia es renta del ejercicio en que es firme la misma, proyectando efectos sobre ejercicios anteriores, al poder instar la rectificación de sus autoliquidaciones.

Este criterio postulado por la DGT, sin embargo, no es coincidente con las conclusiones que se extraen de cierta posición jurisprudencial, como es el caso de la STS de 14 de abril de 2000, recurso de casación número 5161/1995 (NFJ061301), cuyo ponente fue Alfonso Gota Losada, al declarar que:

«En los impuestos cuyo hecho imponible, como dice el artículo 25.2 de la Ley General Tributaria, vigente en los años a que se refieren los presentes autos, consista en un acto o negocio jurídico, si se ha acordado bajo condición resolutoria es incuestionable que el cumplimiento de la misma, llevará consigo su resolución, que por su propia naturaleza se retrotraerá al momento de su celebración y llevará consigo la devolución del impuesto correspondiente, salvo que hubiera existido efecto lucrativo, pero estas normas no son aplicables del mismo modo en los impuestos cuyo hecho imponible se delimita atendiendo a conceptos económicos, como ocurre con el Impuesto sobre Sociedades, porque para este el acto o contrato inicial es una operación económica que ha generado un resultado, supongamos que positivo, que se contabiliza como beneficio, y tributa por impuesto sobre sociedades, pero si años después, se resuelve el contrato por cumplimiento de una condición resolutoria o por anulación, rescisión o resolución judicial o administrativa, este acto resolutorio es una operación económica distinta, que se contabiliza en el ejercicio en que se ha producido, y que probablemente habrá generado una pérdida, de ahí que en el Impuesto sobre Sociedades no haya que retrotraer los efectos de la anulación, resolución, etc., de los actos o contratos al momento en que se pactaron, sino que se reflejan, como una operación distinta, en el ejercicio, insistimos, en que se producen.

No es aplicable, por tanto, sin más, la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, propia de las condiciones resolutorias de los actos y contratos, a las reducciones, deducciones y demás beneficios fiscales del Impuesto sobre Sociedades, de modo que la imputación temporal de los efectos del incumplimiento posterior de los requisitos para disfrute de los mismos, deberá hacerse de acuerdo con sus normas específicas, si existieren, como es el caso de la anterior Previsión para Inversiones».

En efecto, con este criterio sería posible la compensación de importes percibidos hasta la fecha de la resolución judicial firme con los que han de satisfacerse conforme a la sentencia judicial, considerándose únicamente como renta del ejercicio los importes que no habían sido satisfechos, es decir, la diferencia entre los hasta entonces percibidos y la suma total, no debiendo rectificar ninguna declaración-liquidación anterior.

Acorde con el criterio de la sentencia parcialmente transcrita es el criterio que la misma DGT ha expresado en relación con las devoluciones del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH) –que fue declarado contrario al Derecho comunitario–, en la Consulta V2436/2014, de 16 de septiembre (NFC052150), en la que considera que la devolución del IVMDH, contabilizado en su día como gasto, debe imputarse como ingreso en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio en que se reconoce el derecho a su devolución, sin tener que presentar declaración complementaria alguna que rectifique las autoliquidaciones de los años anteriores afectados.

En el Auto de la Audiencia Nacional citado de 30 de septiembre pasado (NSJ052979) en el conflicto del ERE de Coca-Cola (contra el que había recurso de reposición y fue interpuesto por los sindicatos, desconociendo por tanto en qué momento puede alcanzar firmeza), se fijan canti-

dades en concepto de salarios de tramitación que en algunos casos exceden de los 100.000 euros, aunque la propia resolución señala que sin perjuicio de que se deduzcan las cantidades que hayan percibido y que sean incompatibles con los salarios de tramitación. En la hipótesis de que la firmeza se produzca en 2015, cuando se satisfagan, con el criterio postulado por la DGT, deberán imputarse a dicho periodo impositivo, y, por su total importe, situándose en el tipo máximo de progresividad, correspondiendo sin embargo a salarios pertenecientes a 2014 y 2015, y debiendo presentar una rectificación de la autoliquidación de 2014, que tuvo un tipo normalmente más reducido, al quedar sin efecto las prestaciones por desempleo percibidas.

En casos como los enumerados más arriba, como el que se refiere en la Consulta V2481/2014, de 23 de septiembre (NFC052555), semejante a los planteados en las Consultas V1841/2014 (NFC051972) y V3364/2014 (NFC053358), sería posible realizar una interpretación de la norma no solo menos onerosa para los contribuyentes, sino más adecuada a la contribución conforme al principio de capacidad económica proclamada en nuestra Constitución. La progresividad del impuesto debe surtir sus efectos sobre una riqueza real, no meramente formal. En estos casos no se trata de la percepción de unos atrasos más o menos elevados, sino de la percepción como consecuencia de una resolución judicial firme, de unas sumas de dinero, como rendimiento del trabajo, por un concepto distinto a las que ya se habían percibido y gravado, y que estas últimas como consecuencia de la sentencia y del nuevo cobro deben devolverse.

El IRPF grava la renta de las personas físicas, y su objeto es la renta del contribuyente, concepto económico y jurídicamente delimitado en la ley. La regla del artículo 14.2 a) de la LIRPF es aplicable cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta, pendiente de resolución judicial, siendo los importes no satisfechos imputados al periodo en que adquiera firmeza la sentencia. Esta regla es aplicable para cualquier tipo de renta, incluidos los rendimientos del trabajo, como aclara el mismo precepto en su número 2 b), si bien si se trata de estos se imputarán al periodo en que se produzca la firmeza, pero no habrán de declararse hasta que se satisfagan.

La sentencia que anula una jubilación o despido, y que comporta el abono de los salarios de tramitación, así como conlleva la devolución de cantidades percibidas como consecuencia de la situación después declarada no conforme a derecho, no puede tener como efecto la negación de la realidad, incluso fiscal y la capacidad económica puesta de manifiesto en los años en que se percibieron las cantidades que han de devolverse. En esos años hubo renta, se disfrutó y se tributó por ella.

Desde el punto de vista de la renta del contribuyente, el cobro de las cantidades en el año de firmeza de la sentencia materialmente supone el cobro de la diferencia respecto de lo que había cobrado y que debe devolver. Supone percibir una parte de renta que no se había obtenido, esto es, «importes no satisfechos». En los años anteriores la capacidad económica existente ya se gravó, y como efecto de la sentencia percibe una parte de renta que no percibió en los años anteriores, pues la otra parte ya la percibió, aunque de otro pagador a quien debe reintegrarle él (o la propia empresa) los pagos que eran debidos y que como consecuencia de la improcedencia de la jubilación o despido pierde el derecho a obtenerlos por ese concepto, pero su importe se sustituye por el nuevo pago, que solo en el importe que exceda de lo ya cobrado y tributado en los años anteriores, es la capacidad económica que ahora aflora.

El pago de la cantidad de los salarios de tramitación constituye un flujo monetario, y no todo su importe representa renta disponible. No lo es en la parte concurrente con la percibida en años anteriores, que fue renta, que sirvió para subsistir y en su caso incrementar la riqueza del perceptor y por la que se tributó, y que debe devolverse precisamente en el importe cobrado y que es compensado con la parte concurrente de los salarios de tramitación, que solo en el exceso sobre lo cobrado con anterioridad puede ser manifestación de capacidad económica susceptible de gravamen en el ejercicio en que la sentencia sea firme.

Si la calificación formal de las rentas no incidiera en la cuantificación del gravamen, o los límites a la compensación e integración de rentas en la base imponible fuese sintética, podría compensarse en su totalidad la devolución que efectivamente se produce en el año de la firmeza de la sentencia, con el importe percibido, pues la salida de fondos que supone la devolución se produce en el mismo año y no es voluntaria, y también puede considerarse una pérdida patrimonial (si la renta se enmarcara entre las rentas de actividad económica no habría problema alguno, ni material, ni formal, para compensar el ingreso con la salida que supone la devolución, pues se reflejaría el ingreso total y se deduciría como gasto la cantidad devuelta).

En definitiva, además de la «opción», entre poder practicar una rectificación de las autoliquidaciones de años anteriores, o la de computar como pérdida patrimonial la necesaria devolución, sin perjuicio de los importantes límites aplicables en la legislación vigente en esos casos, la ley también puede interpretarse en el sentido de que la devolución obligada de las cantidades no puede alterar la realidad económica, la capacidad económica, la renta, de los años anteriores. Que es una operación distinta, que se produce en el año de la firmeza de la sentencia, la misma que comporta un nuevo ingreso, relevante fiscalmente solo por la diferencia o el exceso, que es la verdadera capacidad económica que se pone de relieve como consecuencia de la ejecución de la misma. Esto es, de conformidad con el artículo 14.2 a) de la LIRPF, se debería gravar la parte de una renta que no se había percibido, no la totalidad de la que ahora se percibe, pues parte de ella ya fue objeto de gravamen cuando se obtuvo y surtió sus efectos reales en cuanto a poder atender a las necesidades del contribuyente.

Este entendemos que también podría ser el criterio aplicable en los casos en que el rendimiento se haya generado en más de dos años y se pueda calificar como irregular. El rendimiento irregular puede ser todo, si el contribuyente opta por rectificar las rentas de años anteriores no prescritas, y aplica la reducción del 30% sobre el total importe que derive de la resolución judicial. Pero también sería posible no rectificar las autoliquidaciones de años anteriores y solo considerar irregular el importe de la diferencia entre lo derivado de la sentencia y las cantidades percibidas en años anteriores y que deben devolverse, aplicando por tanto la reducción del 30% únicamente sobre esa diferencia. La decisión la debiera poder tomar el contribuyente en función de su situación global de rentas de los distintos ejercicios afectados en su caso.

No obstante, en el caso enjuiciado por el TSJ de Navarra en Sentencia 43/2002, de 21 de enero (NFJ061302), relativa a unos salarios de tramitación, la Administración tributaria aplicó a cada anualidad el importe correspondiente a cada una de ellas, si bien lo que se ventilaba era la posible exención o no de los citados salarios, como en la Sentencia de 8 de junio de 2001 del TSJ de Andalucía, dictada en el recurso número 2472/1997 (NFJ011587).

La evidencia de que el IRPF no debe gravar flujos dinerarios que no suponen renta se encuentra también en que la parte percibida en el mismo periodo impositivo en concepto de prestación por desempleo o pensión se vuelve irrelevante al gravarse las cantidades correspondientes a los salarios del mismo periodo. La pensión o prestación por desempleo del mismo ejercicio se ha cobrado, pero al devolverse no ha de tributar. ¿Las cantidades que sí tributaron, por qué han de dejar de tributar en el año en que se obtuvieron para hacerlo de nuevo y con un tipo más elevado si en el importe concurrente correspondiente a periodos devengados ya tributaron atendiendo a los niveles de renta real?

#### IV. HIPÓTESIS FÁCTICA QUE JUSTIFICARÍA UNA MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA ACTUAL

Como se ha advertido *supra*, pueden producirse situaciones de tensión con los principios constitucionales tributarios del artículo 31 de la Constitución española (CE) en aquellos supuestos que tras el reconocimiento de un derecho económico conforme a lo dispuesto en el artículo 14.2 b) *in fine* de la LIRPF, las cantidades adeudadas se imputan en su totalidad al periodo impositivo en que la resolución judicial es firme, singularmente cuando parte de ellas ya hayan sido gravadas en otros ejercicios. Nótese que cuando la renta imputada a un único ejercicio no se haya generado en un plazo superior a dos años no resultará aplicable la reducción del 30% (como renta irregular *ex art. 26.2* de la LIRPF) produciéndose un incremento de la progresividad que dará lugar a un sobregravamen, lo que resulta criticable con base en los siguientes argumentos:

- Se va a imputar temporalmente la renta a un momento totalmente distinto al que se generaron los ingresos, con lo que se establece una ficción que carece de una lógica jurídica.
- En los supuestos de conflictos laborales (tal como sucede con el pago de «atrasos») se establece una regla de imputación distinta dependiendo de que la cuestión se judicialice o no, perjudicando dicha medida al trabajador que precisamente ve estimadas sus pretensiones frente al empleador en instancias judiciales.
- En muchos casos, este exceso de progresividad, que se produce con ocasión de imputar artificialmente todas las rentas al momento en que la «resolución judicial es firme», lleva a resultar mucho más oneroso que el derivado de la propia situación denunciada, o al que se derivaría si se hubiera llegado a un acuerdo a través de un acto de «conciliación», produciéndose un agravio comparativo incompatible con el principio de igualdad con estas otras situaciones en las que no existe resolución judicial firme para el reconocimiento de un derecho económico.
- Asimismo, se lesiona el principio de capacidad económica en términos de igualdad impositiva, en cuanto que aquellas situaciones que dan lugar a un reconocimiento judicial de un derecho laboral por una causa ajena al trabajador, se encuentran sometidas a una presión fiscal superior al resto de situaciones en las que no existe intervención judicial para el reconocimiento de ese derecho económico.

## V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Al margen del posible cambio interpretativo apuntado en el epígrafe anterior, y que encuentra un apoyo jurisprudencial, de mantenerse los postulados hasta ahora expresados en consultas tributarias, sería deseable llevar a cabo alguna modificación normativa en alguno de estos dos sentidos:

- 1.<sup>a</sup> La conveniencia o no de limitar la regla de imputación al periodo en que la resolución judicial sea firme únicamente a los supuestos en los que exista incertidumbre respecto de la cuantía (indemnizaciones de cualquier naturaleza –civil, laboral, administrativa–), pero no de aquellos otros supuestos referidos al reconocimiento de «derechos» y en los que no existe inconcreción respecto de la cuantía a percibir si se reconocen. En estos últimos casos no existe incerteza respecto del montante, con lo que carece de sentido que por haberse tenido que reconocer por vía judicial dicho derecho haya de imputarse la renta conforme a un criterio distinto (momento en que es firme la resolución judicial) frente al del devengo-exigibilidad que sería el que le hubiera correspondido originariamente si no hubiera tenido que acudir forzosamente a los tribunales para el reconocimiento de su derecho. No debe perderse de vista que el tratamiento tributario diferente que dispensa la norma dependiendo de que se acuda o no a los tribunales para el reconocimiento de este derecho puede ser utilizado de forma torticera por algún empleador para que acepte el trabajador el acuerdo propuesto por el empresario en el acta de conciliación a riesgo que de no aceptarse, y tenga finalmente que acudir a los tribunales para su reconocimiento, el trabajador se vería abocado a imputar todas las rentas acumuladas en la mayoría de las ocasiones a un único periodo impositivo con un exceso artificial de la progresividad.

En conclusión, sería deseable restringir la regla especial de la letra a) del artículo 14.2 de la LIRPF que imputa la renta percibida al periodo impositivo en que se dicte resolución judicial únicamente en aquellos supuestos en los que exista un reconocimiento respecto de una «cuantía» indeterminada, no en la de simples reconocimientos de «derechos», pues en estos últimos casos de acciones meramente declarativas, no existe incerteza respecto del montante, con lo que carece de sentido que por haberse tenido que reconocer por vía judicial dicho derecho haya de imputarse la renta conforme a un criterio distinto (momento en que se dicta la resolución judicial) frente al del devengo-exigibilidad que era el que le hubiera correspondido originariamente.

En esa línea, propondríamos la siguiente redacción normativa para corregir dicha disfunción técnica:

«a) Cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta, por encontrarse pendiente de resolución judicial respecto de la *determinación de su cuantía*, los importes no satisfechos se imputarán al periodo impositivo en que aquella adquiera firmeza. El *resto de supuestos de reconocimiento de derechos por vía judicial se imputarán al periodo impositivo en que fueran exigibles dichas rentas.*

b) Cuando por circunstancias justificadas no imputables al contribuyente, los rendimientos derivados del trabajo se perciban en periodos impositivos distintos a aquellos en que fueron exigibles, se imputarán a estos, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora, ni recargo alguno.

La autoliquidación se presentará en el plazo que media entre la fecha en que se perciban y el final del inmediato siguiente plazo de declaraciones por el impuesto».

- 2.<sup>a</sup> Inclusión de un nuevo supuesto de rendimiento del trabajo «obtenido de forma notoriamente irregular en el tiempo» a los rendimientos obtenidos como consecuencia de una sentencia judicial firme con un periodo de generación superior al año. No sería conveniente generalizarlo a todos los casos, pues si el periodo de generación fuera inferior al año se verían discriminados favorablemente respecto de aquellos otros trabajadores que hubieran llegado a un acuerdo extrajudicial.

Actualmente los casos de reconocimiento de derechos respecto de rentas pendientes de su percepción solo dan lugar a la reducción del 30% por obtención de rentas plurianuales cuando dichos ingresos devengados tienen un plazo de generación de más de dos años, con lo que la aplicación de la regla especial de imputación temporal produce agravios comparativos entre aquellos casos cuya renta se genera en más de dos años frente a los de plazo de generación inferior que no tienen la consideración de renta irregular y que, por tanto, resultan discriminados.

Pues bien, con el fin de suavizar este exceso de progresividad sobre este tipo de rentas que no alcanzan el plazo de generación de dos años y un día, se les podría calificar reglamentariamente como «rentas obtenidas de forma notoriamente irregulares en el tiempo» al objeto de que fueran merecedores también de la reducción del 30%.

En esa línea, propondríamos, o bien la inclusión de una disposición adicional trigésimo novena (si solo se pretendiera aplicar para algunos supuestos en particular), o bien si se pretendiera dar un alcance general, la introducción de un nuevo apartado h) al artículo 11 del Reglamento del IRPF con la siguiente redacción:

«[...] e) Imputaciones temporales de rentas derivadas de reconocimiento de derechos laborales por resoluciones judiciales firmes con un plazo de generación superior a un año».

Nótese que se condicionaría la aplicación de este supuesto al plazo de más de un año para ser merecedor de dicha reducción con el fin de no favorecer en exceso estos supuestos frente al resto de supuestos no litigiosos o de aquellos que se hayan resuelto a través de acuerdos extrajudiciales.

En conclusión, entendemos que existen tres opciones (dos que pasarían por una modificación legislativa bien de la ley, o bien del reglamento, junto con una tercera que versaría en realizar una interpretación distinta a la que se mantiene por la Administración actualmente), y que entendemos mejoraría cualquiera de ellas la situación actual, que resulta en la actualidad injusta al generar tensión con el principio constitucional de capacidad económica.

## LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

**Elena Manzano Silva**

*Doctora en Derecho  
Profesora de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Extremadura*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2015** en la modalidad de **Tributación**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Diego MARTÍN-ABRIL CALVO, doña Pilar ÁLVAREZ BARBEITO, don Vicente DURÁN RODRÍGUEZ, don Pedro Manuel HERRERA MOLINA y doña Gloria MARÍN BENÍTEZ.

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

---

### EXTRACTO

En el ejercicio de las competencias normativas conferidas para regular los aspectos de gestión del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, algunas comunidades autónomas han creado sus propios procedimientos de gestión tributaria, fijando un plazo de resolución que puede verse ampliado cuando concurren determinadas circunstancias. En otros supuestos, se ha optado directamente por regular el procedimiento de gestión tributaria iniciado mediante declaración, concretando un plazo de resolución más amplio que el previsto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que también puede ser objeto de ampliación en ciertos casos.

Con las ampliaciones de los plazos para resolver previstas, en las que se reproduce parcialmente el antiguo artículo 150.1 de la Ley General Tributaria relativo al plazo de las actuaciones inspectoras, la normativa autonómica desnaturaliza la propia gestión tributaria, configurando procedimientos imbuidos por el procedimiento de inspección, lo que se traduce en una extralimitación de la atribución competencial señalada que debe reputarse inconstitucional.

**Palabras claves:** gestión tributaria, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e inspección tributaria.

---

*Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015 / Fecha de revisión: 08-01-2016*

## DENATURATION OF TAX MANAGEMENT PROCEDURES IN INHERITANCE TAX

Elena Manzano Silva

---

### ABSTRACT

In exercising of the legislative powers conferred to regulate the management aspects of the Inheritance Tax, some autonomous communities have created their own tax management procedures, setting a deadline of resolution that can be extended in certain defined circumstances. In other cases, the autonomous communities decided regulate the tax management procedure establish by the Law 58/2003, of 17 December, General Tax, specifying a period of resolution which also may be extended in some situations.

The extensions of deadlines for resolving reproduced the old article 150.1 of the General Tax Law, concerning the deadlines of the inspection procedure. In this way, the regional legislation distorts the tax management procedure, setting procedures imbued with the inspection procedure, resulting in an excess of the appointed powers attribution that should be considered unconstitutional.

**Keywords:** tax management, Inheritance Tax and tax inspection.

---

---

## Sumario

- I. Introducción
  - II. Alcance y contenido de las competencias normativas autonómicas para regular los aspectos de gestión y liquidación en el ISD
  - III. La desnaturalización de la gestión tributaria en el ISD
    - 1. La creación de nuevos procedimientos de gestión tributaria en los que se prevé la ampliación del plazo de resolución
    - 2. La regulación de la ampliación del plazo de resolución del procedimiento de gestión tributaria iniciado mediante declaración
  - IV. Palabras finales
- Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, ISD) es un tributo de titularidad estatal que se encuentra parcialmente cedido a las comunidades autónomas, quienes en virtud de lo dispuesto en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, reguladora del vigente modelo de financiación autonómica, pueden establecer reducciones en la base imponible, modificar la tarifa del impuesto, determinar las cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente, regular deducciones y bonificaciones de la cuota, así como dictar normas de gestión y liquidación. La mayoría de comunidades autónomas se ha decantado por legislar en el ámbito de las reducciones y bonificaciones, mediante la implantación de beneficios fiscales de nueva creación o con la mejora de los previamente establecidos en la legislación estatal<sup>1</sup>, siendo más reducidos los supuestos en los que se regulan aspectos relacionados con la gestión de esta figura tributaria<sup>2</sup>.

En su acepción tradicional y clásica, sostiene el profesor PALAO TABOADA, la gestión tributaria consistía esencialmente «en liquidar los tributos, es decir, instruir el procedimiento de liquidación y dictar el correspondiente acto administrativo», definiéndola, negativamente, «como la actividad de aplicación de los tributos que no es ni inspección ni recaudación»<sup>3</sup>. Como se recordará, la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General tributaria, parecía alterar esta concepción, cuando regulaba, bajo la rúbrica de «Gestión tributaria», en su título III: los procedimientos de gestión tributaria (capítulo III), la inspección de los tributos (capítulo VI) y la revisión de actos en vía administrativa (capítulo VIII)<sup>4</sup>. Ello provocaba que cuando quería efectuarse una alusión

<sup>1</sup> Dato que puede contrastarse con los consignados en el capítulo IV, del libro electrónico *Tributación autonómica. Medidas 2015*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, 2015, págs. 63 a 276.

<sup>2</sup> La mayoría de comunidades autónomas han ejercitado competencias normativas en la gestión de este tributo fijando obligaciones formales para los notarios, los registradores de la propiedad y los registradores mercantiles. «Estos están obligados a remitir, en algunos casos por vía telemática, al órgano competente de su comunidad en materia de tributos, una declaración informativa de los elementos básicos de las escrituras autorizadas (es el caso de los notarios), o en el supuesto de registradores, la relación de documentos que contengan actos o contratos sujetos a este Impuesto de Sucesiones y Donaciones». (ALFONSO GALÁN, R.: «Artículo 48. La cesión del ISD. Alcance y contenido», *El sistema de financiación de las comunidades autónomas. Comentario a la Ley 22/2009, de 28 de diciembre, tras la Sentencia del Estatuto catalán*, LAGO MONTERO, J. M. (dir.), Dykinson, Madrid, 2010, pág. 363).

<sup>3</sup> «La gestión tributaria y el proyecto de Reglamento», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 4, 2006, pág. 2.948.

<sup>4</sup> En palabras de ARIAS VELASCO, «La LGT utiliza el término gestión dándole diversa amplitud. Así, en su artículo 90 divide las funciones de la Administración en materia tributaria en funciones de gestión, para la liquidación y re-

específica a los procedimientos regulados en el capítulo III, se hiciera mención a la «gestión tributaria en sentido estricto»<sup>5</sup>, con la consiguiente indefinición e incluso confusión respecto de las propias facultades inherentes a la gestión tributaria<sup>6</sup>.

Como pone de relieve el profesor TEJERIZO LÓPEZ «la generalización de las autoliquidaciones, por un lado, y la atribución de competencias de liquidación a los órganos de la inspección, por otro, fueron desdibujando progresivamente las competencias de los órganos de gestión, que llegaron a convertirse casi únicamente en ventanilla de recepción de documentos»<sup>7</sup>. Esta evolución, continúa dicho profesor, «tuvo como una de sus consecuencias la alteración profunda de la naturaleza de la intervención administrativa en la aplicación de los tributos. De ser una intervención necesaria e ineludible, pasó a ser una intervención simplemente posible y, sobre todo, con finalidades de control. Ya no se trataba de liquidar los tributos, puesto que se hacía por los contribuyentes, sino de controlar que lo hacían con arreglo a Derecho».

---

caudación, y funciones de resolución de reclamaciones, de donde se desprende un amplio concepto de gestión, que comprendería toda la actividad administrativa encaminada directa o indirectamente a la liquidación y exacción de los tributos, con la sola exclusión de las funciones de resolución de reclamaciones». (*Procedimientos tributarios*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1984, pág. 110).

<sup>5</sup> SÁNCHEZ BLÁZQUEZ apunta que se trataba de «un sentido más estricto, en cuanto referido a una realidad distinta y excluyente de la inspección, de la recaudación, del procedimiento ante los jurados y de las reclamaciones económico-administrativas, en su artículo 9.1 c), al aludir a los reglamentos generales de desarrollo de la LGT. Sentido estricto que es reiterado nuevamente en modificaciones ulteriores de la ley en el ámbito de las infracciones y sanciones tributarias, al contraponer la fase de gestión a la inspección y recaudación tributaria [art. 78.1 f)]». [«Gestión tributaria», *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, PALAO TABOADA, C. (coord.), CEF, Madrid, 2004, pág. 359].

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ PAVÉS resume como al amparo de esta norma se erigían tres posiciones claramente diferenciadas de qué debía ser entendido por gestión tributaria. Había un primer concepto amplio, cuyos principales respaldos normativos eran los artículos 90 y 114 de la ley, según el cual el procedimiento de gestión abarcaría todas las actuaciones administrativas habidas desde la realización del hecho imponible hasta el ingreso de la deuda tributaria correspondiente, incluyendo aspectos previos o preparatorios de la liquidación como es el caso de las actuaciones de comprobación e investigación realizadas por la inspección, la liquidación propiamente dicha o cuantificación de la deuda, la ejecución o recaudación de la misma en periodo voluntario o en vía de apremio, y determinadas modalidades de revisión administrativa tales como el recurso de reposición o los supuestos de revisión de oficio. De este modo, solo quedarían fuera de este ámbito procedimental las reclamaciones económico-administrativas. Frente a esta concepción, se mantenía una acepción más limitada de la gestión tributaria, de la que además de la vía económico-administrativa, se excluía la fase de recaudación. Traía causa de la exposición de motivos de la Ley General Tributaria en la que podía leerse que «el capítulo V contiene los principios generales de la recaudación como fase específica y autónoma en el procedimiento de gestión». Por último, era defendida una tercera postura en torno a la gestión tributaria que comprendía únicamente las actuaciones administrativas de liquidación y probatoria de las Oficinas Gestoras, dejando al margen la inspección, recaudación y las reclamaciones económico-administrativas. Era fundamentada, principalmente, en el artículo 9.1 c) de la Ley 230/1963, en cuanto disponía que debían dictarse Reglamentos Generales de desarrollo sobre gestión, recaudación, inspección, jurados y reclamaciones económico administrativas («Administración y Gestión Tributaria», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, Instituto de Estudios Fiscales, vol. II, Madrid, 1991, págs. 1.298 a 1.300).

<sup>7</sup> «Las funciones de los órganos de gestión tributaria: algunas consideraciones críticas», *Quincena Fiscal*, núm. 3, 1997, pág. 12.

Con este esquema competencial, se hacía recaer el peso de la actuación administrativa en la inspección<sup>8</sup>, con la consiguiente dificultad de abarcar las tareas de investigación encomendadas ante el elevado, y en aumento, número de contribuyentes en figuras tributarias tan relevantes como el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades o el Impuesto sobre el Valor Añadido. Esto provocó que los órganos de gestión asumieran facultades propias de la inspección al amparo de la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, y se generasen los consiguientes conflictos competenciales<sup>9</sup>, además de aplicaciones analógicas de las normas que regulaban unos u otros procedimientos<sup>10</sup>.

Con la promulgación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), se retoma el sentido tradicional de las potestades de gestión tributaria, introduciendo, bajo una evidente vocación sistemática en la determinación de los procedimientos que en ella son regulados, una clara diferencia respecto a su precursora, fundamentada en la distinción entre: los procedimientos de gestión tributaria, el procedimiento de inspección, el procedimiento de recaudación y la revisión en vía administrativa<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Muy clarificadora respecto de esta situación es la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1984 (NFJ000051), por la que se declara la nulidad del Real Decreto 412/1982, de 12 de febrero, sobre asignación de funciones liquidadoras a los funcionarios de la inspección de tributos, en cuyo Considerando 4.º se afirma con rotundidad que la norma impugnada «viene a constituir la culminación de una tendencia progresiva relativa a la asunción por los Inspectores de competencias reservadas a los órganos de gestión tributaria».

<sup>9</sup> En relación con las funciones asumidas entonces por los órganos de gestión tributaria, el profesor TEJERIZO LÓPEZ considera que «en el día de hoy, estos órganos comprueban e investigan y liquidan. Es decir, tienen las mismas funciones que los órganos de inspección, por más que existan algunas diferencias no sustanciales entre la actuación de unos y de otros y por más que las normas (resultan ilustrativos, al respecto, los arts. 99.2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta y 168.45 de la Ley del IVA) atribuyan el «cierre» del sistema de comprobación a la inspección. En estas condiciones, el sistema se ha estructurado de tal manera que, inevitablemente, tiene que funcionar con deficiencias, puesto que la colisión competente está servida». («Las funciones de los órganos de gestión tributaria...», *op. cit.*, pág. 12).

<sup>10</sup> La necesidad de que las nuevas «actuaciones de comprobación abreviada» contaran con el máximo respeto a los derechos y garantías de los contribuyentes provocó que aunque el legislador no abordase con criterios unificadores todos los procedimientos, el Tribunal Supremo concluyese que «por analogía la regla del antiguo artículo 31.4 del Reglamento de Inspección podía jugar también en los procedimientos de los órganos de gestión tributaria, pues carecería de sentido que esta garantía no se tuviese en cuenta en estos casos, por el simple hecho de que las actuaciones se practicasen por la Inspección, a pesar de concurrir los presupuestos». De este modo, entendía que los plazos de interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras podían ser aplicables a los procedimientos de gestión tributaria a los efectos de la prescripción. [SSTS de 4 de abril de 2006 (NFJ022178) y de 11 de julio de 2007 (NFJ026931)].

<sup>11</sup> El nuevo tratamiento es destacado en la propia exposición de motivos de la norma, en la que puede leerse que: «En el título III se regula la aplicación de los tributos y es uno de los ámbitos donde se concentra una parte importante de las novedades que presenta la nueva ley, tanto en su estructura como en su contenido. El título III se compone de cinco capítulos: el capítulo I, que consagra principios generales que deben informar la aplicación de los tributos; el capítulo II, que establece normas comunes aplicables a las actuaciones y procedimientos tributarios; el capítulo III, que bajo la rúbrica de «actuaciones y procedimientos de gestión tributaria» configura los procedimientos de gestión más comunes; el capítulo IV, que regula el procedimiento de inspección; y el capítulo V, relativo al procedimiento de recaudación». En palabras del profesor RUBIO GUERRERO, «la aprobación de una nueva Ley General Tributaria su-

El vigente texto normativo pretende poner fin a la confusión descrita y, con acierto<sup>12</sup>, acuña, en su título III, un nuevo término, el de la «aplicación de los tributos»<sup>13</sup>, que comprende tanto las actividades administrativas dirigidas a la información y asistencia a los obligados tributarios, incluidas sus actuaciones en el ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones tributarias, como las relativas a los procedimientos de gestión tributaria (capítulo III), inspección (capítulo IV) y recaudación (capítulo V). Fuera de este título III, en el título V, se regula la revisión administrativa. De este modo, concluye la imprecisión terminológica y queda separada la gestión tributaria de las potestades de inspección, recaudación y revisión administrativa<sup>14</sup>.

La necesaria separación de las facultades de gestión tributaria respecto de las potestades que se le atribuyen a la inspección de los tributos en el procedimiento de inspección podrían verse truncadas con la regulación que de la misma han realizado algunas comunidades autónomas, consistentes en la creación de nuevos procedimientos de gestión en los que se prevé la ampliación del plazo previamente fijado para resolver; o en la introducción de dicha posibilidad de ampliación en el propio procedimiento de gestión tributaria iniciado mediante declaración. Como veremos a continuación, con las ampliaciones de los plazos para resolver previstas, en las que se reproduce

---

pone una reforma de gran calado, pues constituye la ley básica del sistema tributario, establece los principios y conceptos generales del ordenamiento jurídico tributario, regula las relaciones entre las Administraciones tributarias y los ciudadanos y organiza los diferentes procedimientos tributarios (gestión, recaudación, inspección, sancionador y revisión)». («La nueva Ley General Tributaria: génesis, objetivos y principales modificaciones», *Crónica Tributaria*, núm. 110, 2004, pág. 131).

<sup>12</sup> Como destaca ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, en el análisis del dictamen del Consejo de Estado número 1.403/2003, de 22 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley General Tributaria, con el nuevo texto parecía haberse «encontrado un reparto de competencias de los órganos de gestión y de los de inspección, superando viejas y silenciadas polémicas corporativas». («Análisis del dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley General Tributaria», *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 102).

El profesor PALAO TABOADA resalta que «hay que considerar un acierto el abandono del sentido abultísimo del concepto de gestión que, como hemos recordado más atrás, utilizaba en ocasiones la vieja ley». («La gestión tributaria y el proyecto...», *op. cit.*, pág. 2.949).

<sup>13</sup> En atención a lo dispuesto en el artículo 83 de la LGT, la aplicación de los tributos comprende todas las actividades administrativas dirigidas a la información y asistencia a los obligados tributarios y a la gestión, inspección y recaudación, así como las actuaciones de los obligados en el ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones tributarias. «Así, la Ley General tributaria, al acuñar el término aplicación de los tributos como comprensivo de la totalidad de las actuaciones dirigidas a la aplicación de los tributos (excluida la resolución de las reclamaciones económico-administrativas), correspondan a la Administración tributaria o a los obligados tributarios, en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones, refleja una realidad social evidente en la que se ha ido produciendo una progresiva traslación al obligado tributario de actuaciones dirigidas a la efectiva aplicación de los tributos». (VV. AA.: *Comentarios a la Ley General Tributaria*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 622).

<sup>14</sup> Pese al avance que supuso la nueva configuración de los procedimientos, coincidimos con el profesor TEJERIZO LÓPEZ cuando sostiene que «sigue sin estar todo lo claro que debiera el deslinde de competencias entre la gestión y la inspección», y que «los procedimientos de determinación del tributo se regulan de una manera un tanto confusa y reiterativa». («El procedimiento de gestión tributaria», *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 447).

parcialmente el antiguo artículo 150.1 de la LGT<sup>15</sup> relativo al plazo de las actuaciones inspectoras, la normativa autonómica desvirtúa la propia gestión tributaria, con la consiguiente vulneración del marco competencial previamente establecido.

## II. ALCANCE Y CONTENIDO DE LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS AUTONÓMICAS PARA REGULAR LOS ASPECTOS DE GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN EN EL ISD

La Constitución española de 1978 no perfiló un sistema acabado de financiación autonómica, siendo este extremo una de las llamadas «cláusulas abiertas» al encontrarse entre aquellos contenidos constitucionales que no han sido concretados en el texto de la norma fundamental por voluntad del constituyente, entre los que están, fundamentalmente, el modelo económico y el sistema autonómico.

Esta indeterminación del modelo de financiación autonómica se suplió mediante la remisión contenida en el artículo 157.3 del texto constitucional a una ley orgánica posterior que regule el ejercicio de las competencias financieras, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las comunidades autónomas y el Estado<sup>16</sup>. Esta Ley Orgánica es la 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), norma que viene a representar en nuestro ordenamiento el papel de una auténtica Constitución financiera para las comunidades autónomas de régimen común, con la matización

<sup>15</sup> Con la aprobación de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se ha dado nueva redacción al artículo 150 relativo al plazo de las actuaciones inspectoras. El referido precepto establecía que las actuaciones del procedimiento de inspección debían concluir en el plazo de 12 meses contado desde la fecha de notificación al obligado tributario del inicio del mismo. Este plazo podía ampliarse mediante acuerdo motivado hasta 12 meses más cuando las actuaciones revistiesen especial complejidad, o cuando en el transcurso de las mismas se descubriese que el obligado tributario había ocultado a la Administración tributaria alguna de las actividades empresariales o profesionales que realice. En la actualidad, las actuaciones inspectoras deben concluir, con carácter general, en el plazo de 18 meses. Este plazo se eleva hasta los 27 meses cuando el volumen de operaciones del obligado tributario sea igual o superior al requerido para auditar cuentas; o se encuentre integrado en un grupo sometido al régimen de consolidación fiscal o al régimen especial de grupo de entidades que esté siendo objeto de comprobación inspectora. Esta reforma responde, como se explica en la exposición de motivos, a «la existencia de numerosas incidencias en la interpretación de la regulación de los plazos de las actuaciones inspectoras», y tiene el marcado objetivo de «simplificar de manera importante la normativa vigente, al eliminarse un amplio y complejo sistema de supuestos de interrupciones justificadas, dilaciones no imputables a la Administración, y de ampliación del plazo».

<sup>16</sup> A este respecto, aclara el Tribunal Constitucional que «la Constitución no predetermina cuál haya de ser el sistema de financiación autonómica, sino que atribuye esa función a una ley orgánica, que cumple de este modo una función delimitadora de las competencias financieras estatales y autonómicas previstas en el artículo 157 de la CE» [STC 192/2000, de 13 de julio (NFJ009101), FJ 4]. En la línea apuntada, el profesor ÁLVAREZ CONDE sostiene que «la remisión normativa a favor de la LOFCA, aunque esta parezca como una norma de carácter potestativo (criterio este, por lo demás poco serio, pues también en un principio los estatutos de autonomía tenían un carácter potestativo) actúa, de igual forma que otras remisiones normativas a leyes estatales, que se convierten así en normas delimitadoras de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas» (*Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 694).

de que no es una fuente del derecho atributiva de recursos financieros, ya que estos han sido ya conferidos por el artículo 157 del texto constitucional, sino una norma que delimita y concreta la clase de competencia que tienen las comunidades autónomas en relación con su sistema de ingresos. Como sostiene el Tribunal Constitucional, «la LOFCA viene a regular, en virtud del artículo 157.3 del texto constitucional, el ejercicio de las competencias financieras de las comunidades autónomas –que incluyen, como se dijo, la provisión de sus ingresos presupuestarios– y representa, por tanto, una ley dictada dentro del marco constitucional para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas y que, por lo tanto, y según lo dispuesto en el artículo 28.1 de la LOTC, ha de ser tomada en cuenta por el TC para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las comunidades autónomas» [STC 183/1988, de 13 de octubre (NFJ026338), FJ 3].

Junto a las disposiciones constitucionales y a la LOFCA, los estatutos de autonomía, en su condición de norma institucional básica, refuerzan la autonomía financiera autonómica y recogen los principios esenciales que deben regir en este ámbito. Estas normas, la Constitución española, la LOFCA y los estatutos de autonomía, constituyen el bloque de constitucionalidad, y son «utilizables como parámetro de legitimidad constitucional de las leyes» [STC 36/1981, de 12 de noviembre (NCJ060658)], en consecuencia, la adecuación de cualquier norma al contenido de las disposiciones del bloque es una condición esencial de su permanencia en el ordenamiento jurídico.

Sumados a las normas que componen el bloque de constitucionalidad, en el seno de uno de los principales órganos de coordinación entre las Haciendas autonómicas y la Hacienda del Estado, el Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF)<sup>17</sup>, han sido dictados una serie de Acuerdos que, tras otorgarles la cobertura jurídica necesaria a través de las distintas leyes estatales, han ido articulando el modelo de financiación vigente en cada una de las etapas por las que ha transcurrido la financiación autonómica española.

La revisión del sistema de financiación autonómica acordada en sede del CPFF el 15 de julio de 2009 y plasmada en la reforma de la LOFCA mediante la Ley Orgánica 3/2009, de 18 diciembre, quedó contenida en la ya referida Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el todavía vigente sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común

---

<sup>17</sup> El CPFF se define en el artículo 3.1 de la LOFCA como un órgano consultivo y de deliberación para la adecuada coordinación entre la actividad financiera de las comunidades autónomas y de la Hacienda del Estado. La referencia expresa al término coordinación nos da cuenta ya en una primera lectura del precepto de la importancia que se le confiere en la determinación del sistema de financiación a un «órgano que ha estado llamado a jugar un papel trascendental en la configuración del modelo financiero y tributario autonómico, pudiendo constituir una sede idónea para el desarrollo de una coordinación normativa permanente en materia tributaria». (CALVO VÉRGEZ, J.: «El Consejo de Política Fiscal y Financiera en el nuevo modelo de financiación autonómica», *La revisión del régimen común de financiación autonómica*, MERINO JARA, I. (coord.), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2011, pág. 65). Como afirman los profesores RAMALLO MASSANET y ZORNOZA PÉREZ, mediante su creación, trató de paliarse el modelo de relaciones puramente bilaterales derivado de la Constitución y de los estatutos de autonomía en la primera fase del desarrollo de la financiación autonómica centrado en las Comisiones Mixtas. («El Consejo de Política Fiscal y Financiera y la financiación de las comunidades autónomas», *Papeles de Economía Española*, núm. 83, 2000, pág. 63).

y ciudades con estatuto de autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. Con la aprobación de ese modelo se ha tendido a incrementar la autonomía financiera autonómica constitucionalmente proclamada, facilitando la creación de tributos propios tras la oportuna y debida reforma del artículo 6.3 de la LOFCA<sup>18</sup>, confiriéndoles mayores competencias normativas y porcentajes de recaudación en relación con los impuestos de titularidad estatal cedidos.

En relación con lo que podríamos calificar de principales recursos de las comunidades autónomas lo primero que debemos aclarar es que no existe un concepto constitucional de tributo cedido [STC 19/2012, de 15 de febrero (NCJ056426)]<sup>19</sup>. Aclarado lo anterior, el Tribunal Constitucional ha extraído los elementos definidores del concepto de «tributo cedido», en los siguientes términos: «en primer lugar, es la Ley Orgánica del artículo 157.3 de la CE (en la actualidad la LOFCA), la que puede atribuir a un tributo del Estado la condición de "cedible"; en segundo lugar, para que el tributo sea "formalmente cedido" tiene que existir una previsión estatutaria que lo asuma en tal sentido; en tercer lugar, el tributo alcanzará la condición de "materialmente cedido" cuando así lo establezca una ley estatal específica que determine su alcance y condiciones; en

<sup>18</sup> La reforma de la LOFCA a través de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, ha resuelto la problemática existente hasta el momento al cambiar, en un primer enunciado, la noción de materia reservada por la de hecho imponible, en los siguientes términos: «Tres. Los tributos que establezcan las comunidades autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por los tributos locales». Como ha declarado el Tribunal Constitucional, la reforma se practica «con el fin de reducir la conflictividad, se modifica el artículo sexto de la LOFCA para que las reglas de incompatibilidad se refieran al "hecho imponible" y no a la "materia imponible", con lo que habría un espacio fiscal autonómico más claro en relación con los tributos locales, con una delimitación similar a la que existe en relación con los tributos estatales» [STC 122/2012, de 5 de junio (NCJ057077)]. Para el profesor ADAME MARTÍNEZ, «la reforma se debe valorar positivamente porque además introduce un esquema más flexible de coordinación entre los tributos autonómicos y los tributos locales, permitiendo que los primeros incidan sobre materias gravadas por los segundos, con lo que no solo se avanza como acabamos de señalar en la línea de abrir nuevos espacios fiscales para las comunidades autónomas, sino que también se garantiza en todo caso, la suficiencia financiera de las Haciendas locales, puesto que sigue estando prevista la obligación de articular las correspondientes medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de dichas Corporaciones» («Los impuestos propios de las comunidades autónomas. Especial referencia a la modificación del artículo 6.3 de la LOFCA por la Ley Orgánica 3/2009», *La revisión del régimen común de financiación autonómica*, MERINO JARA, I. (coord.), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2011, pág. 37).

<sup>19</sup> De la mano de la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2012 (NCJ056426), de 15 de febrero, conviene recordar «de un lado, que el artículo 157.1 a) de la Constitución Española incluye dentro de los recursos de las comunidades autónomas a los «[i]mpuestos cedidos total o parcialmente por el Estado», y, de otro, que «la regulación esencial de la cesión de tributos a las comunidades autónomas corresponde... al Estado, mediante Ley Orgánica» [STC 181/1988, de 13 de octubre (NFJ004012) FJ 3], lo que se ha llevado a efecto en la LOFCA. Pues bien, el artículo 10.2 de esta norma dispone que la cesión se entiende efectuada «cuando haya tenido lugar en virtud de precepto expreso del Estatuto correspondiente, sin perjuicio de que el alcance y condiciones de la misma se establezca en una ley específica», y teniendo en cuenta que, de conformidad con las diferentes normas estatutarias, «la eventual supresión o modificación» de los tributos cedidos «implicará la extinción o modificación de la cesión». No basta, pues, sigue recordando el Tribunal Constitucional, «con la atribución del rendimiento de un tributo a una comunidad autónoma para dotar a este de la naturaleza de "cedido", pues para ello es exigible la concurrencia, además, de un doble requisito: la previsión estatutaria expresa en tal sentido y la existencia de una ley específica que establezca la cesión» [SSTC 16/2003, de 30 de enero (NFJ013560), FJ 11; y 156/2004, de 23 de septiembre (NFJ018607), FJ 4].

cuarto lugar, la cesión de un tributo del Estado a una comunidad autónoma no hace perder a aquel ni la titularidad sobre el mismo, ni sobre el ejercicio de las competencias que le son inherentes; y, en quinto lugar, la cesión tiene, en todo caso, carácter revocable ex artículos 133.1 y 149.1.14 de la CE» [STC 19/2012, de 15 de febrero (NCJ056426)]<sup>20</sup>.

El alcance y contenido de la cesión se efectúa de manera individual para cada figura impositiva. El contenido mínimo de la cesión será la atribución de un porcentaje del producto recaudado en cada territorio, que podrá verse acompañada de los poderes necesarios para la gestión y recaudación de estos, y el ejercicio de competencias normativas sobre aspectos de la figura impositiva en cuestión<sup>21</sup>. En el vigente modelo de financiación autonómica, contenido en la referida Ley 22/2009, de 18 de diciembre, podemos distinguir tres categorías de impuestos en atención al alcance y condiciones de la cesión. En primer lugar, aquellos impuestos sobre los que se cede la gestión, recaudación y capacidad normativa limitada, como son el Impuesto sobre el Patrimonio, el ISD, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), los Tributos sobre el Juego, el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte y el Impuesto sobre Hidrocarburos<sup>22</sup>. En segundo lugar, impuestos sobre los que se cede capacidad normativa limitada junto a un porcentaje de recaudación, como es el caso del

<sup>20</sup> En palabras de la profesora VILLARÍN LAGOS, «el concepto constitucional de impuesto estatal cedido no puede significar el abandono por el Estado a favor de las comunidades autónomas de materias impositivas, porque el impuesto así recibido por las comunidades autónomas no presenta ninguna diferencia con los impuestos autonómicos propios» (*La cesión de impuestos estatales a las comunidades autónomas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 122).

<sup>21</sup> Compartimos la opinión del profesor SIMÓN ACOSTA cuando declara que «este modelo es muy aceptable. Preserva la igualdad básica en el cumplimiento del deber fundamental de contribuir (art. 149.1.1.ª CE), dado que la delimitación de la capacidad económica gravable y los sujetos pasivos corresponde al Estado. Las diferencias interterritoriales se reconducen a la cantidad a pagar, que tiene que ver con el nivel y la eficiencia del gasto público de la comunidad autónoma. Las diferencias de tributación se justifican por el distinto nivel de servicios, y, en último término, porque los gobernantes autonómicos responden políticamente ante sus electores». («La reforma de la financiación autonómica», *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 191).

<sup>22</sup> El carácter indefinido de la cesión y la potestad de ejercitar competencias normativas sobre aspectos sustanciales de las figuras cedidas supone para el profesor CALVO ORTEGA que «en el plano conceptual, el impuesto cedido queda bastante desnaturalizado y se aproxima más a la figura del impuesto propio o a una especie de impuesto compartido» («Tributos cedidos: concepto, evolución y problemas actuales», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. 53, núm. 268, 2003, pág. 271). La transformación de los impuestos cedidos en propios fue apuntada por el profesor RODRÍGUEZ BEREJO cuando proponía que «los tributos cedidos podrían convertirse en el núcleo de un sistema tributario propio de las comunidades autónomas, vistas las grandes dificultades para inventar nuevas figuras tributarias de una cierta potencia recaudatoria más allá de lo puramente testimonial» («Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las comunidades autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pág. 74). El profesor CALVO ORTEGA considera a este respecto que «la conversión de impuestos cedidos en propios aumentaría la responsabilidad fiscal de las CC. AA., lo que siempre es positivo. Además permitiría que estas produjesen nuevas leyes reguladoras de los tributos hoy cedidos cuya estructura y contenido, no obstante las actualizaciones producidas, es antigua». («Los tributos propios de las comunidades autónomas: algunas reflexiones sobre su futuro», *Nueva Fiscalidad*, núm. 6, 2006, págs. 25 y 26). RAMOS PRIETO ve en esta posibilidad un posible remedio al escaso desarrollo del poder tributario de las comunidades autónomas (*La cesión de impuestos del Estado a las comunidades autónomas. Concepto, régimen jurídico y articulación constitucional*, Comares, Granada, 2001, págs. 186 a 191).

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuya recaudación se cifra en un 50%. Y por último, aquellos impuestos sobre los que se cede una participación sobre el producto recaudado, sin que se le atribuyan competencias de gestión, ni normativas, como son el Impuesto sobre el Valor Añadido, cuyo porcentaje de recaudación ha pasado del 35% al 50% con el nuevo sistema, y los Impuestos especiales, cedidos en un 58% a excepción del Impuesto sobre la Electricidad que se cede en un 100%.

En relación con el ISD, el artículo 19.2 c) de la LOFCA establece que las comunidades autónomas podrán asumir, en los términos que establezca la ley que regule la cesión de tributos, competencias normativas con las que regular: reducciones de la base imponible; la tarifa; la fijación de la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente; deducciones y bonificaciones; y la gestión. La actual ley reguladora del modelo de financiación autonómica reproduce en su artículo 48 el precepto citado y alude, en su apartado segundo, a la cesión de la potestad para «regular los aspectos de gestión y liquidación».

Por su parte, el artículo 31 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, LISD), dispone la obligación que tienen los sujetos pasivos de este tributo de «presentar una declaración tributaria, comprensiva de los hechos imposables a que se refiere esta ley, en los plazos y en la forma que reglamentariamente se fijen». Prevé a continuación que se opte por la presentación de una autoliquidación en la que se practiquen las operaciones necesarias para determinar el importe de la deuda tributaria, y a la que se ha de acompañar el documento o declaración en la que se contenga o se constate el hecho imponible.

La competencia para establecer como obligatorio el régimen de autoliquidación del impuesto corresponde en todo caso al legislador estatal, y así lo ha exigido en las comunidades autónomas de Andalucía, Aragón, Asturias, Illes Balears, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Galicia, Murcia y Comunidad Valenciana. En el resto del territorio de régimen común, los obligados tributarios tienen la facultad de optar por presentar una declaración tributaria o una autoliquidación, en el plazo de seis meses contados desde que se produce el devengo del impuesto, esto es, el fallecimiento del causante, cuando se trate de adquisiciones mortis causa; y de un mes, de llevarse a efecto una transmisión lucrativa *inter vivos*, contado esta vez desde el día en que se cause o celebre el acto o contrato.

En este marco, deben encuadrarse las competencias normativas atribuidas a las comunidades autónomas para la gestión y liquidación de este impuesto con las que, al amparo de la propia configuración de la gestión tributaria realizada por la LGT y el Reglamento dictado en su desarrollo, puedan adecuar dicho cometido a las singularidades que concurren en su territorio.

La gestión tributaria no es definida como tal por la propia LGT, sino que «consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a...» una serie de actividades o fines que son enumerados en el artículo 117 de la referida norma, como veremos a continuación. En cambio, sí se efectúa una delimitación negativa del concepto de gestión, por la cláusula residual de la letra n) del mencionado precepto, cuando alude a que forman parte de dichas facultades: «la realización de las demás actuaciones de aplicación de los tributos no integradas en las funciones de inspección y recaudación».

Para el desarrollo de las competencias de gestión la LGT regula un total de cinco procedimientos. De ellos, dos se fundamentan en la aplicación de los tributos: el iniciado mediante auto-liquidación, solicitud o comunicación de datos y el procedimiento de declaración; mientras que los otros tres, encierran, con mayor o menor intensidad, algún tipo de actividad de comprobación. Estos son: el procedimiento de verificación de datos; el procedimiento de comprobación de valores y el procedimiento de comprobación limitada. A su vez, y al amparo del artículo 123.2 de la LGT, el 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, regula otros cinco procedimientos de gestión tributaria, como son: el procedimiento de rectificación (arts. 126 a 130), el de ejecución de devoluciones tributarias (arts. 131 y 132); el procedimiento de reconocimiento de beneficios fiscales (arts. 16 y 137); la cuenta corriente tributaria (arts. 138 a 143), y el procedimiento de comprobación de obligaciones formales (arts. 144 a 154), como la comprobación censal, del domicilio fiscal, y de control de presentación de declaraciones.

El importante número de procedimientos de gestión tributaria previstos en la LGT y en el Reglamento dictado en su desarrollo ha sido objeto de crítica, llegando a proponerse que dejando al margen el procedimiento de comprobación de valores, «los demás procedimientos de gestión tributaria recogidos en la ley podrían regularse de forma conjunta, en la medida en que para poner término a cualquiera de ellos el órgano de gestión va a tener que realizar ciertas actuaciones de comprobación, con mayor o menor alcance, y cuyos efectos pueden diferir en función de la amplitud de esas actuaciones»<sup>23</sup>.

La regulación de lo que podríamos calificar como principales procedimientos de gestión tributaria por la LGT goza de cierta exhaustividad que da escaso margen al posterior desarrollo reglamentario. Con esta vocación, la LGT configura los procedimientos tributarios de gestión de los que se pueden extraer las siguientes características esenciales:

- 1.º Responden a las funciones administrativas contenidas en el referido artículo 117 de la LGT, dirigidas a:

---

<sup>23</sup> MARTÍNEZ MUÑOZ, Y.: «Una reflexión sobre algunos aspectos comunes a los procedimientos de gestión tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 19, 2008, pág. 24. Como afirma el profesor PALAO TABOADA, «se construyen como procedimientos en sí mismos lo que no son sino actuaciones que forman parte de un procedimiento más general, que normalmente es el de liquidación». («La gestión tributaria y el proyecto...»), *op. cit.*, pág. 2.954. De igual modo, PATÓN GARCÍA considera a este respecto que «lo más adecuado hubiera sido establecer unas normas procedimentales aplicables a cualquier tipo de procedimiento dirigido a la función de comprobación y desarrollar únicamente en el Reglamento General de Gestión e Inspección las especialidades que debieran ser aplicables a cada uno de los procedimientos en concreto en que se inserten las actuaciones desarrolladas». («Análisis comparativo sobre la tutela del contribuyente en el procedimiento de comprobación limitada y en el procedimiento inspector», *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a A. Rodríguez Bereijo*, ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dir.), tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 593).

- a) La recepción y tramitación de declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos y demás documentos con trascendencia tributaria.
- b) La comprobación y realización de las devoluciones previstas en la normativa tributaria.
- c) El reconocimiento y comprobación de la procedencia de los beneficios fiscales de acuerdo con la normativa reguladora del correspondiente procedimiento.
- d) El control y los acuerdos de simplificación relativos a la obligación de facturar, en cuanto tengan trascendencia tributaria.
- e) La realización de actuaciones de control del cumplimiento de la obligación de presentar declaraciones tributarias y de otras obligaciones formales.
- f) La realización de actuaciones de verificación de datos.
- g) La realización de actuaciones de comprobación de valores.
- h) La realización de actuaciones de comprobación limitada.
- i) La práctica de liquidaciones tributarias derivadas de las actuaciones de verificación y comprobación realizadas.
- j) La emisión de certificados tributarios.
- k) La expedición y, en su caso, revocación del número de identificación fiscal, en los términos establecidos en la normativa específica.
- l) La elaboración y mantenimiento de los censos tributarios.
- m) La información y asistencia tributaria.
- n) La realización de las demás actuaciones de aplicación de los tributos no integradas en las funciones de inspección y recaudación<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> La profesora FERNÁNDEZ JUNQUERA estima que «La relación de funciones tiene valor ilustrativo y pedagógico pero no normativo en el sentido que no ordena ni dispone nada. La adjudicación a la Administración de las funciones de comprobación y de investigación se hace en otro precepto, dentro del capítulo anterior [...] en el artículo 115. De ambos preceptos, el Dictamen del Consejo de Estado ha criticado acertadamente, su excesivo carácter reglamentista. La adición de referentes concretos que se hace en el 115, causa más perplejidades que claridades, y tampoco es conveniente descender a tanto detalle como hace el artículo 117. En fin, que la ley no tiene por qué definir en qué consiste la gestión. Siendo ya del acervo común, por el propio desarrollo y evolución de la Administración tributaria, que el concepto de gestión no es el contenido en la Ley de 1963, era preferible un concepto más simple y genérico de gestión». («Capítulo V. Los procedimientos tributarios: aspectos comunes y procedimientos de gestión», *Comentarios a la Ley General Tributaria*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 532 y 533). De igual modo, BERTRÁN GIRÓN, M. considera que «La vigente regulación de los órganos de gestión, abandona la atribución orgánica, para optar, acertadamente, por la funcional, y, en esta línea prevé un amplísimo catálogo de funciones en el artículo 117 de la LGT». (*Los procedimientos de aplicación de los tributos por los órganos de gestión*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 264).

Estas funciones justifican la existencia de cada procedimiento y delimitan el margen de actuación de la Administración en el mismo, sin que quepa la configuración de estos sobre la base de cometidos dispares. Cada procedimiento responde a una actividad de las enunciadas y en ella encuentra su razón de ser. Tales cometidos tienen carácter limitado y restringen las potestades administrativas, constituyendo una garantía para los obligados tributarios puesto que si la Administración quiere llevar a cabo funciones de comprobación más exhaustivas, deberá iniciar el correspondiente procedimiento de inspección.

- 2.º Las fases de los procedimientos de gestión tributaria se configuran en atención a las funciones de gestión referidas, siendo procedimientos ágiles y sencillos, estructurados en torno a tres fases: inicio, tramitación y terminación.
- 3.º La iniciación se produce mediante autoliquidación, comunicación de datos, declaración, o solicitud del obligado tributario. También puede iniciarse de oficio por la Administración tributaria.
- 4.º La tramitación facilitará en todo momento a los obligados tributarios el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, y el trámite de alegaciones no podrá tener una duración inferior a 10 días ni superior a 15.
- 5.º La finalización se produce mediante resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se fundamente la solicitud, la imposibilidad material de continuarlos por causas sobrevenidas, la caducidad y el cumplimiento de la obligación que hubiera sido objeto de requerimiento. También pueden concluir por la iniciación de otro procedimiento de gestión tributaria o de inspección<sup>25</sup>.
- 6.º El plazo de terminación de los procedimientos es de seis meses, transcurrido el cual se producirá la caducidad de los procedimientos. Cumplido dicho plazo sin haberse notificado la liquidación, para poder emitir la correspondiente resolución la Administración tributaria deberá iniciar un nuevo procedimiento, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción. Esta caducidad no produce, por sí sola, la prescripción de los derechos de la Administración tributaria, pero las actuaciones realizadas en los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de

<sup>25</sup> En cuanto a la concatenación de procedimientos, coincidimos con BERTRÁN GIRÓN cuando opina que «creemos necesario la regulación de algún tipo de limitación que permita al contribuyente garantizarle ese "saber a qué atenerse" que no es más que una manifestación del principio de seguridad jurídica. Por un lado sería necesaria la existencia de una motivación clara y suficiente en relación con el procedimiento que se termina y el nuevo que se inicia así como establecer efectos preclusivos sobre lo ya comprobado de tal forma que se dotaría de mayores garantías al contribuyente objeto de varias comprobaciones de este tipo. Otra posibilidad sería regular una limitación temporal total. Es decir que utilizándose los procedimientos que se usaran su cómputo total no pudiera exceder del máximo de un procedimiento inspector y gestor, es decir, treinta meses y siempre y cuando dicha interrelación de procedimientos estuvieren perfectamente motivada en cada una de las ampliaciones del plazo». («La terminación impropia de los procedimientos tributarios», *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2010, págs. 25 y 26).

prescripción ni se consideran requerimientos administrativos a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 27 de la LGT<sup>26</sup>.

7.º En ningún caso cabe la ampliación del plazo de resolución de seis meses legalmente establecido<sup>27</sup>.

Las características esenciales que definen e identifican la gestión tributaria deben estar presentes en las medidas y procedimientos que, en el ejercicio de la facultad cedida, sean aprobadas por los legisladores autonómicos. Lo contrario sería desfigurar la propia gestión tributaria y extralimitarse en el uso de la facultad otorgada, con la consiguiente vulneración de garantías esenciales que deben regir en toda actuación administrativa y la inevitable ruptura del orden constitucional.

A la luz del artículo 1 de la LGT, en esta norma se establecen los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español, resultando de aplicación a todas las Administraciones tributarias «en virtud y con el alcance que se deriva del artículo 149.1.1.ª, 8.ª, 14.ª y 18.ª de la Constitución». De igual modo, el reglamento se remite al ámbito de aplicación de la LGT, para delimitar el suyo propio. Como sostiene la profesora SOLER ROCH «la uniformidad en este punto puede ser un factor de racionalidad y seguridad jurídica del sistema tributario global que debe valorarse positivamente»<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Como pone de relieve el profesor DE LA PEÑA VELASCO, no ha sido «hasta la aprobación de la Ley General Tributaria de 2003 cuando la caducidad toma expresamente carta de naturaleza en el ordenamiento tributario de modo pacífico», y pese a su generalizada admisión, su tratamiento sigue resultando «insuficiente desde un doble punto de vista: por cuanto todavía quedan procedimientos en los cuales esta no se aplica y, por otra parte porque en la casi totalidad de los casos se permite a la administración volver a iniciar el procedimiento siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción. («Inactividad e incumplimiento de plazos por la Administración tributaria y la posición jurídica del obligado tributario», *Justicia y Derecho Tributario. Libro Homenaje al Profesor Julio Banacloche Pérez*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 419). En la línea apuntada, y referida en concreto al procedimiento de verificación de datos, el profesor ADAME MARTÍNEZ ha criticado con acierto «la inexistencia de límites al inicio de un nuevo procedimiento de este tipo cuando el anterior ha caducado por transcurso del plazo máximo de resolución de seis meses. Resulta excesivo, como he tenido ocasión de comentar, que la Administración pueda sin limitación alguna iniciar un nuevo procedimiento de verificación de datos. Creo que debería introducirse alguna limitación estableciendo por ejemplo un máximo de dos para los procedimientos que pudieran iniciarse tras la caducidad de los anteriores». («Los procedimientos de verificación de datos y comprobación limitada: cuestiones problemáticas y propuestas de reforma», *Crónica Tributaria*, núm. 53, 2014, pág. 88). SANZ CLAVIJO critica «los modos de finalización previstos en el artículo 127 de la LGT para el procedimiento de devolución iniciado mediante autoliquidación, solicitud o comunicación de datos; ciertamente, dado que estas actuaciones de gestión tributaria se incoan a instancia de parte, este precepto no ha establecido para tal expediente de devolución ni un régimen específico de actos presuntos para la inactividad administrativa concurrente ni la posibilidad de su terminación por caducidad imputable a la Administración Tributaria por la falta de resolución y notificación en plazo». (*La caducidad del procedimiento. Su aplicación en el ámbito administrativo y tributario*, La Ley, 2009, pág. 342).

<sup>27</sup> Ello no debe confundirse con el hecho de que los periodos de interrupción justificada y las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración tributaria no se incluyan en el cómputo del plazo de resolución, en los términos previstos en el artículo 104.2 de la LGT y del 103 del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria.

<sup>28</sup> «Reflexiones en torno a la nueva Ley General Tributaria», *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 115.

En similares términos se pronuncia el artículo 27 de la referida Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el vigente modelo de financiación autonómica cuando prevé que los tributos cedidos se regirán por la LGT y los Reglamentos Generales dictados en su desarrollo, debiendo adecuarse la normativa autonómica a la terminología y conceptos previstos en la normativa estatal. Si la legislación que dicten las comunidades autónomas en relación con las materias cuya competencia les corresponda de acuerdo con su estatuto de autonomía y que sea susceptible de tener, por vía indirecta, efectos fiscales, no se ajustase a lo establecido en normas estatales, el apartado segundo de este precepto dispone con rotundidad que «no producirá tales efectos» respecto al régimen tributario que configure.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la LGT es una «verdadera norma de unificación de criterios a través de la que se garantiza el mínimo de uniformidad imprescindible en los aspectos básicos del régimen tributario» [STC 66/1998, de 18 de marzo (NSJ003535), FJ 14], fundamental también «para garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones públicas» [STC 14/1986, de 31 de enero (NFJ000130), FJ 14]<sup>29</sup>.

Al amparo de estas consideraciones, el Alto Tribunal ha declarado inconstitucionales medidas autonómicas, que aun gozando de la cobertura formal que les proporciona el marco de cesión tributaria referido, suponían una alteración del sentir del mismo y de la propia regulación de la LGT. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al inciso final del artículo 23.4 de la Ley del Parlamento de Andalucía 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos

---

Para el profesor el profesor PALAO TABOADA, «el fundamento principal para extender a las comunidades autónomas y las corporaciones locales las normas generales estatales es su carácter de normas básicas». («La gestión tributaria y el proyecto...», *op. cit.*, págs. 2.952 y 2.953). En cuanto a la aplicación de la propia LGT, este profesor considera que «debe aplicarse a los tributos respecto de los cuales el Estado posea la potestad legislativa, lo cual incluye, además de los tributos gestionados por el propio Estado, los cedidos a las comunidades autónomas, y deja fuera los tributos propios de estas». («La Ley General Tributaria desde la perspectiva constitucional: crisis y reforma», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, pág. 544).

En la línea apuntada, CORDERO GONZÁLEZ y MENÉNDEZ GARCÍA sostienen que «La LGT y sus Reglamentos de desarrollo deben ser de aplicación directa en relación con los tributos cedidos. Así puede deducirse del artículo 27 de la Ley de Financiación CC. AA. 2009 y del carácter cedido de estos tributos, cuya regulación sustancial sigue siendo de carácter estatal, por lo que es lógico que, paralelamente, la disciplina de los aspectos procedimentales fundamentales corresponda también al Estado». («La delegación de competencias de aplicación y revisión de los tributos cedidos en el nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas», *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2011, pág. 52).

<sup>29</sup> A diferencia de lo que sucede en el régimen foral, en cuyo ámbito la LGT no tiene carácter de legislación básica del Estado. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de enero de 2013 (NFJ050419), en la que se afirma con rotundidad que «el apartado 2 del artículo 1 de la Ley General Tributaria de 2003 deja a salvo lo establecido en las leyes que aprueban el Concierto Económico en vigor en los territorios Históricos del País Vasco, Concierto cuyo artículo 3 a) recuerda que, si bien los mencionados territorios, en la elaboración de su normativa tributaria, se adecuarán en cuanto a terminología y conceptos a la Ley General Tributaria, lo han de hacer sin perjuicio de la peculiaridades propias del propio Concierto. Esta configuración nos ha permitido matizar el carácter básico de la Ley General Tributaria en relación con los Territorios Históricos del País Vasco». Sigue de este modo una línea marcada en sus sentencias anteriores [de 8 y 22 de marzo de 2012 (NFJ061247 y NFJ061248)] en las que se ha negado el carácter básico de la legislación general tributaria en lo relativo al instituto de la prescripción.

cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, en el que se regula el dictamen de peritos en los procedimientos de comprobación de valores y que fue declarado inconstitucional por la Sentencia 161/2012, de 20 de septiembre (NCJ057400). El mencionado precepto especificaba uno de los criterios que podían utilizar los peritos de la Administración en el procedimiento de comprobación de valores, remitiéndose a la valoración del bien realizada por una sociedad de tasación a efectos del préstamo hipotecario. Este criterio en sí mismo considerado se encuentra recogido en la letra g) del artículo 57.1 de la LGT, que se refiere al «valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas en cumplimiento de lo previsto en la legislación hipotecaria». Sin embargo, mientras que en la norma estatal el citado medio de valoración aparece como uno más, junto al dictamen de peritos y sin incidir en el mismo, en la norma autonómica aparecía vinculado a dicho dictamen, y como contenido posible del mismo. De forma que, a pesar de que la norma autonómica no establecía estrictamente un medio nuevo de comprobación, sí alteraba el contenido y sentido de un medio ya existente y regulado por el Estado, como es el dictamen de peritos.

Para el Tribunal Constitucional «la norma autonómica impugnada incurre en una extralimitación competencial, pues aunque respeta el tenor formal de la delegación de potestades normativas, sin embargo conduce a un resultado expresamente prohibido por el artículo 55.1 a) de la Ley 22/2009. En estas circunstancias, la interpretación sistemática de los artículos 48.2, 49.2 y 55.1 a), solo puede conducir a esta conclusión, pues si bien hemos establecido que las normas deben preservarse cuando su texto no impida una interpretación adecuada a la Constitución, también hemos reconocido que la interpretación conforme a la Constitución no carece de límites, pues en ningún caso se podrá "ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos" [por todas, STC 222/1992, de 11 de diciembre (NCJ060657), FJ 2], de manera que "la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*" [STC 247/2007, de 12 de diciembre (NCJ043095), FJ 4]. En consecuencia, deberán ser rechazadas las interpretaciones normativas que conduzcan a resultados ilógicos o absurdos, como lo sería el que una comunidad autónoma pudiera regular medios de comprobación de valores distintos a los del Estado, mientras que los órganos de la administración tributaria de la misma comunidad no pudieran aplicar esos medios por ser distintos de los del Estado». Este razonamiento conduce al Alto Tribunal a «declarar inconstitucional el inciso final "o el valor consignado en las declaraciones presentadas por el sujeto pasivo a efectos de liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por el préstamo hipotecario cuando proceda de la valoración realizada por una sociedad de tasación conforme a la legislación vigente" del artículo 23.4 de la Ley andaluza impugnada, por ser contrario al artículo 149.1.14 de la CE».

Más recientemente, con fecha de 3 de septiembre de 2014, el Tribunal Supremo ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 6 de la Ley 15/2002, de 23 de diciembre, de medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tasas regionales de la Región de Murcia, en el que textualmente se admitía como medio de comprobación «el valor asignado para la subasta en las fincas hipotecadas en cumplimiento de lo prevenido en la legislación hipotecaria»; debido a su posible extralimitación competencial, al considerar que la norma cuestionada establece un nuevo medio de comprobación de valores en relación con el ISD y con el ITP y AJD. Este era el principal argumento que se esbozaba en el escrito de oposición al recurso de casación los representantes de la Región de Murcia, alegándose que, a diferencia de la ley an-

daluzada examinada con anterioridad, la Ley de Murcia regula un nuevo medio de comprobación, no alterando el sentido ni el contenido de uno ya existente y regulado por el Estado, como es el dictamen de peritos, sino que crea uno propio; sostiene además que dicho método fue con posterioridad incorporado a la LGT mediante la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, por lo que se le proporcionó la cobertura necesaria al instrumento previsto en la ley cuestionada.

Como recuerda el Tribunal Supremo, la LGT de 1963 no contemplaba expresamente el valor asignado para la subasta en las fincas hipotecadas en cumplimiento de lo prevenido en la legislación hipotecaria como medio de comprobar el valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos del hecho imponible. Tampoco lo hacía la LGT de 2003 en su redacción originaria. Ambas disposiciones hacían referencia empero con carácter residual a «cualesquiera otros medios que específicamente se determinen en la ley de cada tributo» (Ley de 1963) o a «cualquier otro medio que se determine en la ley propia de cada tributo» (Ley de 2003), sin que, en la Ley reguladora de los tributos afectados se dispusiera nada al efecto. La Ley 36/2006 modificó el artículo 57.1 de la LGT de 2003, incorporando en su letra g) el referido medio de comprobación de valores, modificación que entró en vigor el día siguiente de su publicación en el BOE, el 30 de noviembre de 2006.

El artículo 6 de la Ley de la Asamblea de la Región de Murcia 15/2002, bajo el título «Normas de gestión», disponía que a los solos efectos de la comprobación de valores en el ISD y del ITP y AJD, «se podrá llevar a cabo, en desarrollo de lo establecido en el artículo 52.1 f) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, por cualquiera de los siguientes medios: [...]

c) El valor asignado para la subasta en las fincas hipotecadas en cumplimiento de lo prevenido en la legislación hipotecaria. [...]». Esta norma entró en vigor el 1 de enero de 2003, con arreglo a su disposición final segunda, y fue modificada para adaptarla a la LGT por la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social para 2007<sup>30</sup>.

Del *iter* normativo descrito, se constata que durante el tiempo en que resultó aplicable el artículo 6.Uno.1 c) de la Ley 15/2002 de la Asamblea Regional de Murcia (si se exceptúa el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2006, fecha de entrada en vigor de la Ley estatal 36/2006, y el 1 de enero de 2007, en que inició su vigencia la Ley autonómica 12/2006), no existía en la

<sup>30</sup> La exposición de motivos de la citada Ley 12/2006, de 27 de diciembre, justificaba la modificación consistente en suprimir «del ordenamiento jurídico regional los medios de comprobación de valores propios, establecidos en la Ley 15/2002 [...], ya que han sido incorporados en la Ley 58/2003 [...]. La seguridad jurídica de los contribuyentes hace necesario que no se regulen en normas distintas supuestos idénticos, lo que, estando esos medios de comprobación regulados en la Ley General Tributaria, resulta ociosa su regulación en el ordenamiento regional». El precepto cuestionado, quedó a partir de entonces, redactado como sigue:

«Uno. Comprobación de valores en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados.

Reglamentariamente se podrán regular los aspectos procedimentales de los medios de comprobación de valores establecidos en el artículo 57 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

legislación general tributaria del Estado una previsión específica que, como la ordenación autonómica, considerase medio de comprobación de valores «el valor asignado para la subasta en las fincas hipotecadas en cumplimiento de lo prevenido en la legislación hipotecaria». Sobre la base de lo expuesto, parafraseando la mencionada STC 161/2012, de 20 de septiembre (NCJ057400), el Tribunal Supremo recuerda que este tipo de medidas pueden suponer una invasión de la competencia atribuida al Estado sobre estos tributos en virtud de los artículos 133.1, 157.3 y 149.1.14.<sup>a</sup> de la propia Constitución y, por lo tanto, la inconstitucionalidad de la norma autonómica.

En este orden de ideas, aclara el Tribunal Supremo que «las comunidades autónomas pueden regular aspectos de gestión y liquidación en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y sus administraciones ejercer por delegación las potestades relativas a la gestión de esos tributos y, en particular, incoar expedientes de valores, si bien "utilizando los mismos criterios que el Estado", que son los recogidos en la legislación general tributaria». Dado que ni la LGT ni la específica reguladora del tributo en cuestión contemplaban un medio de comprobación de valores como el recogido en la Ley murciana, el Tribunal Supremo concluye que dicha norma «introdujo un medio de valoración distinto a los del Estado, incurriendo, conforme a lo sostenido por la STC 161/2012 (FJ 7.º), en una inconstitucional extralimitación competencial al conducir a un resultado expresamente prohibido por el artículo 47.1 de la Ley estatal 21/2001». Con arreglo a esta argumentación, se acuerda plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley autonómica «por invadir las competencias del Estado e infringir, por ello, el artículo 149.1.14.<sup>a</sup> de la Constitución Española, en relación con los artículos 133.1, 150.1 y 157, apartados 1 y 3, de la misma; los artículos 10.3 y 19.2 de la LOFCA y el 47.1 de la Ley 21/2001».

Con el parámetro de constitucionalidad fijado por el Tribunal Constitucional y la fundamentación que del mismo realiza el Tribunal Supremo, por el que se exige que se ejerzan las competencias normativas conferidas en relación con la gestión de los tributos cedidos «con arreglo al marco establecido por el Estado»; al que se añade el convencimiento de que las comunidades autónomas pueden regular «aspectos de la gestión y liquidación de los tributos cedidos, en la medida en que dichos aspectos no rompan el sentido del procedimiento de gestión y liquidación, tal como se concibe en la Ley General Tributaria»<sup>31</sup>, pasamos a examinar algunas disposiciones autonómicas que pueden contravenirlo, introduciendo matices importantes con los que se desfigura la propia gestión tributaria en el marco del ISD.

### III. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA GESTIÓN TRIBUTARIA EN EL ISD

Las medidas de gestión tributaria que han adoptado algunas comunidades autónomas en el ISD pasan por la creación de nuevos procedimientos de esta tipología y por la regulación de

<sup>31</sup> COLOMER FERRÁNDIZ, C.: *La Ley General Tributaria y las Oficinas Liquidadoras*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2005, pág. 36.

elementos esenciales de los ya existentes. Con arreglo a la jurisprudencia constitucional reseñada, estas normativas deben ser examinadas desde el prisma de las características esenciales de la gestión tributaria, contenidas en la LGT y perfiladas en el reglamento dictado en su desarrollo.

## 1. LA CREACIÓN DE NUEVOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA EN LOS QUE SE PREVÉ LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE RESOLUCIÓN

Con la finalidad de reforzar la seguridad jurídica, reunir en un solo texto todas las normas vigentes en distintos textos legales, y simplificar y mejorar la gestión del impuesto<sup>32</sup>, se dictó la Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Bajo el epígrafe «Normas de aplicación del tributo», contiene en su título VI un primer capítulo dedicado a la liquidación del impuesto, y un segundo, relativo al pago del mismo. El artículo 68 abre el referido título atribuyendo a la Agencia Tributaria de Cataluña las «competencia en materia de gestión, liquidación, inspección y recaudación» del ISD. De este modo, distingue el legislador, con gran rigor, los ámbitos competenciales de gestión e inspección, sobre los que, además, no tiene facultades equiparables.

Como hemos examinado, en el marco de este tributo cabe la posibilidad de regular mediante normas con rango de ley autonómicas la «gestión y liquidación». También se ceden en virtud de lo dispuesto en el artículo 58.1 de la Ley 22/2009, reguladora del vigente modelo de financiación autonómica, «las funciones previstas en el artículo 141 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria», relativas a la inspección tributaria, y se hace «aplicando las normas legales y reglamentarias que regulen las actuaciones inspectoras del Estado en materia tributaria y siguiendo los planes de actuación inspectora, que habrán de ser elaborados conjuntamente por ambas Administraciones, y de cuya ejecución darán cuenta anualmente las comunidades autónomas al Ministerio de Economía y Hacienda, al Congreso de los Diputados y al Senado». Del régimen de cesión descrito puede deducirse fácilmente que las competencias normativas solo se refieren a la gestión y liquidación, y que las facultades de inspección otorgadas son las previstas en la normativa estatal de referencia, y bajo la potestad de coordinación que ostenta el Estado en esta materia mediante los correspondientes planes de inspección; sin que, por lo tanto, sea posible regulación normativa autonómica alguna referida a las actuaciones y procedimiento de inspección.

Esta aclaración inicial resulta determinante en el análisis del artículo 69 de la ley catalana, dedicado al plazo de resolución de los procedimientos de gestión tributaria propios del ISD. De la rúbrica del precepto pueden deducirse dos aspectos fundamentales: en primer lugar, se regulan procedimientos de gestión tributaria, no de inspección o recaudación; y en segundo lugar, son procedimientos propios, esto es, distintos de los regulados en la LGT y en el Reglamento dictado en su desarrollo, creados por la comunidad autónoma, para la adecuada gestión de este impuesto.

<sup>32</sup> Objetivos esbozados en la exposición de motivos de la norma.

De haberse regulado un procedimiento de inspección específico o aspectos concretos del mismo, la consecuencia sería clara y contundente: la inconstitucionalidad de la disposición en cuestión por no disponer de habilitación legal alguna que la fundamente. En su lugar, intenta eludirse la limitación competencial reseñada mediante la creación de nuevos procedimientos de gestión que incorporan aspectos propios, como veremos a continuación, del procedimiento de inspección.

La alusión a procedimientos de gestión tributaria propios se concreta en el artículo 14 del Decreto 414/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, enumerándose los siguientes:

- a) Procedimiento sobre presunciones de hechos imposables.
- b) Procedimiento para la adición de bienes en la masa hereditaria.
- c) Procedimiento para la deducción de deudas del causante puestas de manifiesto con posterioridad al ingreso del impuesto.
- d) Procedimiento para la deducción de deudas del donante satisfechas por el donatario.

Son identificados como procedimientos de gestión tributaria y podrían justificarse en el artículo 117.2 de la LGT en el que se dispone, como vimos en su momento, que reglamentariamente «se podrán regular otros procedimientos de gestión tributaria a los que serán de aplicación, en todo caso, las normas establecidas en el capítulo II de este título». Pese a lo criticable, por innecesario, que puede llegar a ser, crear nuevos procedimientos de gestión tributaria, cuando los objetivos para los que son establecidos pueden allegarse con los ya existentes; no parecen plantearse objeciones a la posible configuración de los mismos. Eso sí, como preceptúa el artículo reproducido, siempre que sean respetadas las características esenciales de la gestión tributaria.

El apartado primero del artículo 69 establece una declaración de adecuación de los procedimientos de gestión tributaria<sup>33</sup> relativos al ISD a la regulación que del deber de notificación y del cómputo del plazo de resolución contiene el artículo 104.2 de la LGT. Dicho esto, se introducen importantes matices en los procedimientos enumerados que vacían de contenido la afirmación enunciada, en cuanto pueden identificarse con potestades propias del procedimiento de inspección, desdibujando el propio procedimiento de gestión.

En primer término, se fija un plazo de duración de estos procedimientos de gestión tributaria propios de 12 meses (art. 69.2). Este plazo coincide con el previsto en el antiguo artículo 150.1

---

<sup>33</sup> Obsérvese como el apartado primero del artículo 69 se refiere a «procedimientos de gestión tributaria» en lugar de «procedimientos de gestión tributaria propios», presente en la rúbrica de dicho precepto y en el apartado segundo del mismo. El hecho de que la propia rúbrica del precepto aluda a que se van a regular procedimientos propios nos permite concluir que la omisión del apartado primero no significa que dicho precepto no deba resultar de aplicación a los mismos, y deban serlo, únicamente, al resto de procedimientos de gestión tributaria posibles.

de la LGT para los procedimientos de inspección, y duplica los fijados por esta norma para los procedimientos de gestión tributaria. Pese a ello, encontramos algunas referencias en la LGT a la posible determinación mediante la norma reguladora del tributo en cuestión de otro plazo distinto en cada procedimiento, tal y como sucede en el artículo 129.1 en relación con el procedimiento iniciado mediante declaración, o por remisión general al artículo 104.1, en el que se establece un plazo máximo para notificar la resolución de seis meses, «salvo que esté establecido por una norma con rango de ley o en la normativa de la Unión Europea uno diferente». Así sucede en el procedimiento de devolución (art. 126.1), en el de verificación de datos [art. 133.1 d)], en el de comprobación de valores (art. 134.1), y en el de comprobación limitada [art. 139.1 b)].

Vemos como en la configuración de estos procedimientos de gestión tributaria, el legislador estatal ha fijado un plazo concreto de seis meses, pero prevé la elección de otro distinto, con el único requisito de que sea una norma con rango de ley –o disposición comunitaria– la que lo establezca<sup>34</sup>. Por todo ello, no pueden presentarse óbices a la regulación de un plazo de 12 meses para los procedimientos de gestión tributaria propios del ISD, en cuanto respeta las características de la propia gestión y se cumplen las exigencias de la LGT.

La similitud que observábamos en que fuera en concreto 12 meses el plazo dispuesto con respecto al previsto en la anterior redacción de la LGT para el procedimiento de inspección se torna en una confirmación de reproducción literal del precepto reformado tras una simple lectura de los apartados tercero, cuarto y quinto del referido artículo 69.

En primer lugar se establece que con el alcance y los requisitos que se determinen por reglamento, el plazo inicial de 12 meses podrá prorrogarse en un nuevo periodo de como máximo de 12 meses más, siempre que: las actuaciones revistan una especial complejidad; cuando en el curso de las actuaciones se constate que ha habido ocultación de bienes por parte del obligado tributario; o se inicie un procedimiento de comprobación de valores. Acto seguido, en el apartado siguiente, se define «la especial complejidad», en atención a: «a) El número de causahabientes o donatarios o la existencia de desavenencias entre ellos, si inciden en la tramitación del procedimiento. b) El número de bienes transmitidos respecto a los cuales los obligados tributarios soliciten la aplicación de la reducción correspondiente entre las que establecen los títulos I y II, especialmente en caso de las participaciones en entidades y de la actividad empresarial o profesional del transmitente. c) La dispersión geográfica de los bienes o las actividades del transmitente, especialmente en caso de bienes situados fuera del territorio de Cataluña. d) Las demás circunstancias que se establezcan por reglamento». Por último, el apartado quinto sostiene que el acuerdo de ampliación «debe adoptarse en todo caso por medio de resolución motivada, que debe exponer los hechos e indicar los fundamentos de derecho».

<sup>34</sup> Como afirma la profesora FERNÁNDEZ JUNQUERA, «se agradece la referencia a que la norma tenga rango legal, pues la redacción del artículo 23 de la LDGC al referirse simplemente a la normativa dejaba la duda de si dicho plazo podía ser modificado por norma de rango inferior, o por el contrario, dejaba vigente otros plazos distintos contenidos en Reglamentos». («Capítulo V. Los procedimientos tributarios...», *op. cit.*, pág. 520).

Vemos como en tres apartados se desgana el contenido de los párrafos segundo, tercero y cuarto del tantas veces referido artículo 150.1 de la LGT, en el que se regulaba la misma posibilidad de ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras<sup>35</sup>.

De la dicción literal de ambas normas, se concluye fácilmente la transcripción prácticamente literal que de la LGT efectúa la ley autonómica, no limitada a la determinación de los mismos plazos, como señalamos en su momento, sino extrapolable a las propias causas de ampliación y a las condiciones que debe reunir el acuerdo de ampliación. Introduce la misma remisión reglamentaria al desarrollo de las causas de ampliación, y alude a dos de ellas: especial complejidad y ocultación, las dos únicas previstas en la dicción anterior del artículo 150.1, y que tras la reforma de la LGT han desaparecido<sup>36</sup>; incorporando una tercera no prevista, como resulta obvio dada la naturaleza de este procedimiento, en dicho precepto, cual es el inicio de un procedimiento de comprobación de valores.

La norma autonómica cuestionada solo define la «especial complejidad» y no realiza ninguna precisión respecto de qué debe entenderse por «ocultación». Como es sabido, ambas circunstancias fueron definidas por el artículo 150 de la LGT y concretadas en el artículo 184 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las ac-

<sup>35</sup> En el que puede leerse: «No obstante, podrá ampliarse dicho plazo, con el alcance y requisitos que reglamentariamente se determinen, por otro periodo que no podrá exceder de 12 meses, cuando en las actuaciones concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando revistan especial complejidad. Se entenderá que concurre esta circunstancia atendiendo al volumen de operaciones de la persona o entidad, la dispersión geográfica de sus actividades, su tributación en régimen de consolidación fiscal o en régimen de transparencia fiscal internacional y en aquellos otros supuestos establecidos reglamentariamente.
- b) Cuando en el transcurso de las mismas se descubra que el obligado tributario ha ocultado a la Administración tributaria alguna de las actividades empresariales o profesionales que realice.

Los acuerdos de ampliación del plazo legalmente previsto serán, en todo caso, motivados, con referencia a los hechos y fundamentos de derecho».

<sup>36</sup> Como se comentó en su momento, la vigente redacción del artículo 150 de la LGT transcrito pasa por la fijación de un plazo ampliado de 27 meses cuando el volumen de operaciones del obligado tributario sea igual o superior al requerido para auditar cuentas y cuando esté integrado en un grupo sometido al régimen de consolidación fiscal o al régimen especial de grupo de entidades que esté siendo objeto de comprobación inspectora. Coincidimos con JUAN LOZANO cuando sostiene que «La comparación entre el tenor literal de la norma prevista en el Anteproyecto y el contexto normativo arroja una conclusión evidente: los dos únicos supuestos previstos quedan configurados por elementos de contrastación puramente objetiva, sin margen de valoración alguna ni apreciación subjetiva; se elimina pues la necesidad de desarrollo reglamentario que había venido condicionado por los dos conceptos jurídicos indeterminados introducidos en la LGT: la complejidad y la ocultación». («La regulación del plazo de inspección prevista en el Anteproyecto de modificación de la Ley General Tributaria. Sobre la búsqueda de la reducción de litigiosidad, seguridad jurídica y eficacia sin menoscabo de garantías», *Crónica Tributaria*, núm. 153, 2014, pág. 187). En el examen de este precepto, el profesor LOZANO SERRANO también critica que se deslegalice la tipificación de casos en que puede acordarse la ampliación del plazo. («Régimen jurídico del procedimiento inspector», *Nuevo régimen jurídico de los procedimientos tributarios*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 77, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 263).

tuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

La «especial complejidad» que define la norma catalana dista mucho de la exhaustividad con la que esta fue desarrollada por el reglamento estatal. En la ley, solo alude al número de causahabientes, de bienes y a la dispersión geográfica de los mismos, remitiéndose al reglamento para el resto de situaciones posibles. Sin embargo, el artículo 14 del Decreto 414/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del ISD en esta comunidad, no hace alusión alguna a las mismas. Tampoco contiene, en este caso, ni la ley ni el reglamento catalán, definición alguna de qué se entiende por ocultación, a diferencia de lo que sucede en el artículo 184.3 del referido Reglamento estatal de gestión e inspección tributaria.

Respecto de la tercera causa de ampliación prevista en la norma autonómica, relativa a la iniciación de «un procedimiento de comprobación de valores», debe tenerse en cuenta que cuando se realizan actuaciones de comprobación de valores, en el marco de un procedimiento de gestión tributaria o de inspección, el artículo 159 del reglamento dispone en su apartado tercero que «será de aplicación lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y en la subsección siguiente de este reglamento, salvo lo relativo al plazo máximo de resolución, que será el del procedimiento que se esté tramitando». Con la claridad del precepto de aplicación general transcrito, el plazo máximo de resolución debe ser el del procedimiento que se esté tramitando, plazo que en el caso de procedimientos de gestión tributaria será de seis meses y en el caso del procedimiento de inspección será, en principio y salvo ampliación motivada, de 12 meses.

Esta remisión al plazo del procedimiento que se está tramitando cuando tengan lugar las actuaciones de comprobación de valores constituye una garantía para los obligados tributarios al quedar dichas actuaciones sometidas al mismo, sin perjuicio de que pudieran computarse periodos de interrupción justificada al amparo de lo dispuesto en el artículo 104.2 de la LGT y 103 del reglamento dictado en su desarrollo<sup>37</sup>.

Por todo ello consideramos que en los procedimientos de gestión tributaria propios del ISD regulados por la ley catalana examinada pueden llevarse a efecto actuaciones de comprobación de valores, pero sometidas al plazo de duración previsto para dichos procedimientos, esto es, al plazo de 12 meses. Con la introducción de esta tercera posibilidad de ampliación se quiebra, como en

---

<sup>37</sup> Uno de los periodos de interrupción justificada que no se incluirán en el plazo de resolución es el del supuesto previsto en la letra a) del referido artículo 103 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, consistente en la petición de datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos a otros órganos o unidades administrativas de la misma o de otras Administraciones. El plazo de interrupción abarca el tiempo que transcurre desde la remisión de la petición hasta la recepción de aquellos por el órgano competente para continuar el procedimiento. Esta interrupción no puede exceder, para todas las peticiones de datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos que pudieran efectuarse, de seis meses; o de doce meses, cuando se trate de solicitudes formuladas a otros Estados.

los dos supuestos anteriores, la propia naturaleza de los procedimientos de gestión tributaria, a la que se añade la ruptura del esquema procedimental fijado por la propia LGT y el Reglamento dictado en su desarrollo cuando tienen lugar actuaciones de comprobación de valores en los mismos.

Llegados a este punto debemos incidir en el hecho de que la ampliación del plazo no está prevista en ninguno de los procedimientos de gestión tributaria, y en el caso del procedimiento de inspección, debe considerarse una medida excepcional. En este último, además se incluía una segunda garantía ausente en el precepto autonómico que examinamos, cuando el ya reformado artículo 150.2 de la LGT imponía que las actuaciones inspectoras no pudieran interrumpirse de forma injustificada durante más de seis meses<sup>38</sup>. Este segundo límite relativo al plazo de las actuaciones inspectoras reforzaba la posición del sujeto inspeccionado y proporcionaba seguridad y certeza a este procedimiento, restringiendo, en cierta medida, las potestades que se le atribuían a la Administración en sede del procedimiento inspector<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Sobre la conveniencia de generalizar el plazo de seis meses a todos los procedimientos de gestión tributaria, el profesor FALCÓN Y TELLA considera que «la aplicación por analogía del plazo de seis meses (a los efectos exclusivamente de considerar no interrumpida la prescripción) en todos los procedimientos de gestión tributaria, debe verse no solo como una defensa del legítimo derecho del contribuyente a un procedimiento sin dilaciones indebidas, sino también como la opción por un plazo cuya duración supera la prevista con carácter supletorio en el procedimiento administrativo común. Ni que decir tiene que en aras a la seguridad jurídica sería preferible una norma reglamentaria o legal que, a efectos de recaudación y otros procedimientos no liquidatorios, reprodujera lo dispuesto actualmente en el artículo 31.4 del Reglamento de Inspección. Pero en tanto se apruebe dicha norma, nada impide, en mi opinión, colmar por analogía la laguna existente, dado que la analogía solo está vedada en el ámbito tributario en relación con el hecho imponible y las exenciones». («Interrupción de las actuaciones inspectoras y consumación de la prescripción: la conveniencia de generalizar el plazo de seis meses a todos los procedimientos de gestión tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 5, 1997, pág. 8).

<sup>39</sup> Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que la consecuencia derivada del incumplimiento de los plazos del procedimiento inspector –de 12 o 24 meses, y de no interrupción de las actuaciones por más de seis– no era, a diferencia de lo que sucede con los procedimientos de gestión tributaria, la caducidad sino la no interrupción del cómputo del plazo de prescripción como consecuencia de las actuaciones realizadas en el curso de ese procedimiento y la consideración de espontáneos de los ingresos realizados desde el inicio del mismo hasta la reanudación de las actuaciones, tal y como disponía el anterior artículo 150.2 de la LGT. Sobre este particular, compartimos la opinión del profesor DE LA PEÑA VELASCO cuando manifiesta que «al margen de las dificultades prácticas que en su caso pueda representar la determinación de a quien resulta imputable la superación de los plazos establecidos (al obligado o a la Administración), desde un punto de vista sustantivo, no se aprecia razón alguna por la cual en este procedimiento cuando la inactividad sea imputable a la Administración y de ello se derive un incumplimiento del plazo establecido para la terminación del procedimiento la consecuencia de ello no sea, como en todos los demás casos, la caducidad del procedimiento». («Inactividad e incumplimiento de los plazos por la Administración Tributaria...», *op. cit.*, pág. 424). De igual modo, HERNANZ MARTÍN considera que «si, además, tenemos en cuenta que el silencio en las actuaciones inspectoras no puede provocar el nacimiento de un acto presunto contra el que poder reaccionar, es evidente que la única medida eficaz de defensa en manos del contribuyente sería que el ordenamiento jurídico estableciera abiertamente la figura de la caducidad del procedimiento, como forma de evitar la inseguridad jurídica que provoca la pendencia indefinida del procedimiento». («El tiempo en las actuaciones inspectoras», *Impuestos*, núm. 8, 2003, págs. 321 y 322). Como puntualiza el profesor LOZANO SERRANO, «bien puede decirse que el incumplimiento de los plazos del procedimiento no tiene efecto alguno sobre el procedimiento mismo. Es, por el contrario, sobre las obligaciones tributarias que en él se comprueben sobre las que incidirá esa inobservancia de los plazos». («Régimen jurídico del procedimiento inspector...», *op. cit.*, pág. 265).

Los paralelismos observados y las carencias apuntadas no deben hacernos perder la perspectiva de la crítica central a la normativa autonómica. Únicamente se esbozan para que se constate, por un lado, que se reproduce una transcripción de las normas que regulan el plazo y su ampliación en el procedimiento de inspección; y por otro, que solo se realiza una reproducción parcial, obviando garantías esenciales que operan en este procedimiento.

Con independencia de cómo sea realizada, al amparo de la LGT podemos sostener con rotundidad que un procedimiento de gestión tributaria no puede contener la posibilidad de ampliación del plazo de resolución.

No está prevista en el artículo 104 de aplicación general, ni en los procedimientos contenidos en el artículo 123.1 de la LGT, en los que el transcurso del plazo de seis meses sin que haya sido dictada resolución, conlleva la caducidad del procedimiento [arts. 127, 130 b), 133.1 d) y 139.1 c) LGT].

De la posibilidad de ampliación del plazo prevista en relación con los procedimientos creados por la norma autonómica no se deducen potestades propias de un procedimiento de gestión tributaria. La posibilidad de que una norma con rango de ley modifique dicho plazo no debe confundirse con que además de fijar un nuevo plazo, este pueda verse con posterioridad ampliado cuando medien determinadas condiciones. Con esta regulación, la norma autonómica deforma los procedimientos que califica como «propios de gestión tributaria» y los convierte, con la posible ampliación del plazo de 12 meses más y la observancia de criterios como la especial complejidad o la ocultación, en procedimientos imbuidos por el procedimiento de inspección, extralimitándose en la atribución competencial reseñada.

## 2. LA REGULACIÓN DE LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN TRIBUTARIA INICIADO MEDIANTE DECLARACIÓN

El artículo 117 de la LGT enumera y detalla las funciones de gestión, incluyendo en su letra a), «La recepción y tramitación de declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos y demás documentos con trascendencia tributaria». Una declaración tributaria es un documento presentado ante la Administración tributaria donde se reconoce o manifiesta la realización de cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos<sup>40</sup>. Una vez presentada por el obligado, la Administra-

<sup>40</sup> Tal y como dispone el artículo 119 de la LGT: «Si se compara este concepto con el que daba el artículo 102 de la LGT de 1963, la primera diferencia que se aprecia es la amplitud del primero respecto al carácter más restrictivo de la antigua definición; pues mientras que el artículo 102 se circunscribía a la manifestación o reconocimiento por parte del obligado tributario de la producción de las circunstancias o elementos integrantes de un hecho imponible, el artículo 119 alude a cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos». (ORTIZ CALLE, E.: «Actuaciones y procedimientos de gestión tributaria», *Estudios de la Ley General Tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 508).

ción inicia un procedimiento que tiene como finalidad la cuantificación de la obligación tributaria mediante la práctica de una liquidación provisional.

El procedimiento iniciado mediante declaración se regula en los artículos 128, 129 y 130 de la norma, manteniendo el esquema que marca la configuración de cada uno de estos procedimientos, esto es, el inicio, su tramitación y las formas de terminación.

Para que tenga cabida este procedimiento, resulta necesario que la ley reguladora del correspondiente tributo así lo establezca, previendo la posibilidad de que el obligado tributario comunique los datos necesarios para que la Administración tributaria practique la pertinente liquidación provisional. Ello no implica la aceptación o el reconocimiento de la procedencia de la obligación tributaria. Una vez presentada la declaración, la Administración tributaria deberá notificar la liquidación en un plazo de seis meses desde el día siguiente a la finalización del plazo para presentar la declaración o desde el siguiente a la comunicación de la Administración por la que se inicie el propio procedimiento. A estos efectos, el órgano competente podrá utilizar los datos consignados por el obligado tributario en su declaración o cualquier otro que obre en su poder, teniendo también la posibilidad de requerir al obligado para que aclare los datos consignados en su declaración o presente justificante de los mismos. Asimismo, se prevé la realización de actuaciones de comprobación de valores<sup>41</sup>.

Efectuadas las operaciones de calificación y cuantificación oportunas, la Administración tributaria notificará, sin más trámite, la liquidación que proceda, salvo en aquellos supuestos en los que se hayan realizado actuaciones de comprobación y los datos o valores tenidos en cuenta por la Administración tributaria no se correspondan con los consignados por el obligado en su declaración. En este supuesto, la propuesta de liquidación deberá incluir una mención expresa de esta circunstancia, con una referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho que la motiven, y conferir un trámite de alegaciones para que el obligado tributario disponga lo que convenga a su derecho.

La terminación del procedimiento se producirá, en la mayoría de los casos, mediante la notificación de la liquidación provisional practicada por la Administración tributaria. Pero si transcurre el plazo legalmente previsto sin que se haya practicado dicha notificación, el procedimiento caducará, pudiendo la Administración iniciar de nuevo el mismo dentro del plazo de prescripción, con la prevención de que las actuaciones realizadas en los procedimientos caducados

---

<sup>41</sup> Con acierto, el profesor TEJERIZO LÓPEZ sostiene en relación con este procedimiento que «puede ser más complejo que lo inicialmente previsto, puesto que ya no se trata de liquidar provisionalmente teniendo en cuenta solo y exclusivamente los datos que facilite el sujeto pasivo, como sucedía en 1963, sino que la liquidación puede venir precedida de una actividad inquisitiva de los órganos competentes. Si esto es así, y parece que caben pocas dudas al respecto, hay que convenir en la afirmación de que este procedimiento puede semejarse, en algunos casos, al de comprobación», debiendo entonces aplicarse las cautelas y los límites relativos al carácter de la liquidación que se practique y la trascendencia que tiene la inactividad de la Administración Tributaria. («El procedimiento de gestión tributaria...», *op. cit.*, págs. 436 y 437).

no interrumpirán el plazo de prescripción ni se considerarán requerimientos administrativos, en atención a lo dispuesto en el artículo 104.5 de la LGT. Como hemos indicado, la Administración tributaria dispone de un plazo de seis meses para notificar la respectiva liquidación. Este plazo puede ser modificado cuando la normativa de cada tributo lo señale, en virtud a lo dispuesto en el artículo 129.1 de la LGT.

En la regulación de este procedimiento, la LGT efectúa dos importantes remisiones a la norma reguladora de cada tributo. En primer lugar, para que prevea la posibilidad de gestionarlo mediante la presentación de la correspondiente declaración; y, en segundo lugar, para que, si lo estima oportuno, modifique el plazo inicialmente fijado de seis meses, para la notificación de la correspondiente liquidación provisional.

Prevista la posibilidad de gestionar este impuesto mediante el régimen de declaración tributaria, debemos llegados a este punto abordar la segunda remisión que la LGT efectuaba a la norma reguladora de cada tributo, cual es la posibilidad de modificar el plazo de seis meses en ella previsto para la notificación de la correspondiente liquidación provisional.

Ni la LISD ni el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, RISD), contienen disposición alguna tendente a regular el procedimiento iniciado mediante declaración. El extenso título II del RISD, se centra en el régimen de presentación de los documentos y en la regulación de la autoliquidación, sin que se precise nada respecto del plazo referido cuando el procedimiento se inicia mediante declaración.

Sí lo ha hecho la Comunidad Autónoma de Extremadura, en el artículo 18 de la Ley 1/2015, de 10 de febrero, por la que se aprueban las medidas tributarias, administrativas y financieras de esta región, reproduciendo el artículo 69 de la Ley 19/2010, de 7 de junio, reguladora del ISD en Cataluña que hemos examinado en el epígrafe anterior. A diferencia de su precursora, el legislador extremeño no contempla la creación de nuevos procedimientos de gestión tributaria, sino que elige regular, directamente, el propio procedimiento de gestión tributaria iniciado mediante declaración.

En primer lugar, la norma dispone que el plazo de resolución del procedimiento iniciado mediante declaración del ISD sea de 12 meses. Como hemos avanzado, en consonancia con lo previsto en la LGT, en la LOFCA y la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, reguladora del vigente modelo de financiación autonómica, no existe tacha de inconstitucionalidad alguna para que el plazo de seis meses fijado por el artículo 129.1 de la LGT sea ampliado en seis meses más hasta llegar a los 12 meses previstos en la norma autonómica. A distinta conclusión llegamos cuando abordamos los apartados tercero, cuarto y quinto del mismo artículo 18, en los que se desarrolla la posible ampliación a 12 meses más del plazo de resolución, con idéntico formato que los mismos apartados del artículo 69 de la ley catalana. De esta manera, cuando las actuaciones revisitan especial complejidad, se constate que ha habido ocultación de bienes por parte del obligado tributario, o se inicie un procedimiento de comprobación de valores, el plazo del procedimiento iniciado mediante declaración podrá alcanzar en Extremadura un total de 24 meses.

Al igual que la ley reguladora de este tributo en Cataluña, se define la «especial complejidad», atendiendo al número de causahabientes o donatarios o a la existencia de desavenencias entre ellos; al de bienes transmitidos respecto a los cuales los obligados tributarios soliciten la aplicación de reducciones y a la dispersión geográfica de los bienes o a las actividades del transmitente, cerrando el listado la pertinente remisión reglamentaria. Por último, se precisa que el acuerdo de ampliación debe adoptarse en todo caso por medio de resolución motivada, que debe exponer los hechos e indicar los fundamentos de derecho.

Con la medida introducida por el legislador autonómico se distorsiona la gestión tributaria y el propio procedimiento iniciado mediante declaración. Se vulneran las disposiciones legales y reglamentarias que regulan este procedimiento, y las que determinan las reglas de tramitación del mismo cuando se lleven a cabo actuaciones de comprobación de valores. Se formaliza de este modo la aparente conversión del procedimiento de gestión iniciado mediante declaración en un «pseudo-procedimiento» de inspección, a lo que se añade las importantes carencias que además no son observadas en el mismo, como la relativa a la interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario.

En relación con la posible transposición de criterios y elementos esenciales del procedimiento de inspección a los procedimientos de gestión tributaria, resulta muy significativa la reciente Resolución de 12 de marzo de 2015 (NFJ057536) del Tribunal Económico-Administrativo Central, por la que se concluye que el anterior artículo 150.5 de la LGT no era susceptible de aplicarse analógicamente a los procedimientos de gestión tributaria por las razones siguientes:

- a) «Porque aun cuando este precepto no tiene por qué ser objeto de interpretación restrictiva, se encuentra ubicado sistemáticamente no entre las normas comunes a los diferentes procedimientos de aplicación de los tributos sino, bien al contrario, dentro de un precepto referido exclusivamente a las actuaciones inspectoras.
- b) Porque en sede de procedimiento inspector no existe caducidad y por lo tanto son diferentes en los procedimientos de gestión los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento anuda al incumplimiento de su plazo máximo de duración.
- c) Porque carecería de lógica otorgar en caso de retroacción en procedimientos de gestión un plazo adicional de otros seis meses, plazo este que coincidiría con el plazo máximo que inicialmente tenía la Administración para llevar a cabo el procedimiento, por contraposición a lo prevenido para la retroacción en el caso del procedimiento inspector, donde el legislador prevé un posible plazo máximo adicional de seis meses para un procedimiento que tiene una duración inicial prevista de al menos el doble (12 meses) o, incluso, de 24 meses en los casos en los que antes de la retroacción se hubiera acordado en el procedimiento la ampliación del plazo».

Coincidimos con el profesor PALAO TABOADA cuando en el examen del procedimiento iniciado mediante declaración sostiene que «lo verdaderamente importante de la regulación de este

procedimiento en la LGT es el establecimiento de un plazo de caducidad de seis meses para notificar la liquidación»<sup>42</sup>, garantía que es anulada con la regulación comentada. Todo ello nos conduce, como hemos indicado, a concluir que con la medida examinada se produce la desconfiguración del procedimiento iniciado mediante declaración, quebrando la estructura que en materia procedimental es marcada por la LGT y por el reglamento de gestión e inspección tributaria dictado en su desarrollo.

Así lo ha considerado también la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura, de 30 de abril de 2015, para el estudio y propuesta de solución de las discrepancias competenciales manifestadas en relación con diversos preceptos de la examinada Ley de medidas fiscales de esta región para 2015, entre los que se encontraba el cuestionado artículo 18. Uno de los puntos principales del Acuerdo de dicha Comisión, recogido en la Resolución de 24 de noviembre de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2015), consiste en el compromiso de supresión de los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 18 y en la nueva redacción de este precepto en los siguientes términos:

«Artículo 18. Plazo de resolución del procedimiento iniciado mediante declaración del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

En el procedimiento iniciado mediante declaración relativo al impuesto sobre sucesiones y donaciones, el deber de notificación y el cómputo del plazo de resolución se rigen por las reglas que determina el artículo 104.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

Queda de este modo corregida la inconstitucionalidad manifiesta de este precepto que, debemos recordar, trae causa de una completa reproducción del artículo 69 de la Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de Cataluña, norma que sigue vigente y cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada.

<sup>42</sup> «La gestión tributaria y el proyecto...», *op. cit.*, pág. 2.951. De igual modo, para el profesor ORTIZ CALLE, «es loable que, en línea con el señalamiento de un plazo máximo en que deben notificarse las resoluciones en materia tributaria (art. 104 de la LGT), se ordene a la Administración tributaria que notifique –y, por tanto, no solo que practique– la liquidación pertinente en un plazo máximo de seis meses». («Actuaciones y procedimientos de gestión...», *op. cit.*, pág. 533). Una de las principales críticas que esbozaba el profesor TEJERIZO LÓPEZ a la regulación que de los plazos se contenía en la entonces vigente Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes era que «no regula las consecuencias que produce el incumplimiento de los plazos en la resolución de los procedimientos de la Hacienda Pública», y con acierto, vaticinaba las consecuencias que tendrían con la aprobación de la LGT del 2003 y que derivaban de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuales son: «caduca el derecho de la Hacienda Pública a tramitar el procedimiento. Las actuaciones administrativas llevadas a cabo no interrumpen el periodo de prescripción, en modo tal que deben entenderse, a estos efectos, como no realizadas. La Administración tributaria puede volver a iniciar otro procedimiento que tenga la misma finalidad que el caducado, siempre dentro del periodo de prescripción». («Procedimientos tributarios y garantías del contribuyente. Una perspectiva constitucional», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, págs. 717 y 718).

Hay que advertir de que la declaración de inconstitucionalidad de la regulación catalana<sup>43</sup>, podría conllevar la nulidad de los acuerdos de ampliación de los plazos previstos, de modo que transcurrido el plazo legalmente establecido para resolver, debería decretarse la caducidad de los procedimientos tramitados. En virtud de lo dispuesto en el artículo 104.5 de la LGT tales procedimientos no interrumpirían los plazos de prescripción ni se considerarían requerimientos administrativos a los efectos previstos en el artículo 24.1 de la LGT, lo que podría provocar que transcurrido el plazo de prescripción, no pudieran ser regularizadas con la pertinente liquidación las adquisiciones previstas en el hecho imponible del ISD, con la consiguiente pérdida de recursos para dicha Hacienda autonómica<sup>44</sup>.

Resulta fundamental «lograr una aplicación homogénea de los tributos cedidos y de potenciar las relaciones de funcionamiento entre el Estado y las comunidades autónomas y entre estas entre sí a tal fin»<sup>45</sup>. No hay que olvidar, como matiza el profesor CAYÓN GALIARDO, que la normativa que pudiesen dictar las comunidades autónomas en relación con los tributos cedidos «no debería ser diferente de la regulación que se contiene en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley del IRPF) o en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Ley del IS) sobre los aspectos de gestión de estos tributos, que no hacen sino adaptar las normas generales de gestión tributaria a las especificidades de cada figura»<sup>46</sup>.

#### IV. PALABRAS FINALES

En ejercicio de las competencias normativas que han sido conferidas por las normas reguladoras del vigente modelo de financiación autonómica, algunos legisladores autonómicos han creado sus propios procedimientos de gestión tributaria en el ISD, fijando un plazo de resolución que puede verse ampliado cuando concurren determinadas circunstancias. En otros supuestos, se ha optado directamente por regular el procedimiento de gestión tributaria iniciado mediante declaración, concretando un plazo de resolución más amplio que el previsto en la LGT, que también puede ser objeto de ampliación en ciertos casos.

<sup>43</sup> Se hace referencia en exclusiva a la inconstitucionalidad de la normativa de Cataluña al entender que va a materializarse el compromiso asumido en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura en relación con la Ley 1/2015, de 10 de febrero, de medidas tributarias, administrativas y financieras de la Comunidad Autónoma de Extremadura, por el que se derogan los apartados del artículo 18 dedicados a la regulación de la ampliación del procedimiento de declaración tributaria en el ISD. De no producirse la modificación comprometida, la regulación vigente en dicha región presentaría, en nuestra opinión, idénticos visos de inconstitucionalidad.

<sup>44</sup> Debemos tener en cuenta que «la regla general debe ser que cualquier acto ilegal, sea nulo o anulable, carece de capacidad para interrumpir la prescripción» [VV. AA.: «Prescripción», *Derecho y práctica tributaria*, CAAMAÑO ANIDO, M. A. (dir.), Registro General de Asesores Fiscales, Madrid, 2013, pág. 437].

<sup>45</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, A.: *La gestión de los tributos autonómicos*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 55.

<sup>46</sup> «La aplicación de la LGT a todas las Administraciones Públicas», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 63, 2003, pág. 13.

En los procedimientos de gestión tributaria, la LGT no prevé la ampliación del plazo máximo para dictar resolución, lo que, sin duda, constituye una garantía importante que opera en favor de los obligados tributarios. Si está prevista que mediante ley se modifique dicho plazo, pero esta modificación no debe confundirse con que además de fijar un nuevo plazo, este pueda verse con posterioridad ampliado cuando medien determinadas condiciones.

Con las ampliaciones de los plazos para resolver previstas, en las que se reproduce parcialmente la antigua redacción del artículo 150.1 de la LGT relativo al plazo de las actuaciones inspectoras, la normativa autonómica desnaturaliza la propia gestión tributaria, configurando procedimientos imbuidos por el procedimiento de inspección, lo que se traduce en una extralimitación de la atribución competencial señalada que debe reputarse inconstitucional.

En el caso de Extremadura, esta inconstitucionalidad ha quedado plasmada en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura de 3 de noviembre de 2015, en el que se recoge el compromiso de derogación de los apartados cuestionados.

La regulación autonómica estudiada mantiene una redacción confusa que con gran acierto, ha sido corregida por el legislador estatal mediante la referida Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; una vez habían sido constatadas las dificultades de interpretación y las carencias que tenía el precepto referido; procediendo a la eliminación de las causas que en la actualidad son reproducidas en las normas autonómicas dado el elevado grado de subjetividad y la deslegalización que supone la remisión reglamentaria en una cuestión de máxima relevancia.

No cabe duda de que las comunidades autónomas pueden regular la gestión y liquidación del ISD para adecuarla a las peculiaridades y singularidades que concurren en su territorio, pero estas competencias no son absolutas e indeterminadas, sino que, como ha puntualizado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 161/2012, de 20 de septiembre (NCJ057400), deben ejercitarse «siempre dentro del marco establecido por el Estado».

Cobran, más de tres décadas después, todo el sentido las palabras que el Tribunal Supremo plasmó en su Sentencia de 24 de abril de 1984 (NFJ000051), cuando defendía en el examen de la entonces vigente Ley General Tributaria que «la distribución de funciones que la ley consagra, al repercutir directamente sobre los contribuyentes, configurando normas de procedimiento, que tienen también un aspecto garantizador, no puede estimarse sea una estructura que quede sometida a la libre discrecionalidad de la potestad organizatoria de la Administración, y ello ni invocando necesidades y conveniencias del servicio, ni en base a la eficacia y celeridad de la acción administrativa, salvo que por otra disposición con rango de ley, se alteren aquellos principios, que como de orden público, y que hasta que esto último no suceda, han de ser respetados».

Con el convencimiento de la necesidad de respetar, al amparo de la distribución competencial constitucional examinada, el marco normativo estatal integrado por la LGT y por el Reglamento dictado en su desarrollo, debemos concluir que las disposiciones autonómicas estudiadas

adolecen de inconstitucionalidad por invadir las competencias del Estado e infringir, por ello, el artículo 149.1.14.<sup>a</sup> de la Constitución española, en relación con los artículos 133.1, 150.1 y 157, apartados 1 y 3, de la misma; los artículos 10.3 y 19.2 c) de la LOFCA y el 48.2 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el vigente sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía.

---

## Bibliografía

ADAME MARTÍNEZ, F. [2014]: «Los procedimientos de verificación de datos y comprobación limitada: cuestiones problemáticas y propuestas de reforma», *Crónica Tributaria*, núm. 53.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. [2007]: «Análisis del dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley General Tributaria», *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid.

ÁLVAREZ CONDE, E. [2007]: *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, Madrid.

ARIAS VELASCO, J. [1984]: *Procedimientos tributarios*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid.

BERTRÁN GIRÓN, M. [2008]: *Los procedimientos de aplicación de los tributos por los órganos de gestión*, Aranzadi, Cizur Menor.

– [2010]: «La terminación impropia de los procedimientos tributarios», *Quincena Fiscal*, núm. 20.

CALVO ORTEGA, R. [2003]: «Tributos cedidos: concepto, evolución y problemas actuales», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. 53, núm. 268.

– [2006]: «Los tributos propios de las comunidades autónomas: algunas reflexiones sobre su futuro», *Nueva Fiscalidad*, núm. 6.

CALVO VÉRGEZ, J. [2011]: «El Consejo de Política Fiscal y Financiera en el nuevo modelo de financiación autonómica», *La revisión del régimen común de financiación autonómica*, MERINO JARA, I. (coord.), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

CAYÓN GALIARDO, A. [2003]: «La aplicación de la LGT a todas las Administraciones Públicas», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 63.

COLOMER FERRÁNDIZ, C. [2005]: *La Ley General Tributaria y las Oficinas Liquidadoras*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid.

CORDERO GONZÁLEZ, E. M. y MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2011]: «La delegación de competencias de aplicación y revisión de los tributos cedidos en el nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas», *Quincena Fiscal*, núm. 13.

DE LA PEÑA VELASCO, G. [2008]: «Inactividad e incumplimiento de plazos por la Administración tributaria y la posición jurídica del obligado tributario», *Justicia y Derecho Tributario. Libro Homenaje al Profesor Julio Banacloche Pérez*, La Ley, Madrid.

FALCÓN Y TELLA, R. [1997]: «Interrupción de las actuaciones inspectoras y consumación de la prescripción: la conveniencia de generalizar el plazo de seis meses a todos los procedimientos de gestión tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 5.

FERNÁNDEZ JUNQUERA, M. [2009]: «Capítulo V. Los procedimientos tributarios: aspectos comunes y procedimientos de gestión», *Comentarios a la Ley General Tributaria*, Thomson Reuters, Cizur Menor.

HERNANZ MARTÍN, A. [2003]: «El tiempo en las actuaciones inspectoras», *Impuestos*, núm. 8.

JUAN LOZANO, A. M. [2014]: «La regulación del plazo de inspección prevista en el Anteproyecto de modificación de la Ley General Tributaria. Sobre la búsqueda de la reducción de litigiosidad, seguridad jurídica y eficacia sin menoscabo de garantías», *Crónica Tributaria*, núm. 153.

LOZANO SERRANO, C. [2006]: «Régimen jurídico del procedimiento inspector», *Nuevo régimen jurídico de los procedimientos tributarios*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 77, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

MAGRANER MORENO, F. J. [1995]: *La comprobación tributaria de los órganos de gestión*, Aranzadi, Cizur Menor.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. [2008]: «Una reflexión sobre algunos aspectos comunes a los procedimientos de gestión tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 19.

ORTIZ CALLE, E. [2006]: «Actuaciones y procedimientos de gestión tributaria», *Estudios de la Ley General Tributaria*, Lex Nova, Valladolid.

PALAO TABOADA, C. [1998]: «La Ley General Tributaria desde la perspectiva constitucional: crisis y reforma», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100.

– [2006]: «La gestión tributaria y el proyecto de Reglamento», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 4.

PATÓN GARCÍA, G. [2010]: «Análisis comparativo sobre la tutela del contribuyente en el procedimiento de comprobación limitada y en el procedimiento inspector», *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a A. Rodríguez Bereijo*, ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dir.), tomo II, Aranzadi, Cizur Menor.

RAMALLO MASSANET, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. J. [2000]: «El Consejo de Política Fiscal y Financiera y la financiación de las comunidades autónomas», *Papeles de Economía Española*, núm. 83.

RAMOS PRIETO, J. [2001]: *La cesión de impuestos del Estado a las comunidades autónomas. Concepto, régimen jurídico y articulación constitucional*, Comares, Granada.

RODRÍGUEZ BEREJO, A. [1985]: «Una reflexión sobre el sistema general de la financiación de las comunidades autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15.

RUBIO GUERRERO, J. J. [2004]: «La nueva Ley General Tributaria: génesis, objetivos y principales modificaciones», *Crónica Tributaria*, núm. 110.

SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V. [2004]: «Gestión tributaria», *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, PALAO TABOADA, C. (coord.), CEF, Madrid.

SANZ CLAVIJO, A. [2009]: *La caducidad del procedimiento. Su aplicación en el ámbito administrativo y tributario*, La Ley.

SIMÓN ACOSTA, E. [2007]: «La reforma de la financiación autonómica», *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid.

SOLER ROCH, M. T. [2007]: «Reflexiones en torno a la nueva Ley General Tributaria», *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid.

TEJERIZO LÓPEZ, J. M. [1997]: «Las funciones de los órganos de gestión tributaria: algunas consideraciones críticas», *Quincena Fiscal*, núm. 3.

- [1998]: «Procedimientos tributarios y garantías del contribuyente. Una perspectiva constitucional», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100.
- [2007]: «El procedimiento de gestión tributaria», *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*, Dykinson, Madrid.

VILLARÍN LAGOS, M. [2000]: *La cesión de impuestos estatales a las comunidades autónomas*, Lex Nova, Valladolid.

VV. AA. [2008]: *Comentarios a la Ley General Tributaria*, HERRERO DE EGAÑA y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M. (coord.), vol. I, Aranzadi, Cizur Menor.

- [2010]: *El sistema de financiación de las comunidades autónomas. Comentario a la Ley 22/2009, de 28 de diciembre, tras la Sentencia del Estatuto catalán*, LAGO MONTERO, J. M. (dir.), Dykinson, Madrid.
- [2013]: *Derecho y práctica tributaria*, CAAMAÑO ANIDO, M. A. (dir.), Registro General de Asesores Fiscales, Madrid.

## LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO DE DIVIDENDOS EN LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

**José Manuel Castro Arango**

*Doctor en Derecho con Mención Internacional.*

*Universidad Carlos III de Madrid*

*Docente Investigador.*

*Universidad Externado de Colombia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Diego MARTÍN-ABRIL CALVO, doña Pilar ÁLVAREZ BARBEITO, don Vicente DURÁN RODRÍGUEZ, don Pedro Manuel HERRERA MOLINA y doña Gloria MARÍN BENÍTEZ.

---

### EXTRACTO

El término dividendos es usado por distintas ramas del Derecho y cumple funciones específicas en estas. Es así como los convenios de doble imposición (CDI) definen dividendos a los efectos de la distribución del poder tributario, y suelen seguir de cerca al artículo 10.3 del Modelo de Convenio OCDE (MCOCDE). Este trabajo describe los problemas que se plantean en la interacción de la definición del convenio con las definiciones internas mercantiles y fiscales. Además, desarrolla los tres elementos esenciales del concepto de dividendos en los CDI, a saber: entidad distribuidora de dividendos, participaciones sociales y una relación entre estas últimas y la renta que se percibe. El análisis de la jurisprudencia, de la doctrina internacional y comparada, permite concluir que el artículo 10 del Modelo contiene una remisión a la legislación interna del Estado de la fuente de los dividendos mucho más amplia que la sostenida por la doctrina mayoritaria y, por lo tanto, que los tres elementos de la definición deben ser interpretados dando preferencia a la legislación del Estado de la fuente.

**Palabras claves:** convenios de doble imposición, instrumentos híbridos, entidades híbridas y dividendos encubiertos.

---

*Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015 / Fecha de revisión: 17-11-2015*

## THE ABSENCE OF A DIVIDEND CONCEPT IN DOUBLE TAX TREATIES

José Manuel Castro Arango

---

### ABSTRACT

The term «dividends» is used in many law areas with specific purposes for each one. For instance, the dividend concept in tax treaties is used to distribute the taxing power between the contracting states. Article 10.3 of the OECD Model is commonly adopted by actual treaties. This article describes the issues arising from the interaction of the dividend definition in tax treaties and the dividend definition provided by private and fiscal law of the contracting states. Moreover, this paper argues that three essential elements of the dividend concept in tax treaties should be present in order to qualify the income as dividends: a dividend-distributing entity, a corporate right and the link between the previous elements and the income. However, the analysis of the case law and the international doctrine allows the author to conclude that article 10 of the OECD Model provides for a reference to the domestic law of the source State of the dividends. The aforementioned reference is wider than the one supported by major authors and consequently, the three-elements of the concept should be interpreted given preference to the meaning provided by the source law.

**Keywords:** double taxation conventions, hybrid instruments, hybrid entities, hidden and constructive dividends.

---

---

## Sumario

1. Introducción: el ámbito de aplicación del artículo 10.3 del MCOCDE
  - 1.1. El concepto de dividendo en las legislaciones internas
  - 1.2. El reparto del poder tributario en los CDI
  - 1.3. La ausencia de neutralidad
  
2. La definición de dividendos prevista en los CDI
  - 2.1. La aplicación e interpretación de la definición de dividendos
  - 2.2. Evolución histórica del concepto de dividendo en los CDI
  - 2.3. Normas y doctrina antiabuso y la definición de dividendos
  
3. Los elementos del concepto de dividendos en los CDI
  - 3.1. Entidad distribuidora de dividendos
  - 3.2. Participaciones sociales
  - 3.3. La relación entre la fuente y los rendimientos
  
4. Conclusión

### Bibliografía

**NOTA:** Este trabajo se enmarca dentro del proyecto «Repensando la estructura y conceptos de la fiscalidad internacional» (DER2013-47912-P), cuyo investigador principal es el profesor doctor Juan Zornoza Pérez, y dentro de la línea de investigación «Estudio de los problemas en el Derecho tributario, aduanero y del comercio exterior, derivados de la globalización económica» del Centro de Estudios Fiscales de la Universidad Externado de Colombia.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10.3 DEL MCOCDE

### 1.1. EL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS

El concepto de dividendos ha sido relevante en los impuestos sobre la renta de carácter real y personal a lo largo de toda su historia<sup>1</sup>. En especial, su importancia se aprecia en los criterios de conexión objetivos, que devienen de esos primitivos impuestos reales sobre la renta, y en los cuales fue necesario distinguir si el rendimiento que obtienen los socios tiene como fuente las actividades económicas de la entidad o si deviene de la participación social, dando lugar a dos respuestas contrarias: los criterios de origen y fuente, respectivamente<sup>2</sup>. A nivel mundial, la residencia de la entidad distribidora es el criterio de fuente más extendido actualmente<sup>3</sup>. Ahora bien, los impuestos globales sobre la renta son en realidad el resultado de una paulatina sistematización de los tributos reales, y que no han logrado el grado de pureza teórica deseado por VON SCHANZ, HAIG y SIMONS<sup>4</sup>, y es por ello que la definición de dividendos sigue siendo relevante para categorizar un elemento de la renta global del beneficiario, que potencialmente soporta doble imposición económica (gracias a que su pago no es deducible de la base imponible de la entidad distribidora) y que, por lo tanto, debe recibir un tratamiento fiscal particular<sup>5</sup>.

La necesidad de distinguir los dividendos en las normas del impuesto sobre la renta yace en la admisión de las personas jurídicas como sujetos del tributo, de forma que se crea la ficción de que la entidad distribidora obtiene su propia renta y que los socios obtienen rendimientos derivados de la participación social<sup>6</sup>. Es así como las normas internas utilizan definiciones de dividendos para caracterizar dos objetos imposables distintos: los dividendos pagados por una entidad residente a un no residente (*outbound dividends*) y los pagados por una entidad no resi-

<sup>1</sup> LANG (2005): pág. 18; League of Nations (1925) *Double Taxation and Tax Evasion*, Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee. Ginebra: League of Nations official number C.115.M.55.1925.II; AVERY JONES (2012): pág. 67.

<sup>2</sup> League Of Nations (1923) *Report on Double Taxation*, submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp (Committee of Four), (Official No E.F.S.73.F.19.). Ginebra: League of Nations.

<sup>3</sup> HARRIS (2014): apdo. 3.3.

<sup>4</sup> *Vid.* LANG (2005): pág. 18.

<sup>5</sup> *Vid.* nota 4.

<sup>6</sup> SCHÖN (2012): pág. 502.

dente a un residente (*inbound dividends*). En relación con el primer objeto imponible, se destacan las reglas que regulan la no deducibilidad de las remuneraciones de los fondos propios de la entidad y las que recaen sobre la imposición del receptor o beneficiario de los dividendos<sup>7</sup>. Por su parte, el segundo objeto comprende los preceptos que determinan la obligación personal de contribuir y, en lo que interesa a este trabajo, los que permiten la eliminación de la doble imposición jurídica y económica.

La no deducibilidad de los dividendos se relaciona estrechamente con el gran debate de la Hacienda Pública contemporánea sobre la imposición de las sociedades y los socios. La revisión de las discusiones doctrinales<sup>8</sup> permite concluir que salvo en los sistemas de unidad, esto es, donde el impuesto sobre sociedades como tal desaparece, la definición de dividendos es relevante para caracterizar ese objeto imponible que constituye la renta obtenida por el socio a través de la sociedad. Es así como los sistemas clásicos o de integración requieren siempre del concepto de dividendos, y la amplitud o estrechez de la definición depende directamente del grado de neutralidad logrado por tales sistemas. Ello puesto que las tres grandes asimetrías que se generan por la existencia del impuesto sobre sociedades se relacionan directamente con los tres elementos del concepto abstracto de dividendos. Esto es, la asimetría de la forma de organización de la empresa con el elemento de la entidad distribuidora de dividendos; la asimetría en las fuentes de financiación (endeudamiento y capital) con las participaciones sociales; y, la asimetría en la forma de generar retribución al socio con la relación entre las participaciones y la renta. Es relevante tener en cuenta que los sistemas de integración suponen variaciones en la cuantificación del impuesto sobre la renta de los dividendos, pues mientras que los que desgravan al nivel de la entidad distribuidora aumentan la carga fiscal de los dividendos, los que operan al nivel de los socios o propietarios la reducen. Además, tales mecanismos hacen que la fiscalidad de los dividendos sea sumamente compleja, pues en los casos más extremos clasifican los beneficios (entre los distribuidos y no; y los gravados al tipo general, gravados a tarifas inferiores y no gravados) y al receptor de los dividendos (sujetos a IRPF, al IS o IRNR; relación con la sociedad –alto o bajo grado de participación o socios activos o pasivos–).

La obligación personal de contribuir en el Estado de la residencia del receptor o beneficiario basada en concepciones de impuestos globales sobre la renta puede generar doble imposición de carácter económico y jurídico<sup>9</sup>. En la práctica, los Estados deben admitir la categorización de las rentas, en particular, requieren distinguir los dividendos como un objeto imponible que, por motivos económicos –neutralidad en la exportación o en la importación de capitales–, deben tener la posibilidad de eliminar la doble imposición sociedad-socio. Para ese propósito los métodos de exención y de crédito indirecto son las medidas usualmente incorporadas por las legislaciones internas, aun-

<sup>7</sup> P. ej. artículo 15 de la LIS; artículo 25 de la LIRPF.

<sup>8</sup> HARRIS (1996): pág. 60 y ss.

<sup>9</sup> Comentarios al Modelo de Convenio sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE (en adelante, CMOCD): párrafo 1 Introducción.

que la tendencia a nivel mundial es la de reemplazar este último por el primero<sup>10</sup>. La investigación ha permitido concluir que la adopción de tales medidas para los dividendos en el Estado de la residencia del receptor o beneficiario puede causar tratamientos fiscales dispares –ausencia de neutralidad– con otros tipos de rentas que, en buena medida, son sustituibles económicamente. Ello ocurre con los intereses, los beneficios obtenidos a través de un establecimiento permanente (EP) y las ganancias de capital por enajenación de participaciones sociales<sup>11</sup>. Además, la común clasificación entre dividendos provenientes de participaciones sustanciales y de inversiones de portafolio es una decisión obtusa si se tiene en cuenta que en ambos casos hay doble imposición económica y la diferencia entre una y otra es totalmente arbitraria. Así mismo, se observa que el reconocimiento de hechos y actos emitidos conforme a la legislación extranjera puede generar faltas de consistencia (en los términos usados por VOGEL, *problemas de sustitución*)<sup>12</sup>, ya que los tres elementos del concepto abstracto de dividendos son definidos de acuerdo a dos ordenamientos diferentes y dentro de estos, habrá cuanto menos una definición mercantil y otra tributaria, así que por cada elemento habrá como mínimo cuatro respuestas posibles. De tal manera, el problema de la relación entre los conceptos jurídico-privados con el derecho tributario crece exponencialmente cuantos más ordenamientos jurídicos conectan la operación. Es así como surgen los conflictos en la clasificación de la entidad distribuidora, de los instrumentos financieros<sup>13</sup> y de los rendimientos, que actualmente se pretenden solucionar a través de la fijación de las características tributarias más relevantes de los dividendos en los presupuestos de hecho de los métodos de eliminación de la doble imposición económica sociedad-socio, como es que la entidad sea un contribuyente independiente y que el rendimiento no sea deducible de la base imponible. Así se viene planteando en el Proyecto BEPS<sup>14</sup> y en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) española que regirá a partir del 1 de enero de 2015. En cualquier caso, la adopción de esas características fiscales genera serias inquietudes, puesto que si se adopta la deducibilidad como factor relevante para caracterizar a los dividendos, habría que preguntarse si tendría sentido excluir a los intereses u otras rentas no deducibles en virtud de normas objetivas de limitación (p. ej. *interest barriers*), o si es lógico incluir dentro de la medida para eliminar la doble imposición económica en residencia (especialmente en el caso de exención) aquellos pagos que, a pesar de no ser deducibles, tengan derecho a eliminar la doble imposición económica en la fuente.

## 1.2. EL REPARTO DEL PODER TRIBUTARIO EN LOS CDI

Los «dividendos» son una categoría de renta definida e incorporada en el artículo 10 del MCOCDE, al igual que en la mayoría de los CDI suscritos, cuyo efecto es distribuir la potestad

<sup>10</sup> AVERY JONES (2012): págs. 67-76.

<sup>11</sup> SCHÖN (2010): pág. 65 y ss.; BROWN (2012): págs. 28-29; AVERY JONES (2012): pág. 76.

<sup>12</sup> VOGEL (1997): Introduction párrafo 91 a.

<sup>13</sup> HELMINEM (2010): págs. 169-170; BÄRSCH (2012): pág. 323; BROWN (2012): págs. 34-39.

<sup>14</sup> OECD (2014): párrafo 53 y ss.; También el Código de Conducta, ECOFIN Council, 8 junio 2010, n.º 1033/10.

tributaria de los Estados contratantes y eliminar la doble imposición. Es decir, la definición de dividendos prevista en el artículo 10.3 del MCOCDE se aplica respecto de la calificación secundaria que requieren los CDI y que, como es bien sabido, se superpone sobre la calificación primaria hecha bajo las normas internas<sup>15</sup>. De esta forma, los tratados imponen restricciones a los Estados contratantes que, por lo general, consisten en una tributación limitada en la fuente (art. 10.2), a menos que las participaciones se vinculen efectivamente a un EP en dicho Estado (art. 10.4), y en una tributación ilimitada en la residencia del receptor directo o beneficiario efectivo (art. 10.1), aunque al ser una norma de distribución incompleta<sup>16</sup>, el Estado de la residencia debe garantizar la eliminación de la doble imposición a través del método de imputación o de crédito fiscal directo *-tax credit-* según las reglas previstas en el artículo 23 A o 23 B del MCOCDE.

Para el Modelo, las pretensiones impositivas del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos se manifiestan en dos momentos: al gravar los beneficios de dicha entidad y al gravar los dividendos o repartos de beneficios a sus propietarios. De ahí que el artículo 10 del Modelo implícitamente señale que la fuente de los dividendos está en el Estado de residencia (convencional) de la entidad distribuidora de dividendos (art. 4 MCOCDE)<sup>17</sup>. A tal efecto, el artículo 10.5 define una serie de supuestos de criterios de conexión que se consideran extraterritoriales, como el criterio de «origen» de los beneficios<sup>18</sup> o la imposición de los dividendos en el Estado perdedor de la residencia convencional de la entidad<sup>19</sup>. Por el contrario, dicha prohibición no incluye los elementos de conexión basados en el lugar de pago de los dividendos, ni en la residencia del beneficiario sujeto a normas de transparencia fiscal internacional<sup>20</sup>, ni a buena parte de los tributos que operan como un segundo nivel de imposición sobre los EP (*branch taxes*) (Cap. I, apdo. 2.1.1).

El artículo 10.2 del Modelo impone límites porcentuales al tipo impositivo de los tributos aplicados en la fuente que recaen sobre el beneficiario efectivo de los dividendos, pero sin afectar la potestad de gravar a la entidad distribuidora. A tal efecto el apartado segundo delimita al receptor de los dividendos. En particular, al exigir que sea el beneficiario efectivo y en relación con el apartado a), que el sujeto posea la participación en el capital y que no sea una *partnership*. La práctica convencional permite observar que en muchos casos se incluyen o excluyen expresamente ciertos receptores de dividendos. En todo caso, la expresión beneficiario efectivo ha supuesto grandes discusiones en la doctrina y jurisprudencia, y en el MCOCDE de 2014 se ha entendido como el sujeto que tiene la propiedad jurídica de la renta<sup>21</sup>. Por su parte, la definición

<sup>15</sup> VOGEL (1997): Introduction, párrafo 56; LANG (2010): núm. 58.

<sup>16</sup> VOGEL (1997): pág. 30; CALDERÓN (2012b): apdo. 4.1; párrafos 4-7 de los Comentarios al artículo 10.

<sup>17</sup> HARRIS (2014); apdo. 3.3; párrafo 9, artículo 10 del CMOCDE.

<sup>18</sup> VOGEL (1997): pág. 692 y ss. núm. 251; mayo 2011: pág. 418; párrafo 34 artículo 10 del CMOCDE.

<sup>19</sup> *i. e.* Los dividendos de una entidad con doble residencia que se pretendan gravar con el criterio de la fuente en el Estado donde es residente a efectos internos, pero no a efectos del CDI.

<sup>20</sup> Párrafo 37 artículo 10 del CMOCDE; RUST (2004): pág. 269.

<sup>21</sup> Párrafos 12.4 al 12.7 del artículo 10 del CMOCDE.

de dividendos del artículo 10.3 se refiere a la fuente de la renta, pero no señala las características ni predetermina la atribución al perceptor, receptor directo o beneficiario efectivo.

El MCOCDE parte de la base de que los sistemas de tributación sociedad-socio del derecho interno de los Estados contratantes son del tipo clásico<sup>22</sup>. Por ello, redacta una norma que tiene una reciprocidad formal, al limitar a unos mismos porcentajes nominales la imposición sobre los dividendos. Sin embargo, los sistemas de integración adoptados por las legislaciones implican que el objeto imponible es una misma renta gravada con dos hechos imponibles en cabeza de dos entidades distintas, de forma que la carga fiscal decidida desde la política fiscal se escinde y parte de ella recae en los dividendos. Cuando dichos sistemas llevan a una mayor imposición de los dividendos, el Modelo no es adecuado para garantizar la reciprocidad efectiva<sup>23</sup>. Visto desde otro ángulo se puede observar también que el reparto queda abierto a la configuración de la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora, que puede aumentar a imposición de esta y afectar la reciprocidad efectiva. De ahí que se hayan propuesto modificaciones al artículo 10.2 del Modelo cuyo límite considere el monto total de tributación de los beneficios en la entidad y de las distribuciones.

En relación con la residencia del beneficiario o receptor directo, el artículo 10.1 ratifica la competencia general de imposición que se atribuye al Estado de la residencia en el MCOCDE. Sin embargo, los CDI obligan a dicha jurisdicción a eliminar la doble imposición jurídica de acuerdo con el método previsto. El método depende de la definición de dividendos tanto en la redacción del artículo 23 A, como en el artículo 23 B del Modelo<sup>24</sup>. En ambos preceptos existe una asimetría en relación con el método previsto para los dividendos y para los beneficios empresariales que puede generar arbitrajes. Aunque al inicio de la investigación el ámbito de aplicación de la definición del artículo 10.3 del Modelo resultaba ser un tema que asumíamos claro y quizá alejado del objeto del trabajo, al avanzar en la revisión de la literatura y jurisprudencia encontramos confusiones que pretendemos aclarar a continuación<sup>25</sup>. Así, es necesario tener en cuenta que el método convencional se aplica cuando el método interno no elimina la doble imposición. En tales circunstancias la calificación secundaria requiere utilizar como norma definitoria al artículo 10.3, incluso cuando los métodos del CDI contengan remisiones a la legislación interna del Estado de residencia, puesto que la única forma de determinar si la imposición en la fuente ha sido «con arreglo/de acuerdo con las disposiciones del» convenio es calificando la renta con las definiciones correspondientes. Además, aunque haya posiciones en contrario de importantes autores, hemos defendido que el artículo 10.3 es la norma calificadora del método bilateral cuando ese precepto se refiera al elemento de renta caracterizado por el número de artículo (*i. e.* art. 10), por el número de artículo y descripción (*i. e.* los dividendos del art. 10), e incluso simplemente por la des-

<sup>22</sup> Párrafo 1.63 artículo 10 del CMOCDE.

<sup>23</sup> Párrafos 40-67 artículo 10 del MCOCDE.

<sup>24</sup> Párrafos 24, 47 y 48 artículo 23 del CMOCDE.

<sup>25</sup> *Vid.* AVERY JONES *et al.* (1999): pág. 103 y ss.

cripción (*i. e.* los dividendos)<sup>26</sup>. Debe aclararse que los dividendos derivados de participaciones vinculadas efectivamente a un EP configurado en el mismo Estado de la fuente de renta tendrán derecho al método previsto para los beneficios empresariales con EP y no el de los dividendos, por más que los tratados se refieran genéricamente a las rentas gravadas conforme al artículo 10 sin distinguir entre el inciso segundo y el cuarto.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los métodos convencionales, en principio, usan la definición de dividendos del artículo 10.3, mientras que los internos utilizan sus propias definiciones, se pueden presentar problemas cuando el método interno no resuelva la doble imposición por causa de tener un significado más restrictivo de dividendo que el previsto en los CDI, como ocurrió precisamente en el caso *Memec PLC v. IRC*<sup>27</sup>. También es posible que los tratados tengan un significado más estrecho que el interno, y que se señale falazmente qué método interno no aplica por esa causa, como parece ocurrir en la jurisprudencia de los juros sobre o capital propio (JSCP) brasileños obtenidos por residentes españoles<sup>28</sup>. Es evidente que se confunden así los ámbitos de aplicación de cada definición, cuando es innegable que cada una tiene una finalidad distinta. Por último, si el CDI remite ilimitadamente a los métodos internos y ello comprende la definición de dividendos, se aumenta la probabilidad de que se presenten conflictos de calificación en sentido amplio (de tipo negativo o positivo) que no serían resueltos por los CDI, de ahí que el proyecto BEPS sugiera cláusulas de *switch over* que pasan del método de exención al del crédito si hay deducibilidad del pago del dividendo<sup>29</sup>.

Por el contrario, cuando el artículo 10.3 es la norma que define el reparto, los conflictos de calificación se resuelven limitando las posibilidades argumentales para denegar el método de eliminación de la doble imposición por parte del Estado de residencia del beneficiario, ya que esa jurisdicción no podrá aplicar sus definiciones internas de dividendos o de aquellas palabras utilizadas para definirlos en el artículo 10.3 del Modelo. Con lo dicho, llegamos a un resultado similar, pero no igual, al del Informe de *Partnerships* y del *International Tax Group*<sup>30</sup>, ya que en nuestra opinión no existe ninguna norma que justifique la vinculación del resultado de la calificación del Estado de la fuente al de la residencia, solo existe un problema de norma aplicable<sup>31</sup>. De todas formas, es evidente que una distribución internacional de beneficios puede ser objeto de faltas de consistencia, concretadas en conflictos de clasificación de rentas, ya que al menos tres normas definitorias pueden aplicar: la del Estado de la fuente, la del Estado de la residencia y la del CDI.

<sup>26</sup> AVERY JONES *et al.* (1996): pág. 136 y ss.; AVERY JONES *et al.* (1999): págs. 106-107.

<sup>27</sup> Reino Unido, *Memec vs. IRC* (1998) STC 754.

<sup>28</sup> España, Resolución del TEAC de 13 de abril de 2011, Vocalía Tercera, R. G. 1202/2010; 1202/2010 y 1884/2010 (acumulados), reiterada por la Resolución de 26 de abril de 2012, Vocalía Segunda, R. G. 4085/2010 (NFJ046876); SAN 712/2014, de 27 de febrero, recurso 232/2011 (NFJ053848). *Vid.* CALDERÓN (2012b).

<sup>29</sup> OECD 2014: págs. 18-20.

<sup>30</sup> AVERY JONES *et al.* (1996): págs. 126-145.

<sup>31</sup> *Vid.* LANG (2010): párrafo 128.

### 1.3. LA AUSENCIA DE NEUTRALIDAD

Gracias a los efectos que prevén los CDI y las legislaciones internas, el régimen fiscal de los dividendos internacionales no es neutral con el tratamiento previsto para los beneficios empresariales, para los intereses y para las ganancias de capital. Esta asimetría genera posibilidades de arbitraje fiscal ya que económicamente los diferentes tipos de rentas son fácilmente sustituibles en la mayoría de casos. En ese sentido, una revisión de la literatura de las finanzas corporativas es importante. De la misma se puede concluir que los costos fiscales que afectan la rentabilidad, desde que el ingreso se percibe por la entidad distribuidora, hasta su gravamen en la residencia del perceptor o beneficiario, pueden llevar a una ventaja comparativa de los intereses o de las formas alternativas de remuneración al accionista sobre los dividendos. En cualquier caso, no solo la no deducibilidad de los rendimientos de los fondos propios es relevante, sino también la retención en la fuente de los dividendos y el gravamen en la residencia. De esta forma, hay al menos tres aspectos respecto de los cuales puede haber diferencia con los intereses, con los beneficios empresariales con y sin EP, y con las ganancias de capital.

## 2. LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS PREVISTA EN LOS CDI

### 2.1. LA APLICACIÓN E INTEPRETACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS

La aplicación de la definición de dividendos resulta compleja, en primer lugar, porque se enmarca en un tratado internacional que tiene una doble naturaleza<sup>32</sup>, al pertenecer simultáneamente a los dos ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes y al ordenamiento internacional, en donde puede encontrar antinomias con preceptos internos o internacionales<sup>33</sup>. Hemos defendido que la definición de dividendos del artículo 10.3 de los CDI se utiliza para realizar la calificación secundaria y que, sobre esa base, debería prevalecer sobre el Derecho interno, a menos que ese mismo ordenamiento avale el desconocimiento de los tratados (*treaty override*), caso en el cual podría derivarse una responsabilidad internacional, pues bajo el Derecho internacional los CDI prevalecen sobre la legislación interna. En segundo lugar, los intérpretes de la definición son las autoridades de distintos países y no existe un órgano de cierre jurisdiccional que resuelva en último término una cuestión problemática. En tercer lugar, no existe un mismo contexto jurídico-social que permita encontrar la única respuesta válida. Sin embargo, las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) pueden ayudar a solucionar muchos problemas. En esa línea, se debe buscar de buena fe el lenguaje

<sup>32</sup> HELMINEM (2010): pág. 32.

<sup>33</sup> VOGEL y PROKISCH (1993): pág. 62.

común, usando simultáneamente los métodos de interpretación gramatical, sistemático y teleológico que ahí se describen (arts. 31 y 32 CVDT)<sup>34</sup>. Ello supone partir de los sentidos posibles de las palabras de acuerdo con el método gramatical. Por consiguiente, se debe dar prevalencia a los significados autónomos convencionales sobre los internos y, dentro de estos, a los tributarios sobre los de las otras ramas del Derecho, según se observa de la norma interpretativa de los CDI (art. 3.2 MCOCDE)<sup>35</sup>. Sin embargo, cuando el Derecho tributario interno y los CDI usan términos del Derecho privado sin asignarles un significado especial, es difícil alejarse de su significado en esa disciplina. Ello ocurre con la definición de dividendos del artículo 10.3 del Modelo, que si bien tiene un contenido inicialmente autónomo convencional y autónomo tributario, al final se permea por la legislación mercantil interna al usar términos con un significado preciso en esa rama. Y es que la interpretación sistemática no ayuda en la mayoría de los casos, pues la existencia de un contexto o de un contexto ampliado para interpretar el concepto es una posibilidad remota, gracias a las restricciones del principio de reserva de ley tributaria presente en muchas legislaciones. Así, los CMOCDE no pueden ser admitidos sin discusión como contexto<sup>36</sup>, y si bien son un elemento de obligatoria consulta, lo cierto es que las más de las veces no fijan una posición clara, sino que admiten diversas interpretaciones, y se decanta por alguna, que generalmente es la más adecuada a la política fiscal que interesa a las Administraciones tributarias. Ello sin contar con que son notorias las variaciones en la interpretación que se dan en las distintas versiones de los Comentarios. Tampoco la referencia a los principios y valores resulta útil, pues la definición de dividendos en los CDI difícilmente tendrá un propósito distinto al de repartir la potestad impositiva entre los Estados, y la justificación de principios como el abuso del derecho resulta cuestionable<sup>37</sup>, dado que su contenido en los ordenamientos aplicables puede ser diverso<sup>38</sup>. Dado que es difícil alejarse del significado del Derecho privado interno, se hace necesario indagar en la historia de la institución de los dividendos en los CDI para verificar las razones detrás de su existencia, y así solucionar las cuestiones de *lege ferenda* y *lege lata* que el artículo 10.3 plantea.

## 2.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LOS CDI

Teniendo en cuenta que la revisión de la historia de la definición de dividendos tiene como objeto encontrar argumentos a los problemas actuales que presenta la definición de dividendos, es menester enfocarse entonces en el momento en que surge la estructura básica del artículo de dividendos, con su finalidad de prohibir la extraterritorialidad y repartir la potestad impositiva

<sup>34</sup> VOGEL y PROKISCH (1993): pág. 66 y ss.

<sup>35</sup> LANG (2010): pág. 40.

<sup>36</sup> LANG (2000): pág. 18.

<sup>37</sup> Como lo propone VOGEL (1997) en el cual él aplica la regla de *substance over form*.

<sup>38</sup> LANG (2010): párrafo 74.

de una renta que proviene de beneficios que potencialmente hayan tributado en nombre de la entidad distribuidora. Por ello, es notorio que en los primeros convenios y normas armonizadoras, en particular en la Ley de la Alemania Imperial para eliminar la doble imposición (*Reichsgesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung*) de 13 de mayo de 1870, los dividendos no aparecieran regulados expresamente. Sin embargo, bajo la redacción de tal ley la jurisprudencia de la Corte Administrativa del Gran Ducado de Baden admitió la ficción de que los socios no obtienen los beneficios empresariales de la entidad<sup>39</sup>. Ello explica que luego, en el CDI entre Alemania y Checoslovaquia de 1921 se incorpore a los dividendos dentro de la categoría de los capitales mobiliarios, junto con los intereses y regalías, para dar cierta consistencia en su tratamiento y para permitir al Estado de la fuente realizar una imposición que, en ausencia de regla específica, resultaría cuestionable bajo la redacción de los CDI anteriores. De esta forma, se empieza a aceptar el sistema de imposición clásico, al permitir a la fuente gravar tanto a los beneficios de la entidad distribuidora, como a los dividendos<sup>40</sup>. Estos últimos calificaban bajo la categoría amplia de rendimientos del capital mobiliario o de los valores mobiliarios.

El borrador de Modelo de Convenio de 1927<sup>41</sup> y el *Draft 1A* de 1928<sup>42</sup> de la Sociedad de las Naciones fueron los primeros en incorporar un artículo específico para los dividendos, que eran las rentas derivadas de las acciones o partes análogas en «empresas». Con todo, no puede admitirse que ese sea el antecedente de la definición del artículo 10.3 del MCOCDE, puesto que solo en el Modelo de Londres<sup>43</sup> y en los trabajos del WP12 de la Organización Europea para la Cooperación Económica (OEEC)<sup>44</sup> se decantan unas normas de reparto que se ligan a la definición, y que permiten entender a los dividendos como un rendimiento que debe haber sido previamente considerado objeto de imposición como beneficios de la entidad distribuidora. Por ello, el artículo de dividendos predominante en la segunda mitad del siglo XX parte de la base de una regla de fuente basada en la residencia de la sociedad, y se extiende a atenuar la doble imposición económica intersocietaria que puede darse a nivel transfronterizo, tal y como se deriva del actual artículo 10.1 lit. a)<sup>45</sup> y de los Comentarios sobre los métodos de integración en la fuente y de exención por participación sustancial y de crédito indirecto en la residencia. A la par, pretenden salvaguardar las pretensiones impositivas del Estado de residencia de la entidad distribuidora,

<sup>39</sup> Alemania, Criminal Division, Judgment of 26 February 1883. R. No 3084/82.

<sup>40</sup> HARRIS (1999): pág. 7 y ss.

<sup>41</sup> League of Nations (1927) *Double Taxation and Tax Evasion*, Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion. (Official No.G.216.M.85.1927.II.) Ginebra: League of Nations: págs. 10-18.

<sup>42</sup> HARRIS (1996): pág. 305.

<sup>43</sup> League of Nations (1946) *London and Mexico Model Tax Conventions: Commentary and Text*, Fiscal Committee, (Official number C.88.M.88.1946.II.A.), Ginebra: League of Nations: págs. 63-65.

<sup>44</sup> Vid. [www.taxtreatieshistory.org](http://www.taxtreatieshistory.org)

<sup>45</sup> Para HARRIS (1996): pág. 307 el Modelo de Londres es un hito de aceptación del sistema clásico sociedad-socio y de la asignación de la potestad tributaria de acuerdo con el tipo de contribuyente.

para que, cuando se manifiesten sobre esta última, se apliquen de forma ilimitada y, cuando recaigan sobre los socios, pueda gravarse hasta el tipo máximo pactado en los CDI, pero dejando en libertad a dicho Estado de someter al tributo las distribuciones ocultas que puedan afectar la imposición de la sociedad. La concepción de la categoría de los dividendos en los CDI encuentra explicación en la idea de reciprocidad efectiva presente en los antecedentes del CDI entre Estados Unidos y Reino Unido de 1945, según la cual habría que valorar conjuntamente la carga fiscal de la entidad y la de los socios, para así determinar si la imposición total es semejante en ambos Estados<sup>46</sup>. De esa forma se acepta que el objeto imponible es uno solo, y dos los hechos imposables, aunque el MCOCDE de 1963 que se decantó por establecer una regla fija que, en aras de brindar seguridad jurídica, ofrece una reciprocidad en la retención en la fuente máxima admitida para los dividendos, pero mantiene esa idea de que se trata de un mismo objeto imponible.

Las tres partes de la definición de dividendos del MCOCDE actual derivan de los trabajos del WP12 y del borrador de Modelo de 1963<sup>47</sup>. En estos se aprecian diversos problemas de lenguaje, ya que la traducción de los tipos societarios y los derechos en las mismas no resultaba fácil, en particular porque variaban de una legislación a otra, y porque los dos idiomas oficiales, el inglés y francés, representaban dos tradiciones jurídicas distintas<sup>48</sup>. Es así como surge el problema de definir qué tipos de derechos en qué tipos de entidades generan dividendos, lo cual lleva al final a incluir la segunda y tercera parte de la definición de dividendos. En relación con aquella, su origen se encuentra en la incorporación que se hizo de los títulos valores con retorno variable que cumplieren con la condición esencial de la definición del Primer Informe, consistente en que debían provenir de un contrato de asociación en una entidad independiente<sup>49</sup>. Ante la amplitud de dicha condición esencial y la ambigüedad de las palabras usadas en la definición del Primer Informe, se empiezan a caracterizar los derechos con la palabra inglesa usada «shares», luego reemplazada por «rights» y la francesa «parts», y posteriormente con la expresa exclusión de los derechos de crédito en ambos idiomas<sup>50</sup>. El Modelo más reciente mantiene la diferencia entre la

<sup>46</sup> League of Nations (1946b) Fiscal Committee, *Report on the work of the Tenth Session of the Committee held in London from March 20th to 26th, 1946*. (Official No. C. 37.M.37.1946.II.A.) Ginebra: League of Nations.

<sup>47</sup> OEEC, FC/WP12 (58)1 Part I. (28 de noviembre de 1958); FC/WP12 (58)1 Part II. (28 de noviembre de 1958). FC/M(59)1. TDF/FC/57 (1st revision) (19 de marzo de 1959). FC/M(59)2 (15 de mayo de 1959). FC/WP12(60)1 (8 de enero de 1960). TDF/FC/88. FC/M(59)5 (30 de diciembre de 1959). FC/WP12(60)1 (8 de enero de 1960). FC/WP12(60)2 (30 de abril de 1960). WP12(60)3 (1 de agosto de 1960). FC/WP12(60)4 (24 de septiembre de 1960). FC/M(60)5 (12 de octubre de 1960). FC/WP12(61)1 (6 de enero de 1961). FC/WP12(61)2 (9 de febrero de 1961). FC/WP12(61)3 (20 de febrero de 1961). OEEC, FC/WP12(58)1 Part I. (28 de noviembre de 1958); FC/WP12(58)1 Part II. (28 de noviembre de 1958).

<sup>48</sup> AVERY JONES *et al.* (2009).

<sup>49</sup> HATTINGH (2009): pág. 510. PIJL (2011): pág. 498, considera que este requisito era amplio pues podía ser un contrato no societario y el término asociación es indeterminado.

<sup>50</sup> OEEC, FC(61)1 Annexes. AVERY JONES *et al.* (2009), nota al pie 68, indica que esto se hace pues se quería corregir la traducción del inglés al francés y al traducir «part» como «rights», estos últimos podían comprender los derechos de crédito. «The exclusion for debt-claims is first found in a version of 23 May 1961 (FC(61)1ann) without any ex-

versión francesa e inglesa. La revisión de los CDI que inspiraron esta segunda parte permite concluir que se buscaba comprender a las participaciones o posiciones en entidades no mencionadas en la primera parte, que otorgaba derecho a participar en beneficios, y se asumía que recibían el mismo tratamiento tributario que los dividendos ordinarios<sup>51</sup>. La tercera parte nace de la necesidad de describir ciertos tipos de participaciones en entidades que no eran acciones, ni ninguno de los tipos de participaciones enunciados en la primera y segunda parte. No puede olvidarse que la remisión se crea al mismo tiempo que se elimina de la definición a aquellas referencias a las participaciones en sociedades cooperativas, de responsabilidad limitada y en comandita simple. De esta forma, la remisión al derecho interno quiere significar que «participaciones sociales», en el sentido del artículo 10.3, son derechos representativos del capital en los distintos sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades reconocidos por el derecho interno. Sin embargo, dicha remisión se reinterpreta<sup>52</sup> en el Modelo de 1977 para dar soporte normativo expreso a la inclusión, dentro de la categoría convencional, de aquellos pagos que no constituyen mercantil ni formalmente un dividendo, como las distribuciones encubiertas de beneficios u otros beneficios asimilados, que ya desde el Primer Informe del WP aparecía en los Comentarios. Así, temas como la subcapitalización, si bien no tenía que ver con el propósito inicial, sí debían quedar comprendidos pues la finalidad última es comprender en el artículo 10 rentas que potencialmente podrían tener doble imposición económica sociedad-socio<sup>53</sup>.

La redacción de la definición de dividendos no sufre alteraciones desde su redacción del MCOCDE de 1963, salvo en su tercera parte en el año 1977 como se describe en el siguiente epígrafe. Los Comentarios a la misma tampoco varían sustancialmente, pero son modificados los Modelos de 1977 y 1992. En la primera fecha se deja claro que la definición de dividendos debe ser objeto de un estudio particular en cada CDI y que el Modelo no puede ser copiado irreflexivamente<sup>54</sup>. En 1992 se incluyen las conclusiones de los trabajos del Informe de Subcapitalización de 1987 que incorpora el criterio del riesgo para distinguir entre dividendos e intereses, y del informe sobre uso de sociedades base del mismo año, destacado por admitir la compatibilidad entre los CDI y las normas de transparencia fiscal internacional (Cap. II, apdo. 2.2.3.).

---

planation for the change, but it is assumed that the drafting group made it because the general words "other rights participating in profits" were more general in English than parts in French and could have included creditor rights, which were not intended to be included on the change from the inappropriate reference to shares to other rights. In the same report, the definition of interest included "income from... bonds or debentures... whether or not participating in profits"».

<sup>51</sup> FC/WP12(58)1 Part II, pág. 18 y ss. Suiza-Alemania de 1931; Alemania-Suecia de 1928; Alemania-Austria de 1954. Suiza-Suecia de 1948; Italia-Suiza de 1946.

<sup>52</sup> O quizá esa ya era la intención en los trabajos del WP12 de Comité Fiscal en la Sesión 20. FC/M(60)5. *Vid.* en contra: HATTINGH (2009): pág. 514.

<sup>53</sup> En contra AVERY JONES *et al.* (2009): págs. 19-21.

<sup>54</sup> Párrafo 35 artículo 10 MCOCDE. Véase el ligero cambio en la tercera parte de la definición. VOGEL (1997): párrafo 199, pág. 656. Y los trabajos del WP23 cuyas conclusiones se aprueban por el WP1 en su séptima reunión que tuvo lugar del 13 al 15 de febrero de 1973. OECD, CFA/WP1(73)2 (31 de enero de 1973); DAF/CFA/WP1/73.5 (11 de abril de 1973).

La revisión de los CDI demuestra que la definición de dividendos prevista en el MCOCDE no se altera comúnmente, como no lo hace tampoco en el MCONU. Sin embargo, existen variaciones sustanciales en la redacción de las tres partes de la definición que se resumen así:

En relación con la primera parte, algunos varían los derechos que generan los dividendos, por ejemplo, solo se refieren a las acciones o eliminan a las acciones y bonos de disfrute<sup>55</sup>, o las acciones de disfrute, mientras que ciertos tratados, al evitar repetir acciones, se leen como «... acciones o bonos de disfrute...»<sup>56</sup>. Esto causa problemas respecto de las acciones que no son de disfrute que no quedarían expresamente contenidas en la primera parte. Es curiosa la introducción de otros derechos con un significado muy concreto en el derecho privado, como el de «aportaciones»<sup>57</sup>, o la confusa remisión a los conceptos de la Directiva Matriz-Filial que realiza el CDI entre España y Suiza.

Por otro lado, la segunda parte es eliminada en algunos convenios, o se confunde con la primera parte. En ese sentido vale destacar la extraña diferencia de traducción que se aprecia en varios CDI españoles que basándose en la versión francesa indica que «otras partes beneficiarias/ otros derechos que permitan participar en beneficios, excepto los de crédito»<sup>58</sup>. Dicha redacción potencia las dudas sobre si la exigencia de ser derechos de crédito se predica también de la primera parte, aunque es extraño que en aquellos CDI que cuentan con una versión inglesa la redacción no varía con respecto a la versión española y anglosajona del MCOCDE, de forma que pareciera que su variación no obedece a una intención deliberada de los negociadores, sino a una diferencia de traducción que no debería arrojar un resultado diferente al que resulte del texto del Modelo. En Países Bajos y otras jurisdicciones se aprecia que la segunda parte de la definición no solo elimina la frase «excepto los de crédito», sino que expresamente incluye a los beneficios atribuidos a los ocultos (*silent partners*) en cuentas de participación (*silent partnerships*) o los rendimientos de los bonos y obligaciones que participen en beneficios<sup>59</sup>. Aunque esto pueda tener sentido para la política fiscal de jurisdicciones como la neerlandesa donde las rentas de esos derechos de crédito se gravan como las rentas de las acciones, lo cierto es que puede generar asi-

<sup>55</sup> P. ej. España-Noruega 2001.

<sup>56</sup> España-Corea 1994; España-Cuba 2001; España-Irlanda 1994; España-Luxemburgo 2007.

<sup>57</sup> España-Ecuador; Alemania-Ecuador. *Vid.* VOGEL (1997). Párrafo 203, artículo 10.

<sup>58</sup> España-Túnez 1987; lo curioso es que incluso los CDI más actuales como el de España y Chipre de 2013 contienen el mismo error a pesar de que la traducción del MCOCDE 2010 del IEF no lo contiene. Incluso CDI tan antiguos como el de España-Canadá 1981 o España-Finlandia 1968 no caen en el error. España-Arabia Saudí 2008; España-Armenia 2012; España-Croacia 2006; España-Egipto 2006; España-Emiratos Árabes Unidos 2007; España-Eslovenia 2002; España-Georgia 2011; España-Grecia 2002; España-Islandia 2002; España-Japón 1974; España-Moldavia 2009; España-Nigeria 2009; España-Nueva Zelanda 2006; España-Serbia 2010; España-Sudáfrica 2008; España-Albania 2011; España-Barbados 2011; España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Estados Unidos 2013; España-Estonia 2005; España-Jamaica 2009; España-Reino Unido 2013 (en trámite de ratificación); España-Singapur 2012.

<sup>59</sup> P1JL (2011): pág. 496.

metrías si se incluye de forma bilateral en los CDI si el otro Estado contratante grava esos tipos de rendimientos como intereses.

Finalmente, la tercera parte, al igual que el MCOCDE, suele contener la remisión a la legislación interna condicionada a que el rendimiento derive de «participaciones sociales». Sin embargo, se observa que algunos CDI hacen una remisión amplia que varía la condición a que se trate de «otros derechos»<sup>60</sup>. Existen otros que no mencionan el derecho del que deriva, por lo cual se refieren directamente a «otros rendimientos», configurando una remisión amplísima<sup>61</sup>. Esta última redacción se observa en el MCEUA y como bien destacan las *technical explanations*, permite solucionar la mayor parte de conflictos de calificación que se generan por el artículo 10.3 del MCOCDE<sup>62</sup>. De otro lado, la tercera parte contiene otros aspectos hasta algún punto olvidados por la doctrina, por ejemplo, la redacción de la remisión puede hacerse sobre la base del Modelo de 1963 y comprende los rendimientos «asimilados» a los de las acciones o, siguiendo al Modelo de 1977, «sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones» (Cap. II, apdo. 2.3.).

### 2.3. NORMAS Y DOCTRINA ANTIABUSO Y LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS

El régimen tributario interno de los dividendos puede ser objeto de abuso, bien sea a través de la captación o de la elusión del mismo. Eso plantea la cuestión de la compatibilidad de la definición del artículo 10.3 del Modelo y las recalificaciones realizadas por los Estados. En esa línea, es necesario discernir entre los distintos tipos de recalificaciones.

En primer lugar, se entienden que son perfectamente aceptadas por el CDI aquellas que consideran como dividendos otros tipos de elementos de renta, siempre que se enmarquen en la tercera parte de la definición de dividendos. Esto es, si son aplicadas por el Estado de la fuente, su consecuencia es sujetarlas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones y la fuente de la renta son las participaciones sociales. Ello es así puesto que se trata de una interpretación coherente con el sentido gramatical de la definición, además tiene una larga trayectoria en el lenguaje fiscal internacional, al aparecer desde los primeros trabajos del WP12 y mantenerse en su

<sup>60</sup> P. ej. Colombia-Corea 2013; Colombia-México 2013; España-Chile 2004. Este último con la siguiente redacción «otras participaciones sociales o derechos sujetos...».

<sup>61</sup> Con redacciones similares o idénticas a: «... otros rendimientos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que realiza la distribución sea residente»; España-Alemania 2012; España-Albania 2011; España-Barbados 2011; España-Bélgica 2003 con la particularidad «... así como las rentas –incluso las satisfechas en forma de intereses–...»; España-Estados Unidos 2013; España-Hong Kong 2012; España-Reino Unido 2014, con la particularidad «... así como cualquier otro elemento sujeto al mismo régimen fiscal...»; España-Singapur 2012; España-Uruguay 2011; Colombia-República Checa 2013; España-Australia 1992 «otros rendimientos que la legislación fiscal del Estado contratante del que sea residente la sociedad que los distribuye asimile a los rendimientos de las acciones»; España-Finlandia 1968; España-Marruecos 1985; España-Suecia 1977.

<sup>62</sup> *Vid.* HELMINEM (2010): pág. 176.

esencia hasta los Comentarios más recientes<sup>63</sup>. Además, se acompasa con una interpretación teológica del precepto que busca repartir la potestad impositiva, dando al Estado de la residencia de la entidad distribuidora un amplio margen de configuración legislativa que le permita evitar los abusos en la imposición de ese mismo objeto imponible. En todo caso, la definición parece que solo permite comprender aquellos rendimientos que corresponden a una transferencia de riqueza de la entidad distribuidora de dividendos.

Por el contrario, no encuadran dentro de la tercera parte de la definición aquellos abusos del régimen tributario de los dividendos en el Estado de la residencia o las recharacterizaciones de los dividendos en otras categorías de rentas, hechas por el Estado de fuente. De tal forma, su compatibilidad depende de la posición que se asuma frente al problema de la relación entre las normas internas antiabuso y los CDI, sobre las que no existe uniformidad por parte de los países, ni de la OCDE, ni la doctrina, tal como se observa en las incoherencias de los Comentarios del año 1977<sup>64</sup>, 1992<sup>65</sup> y 2003<sup>66</sup>. En particular, la construcción de un estándar convencional de abuso como justificación de la no aplicación de los mandatos del Tratado resulta cuestionable en los citados Comentarios, ya que el denominado *guiding principle* utiliza dos elementos completamente indeterminados. De hecho, el artículo 10 del Modelo tiene la finalidad de repartir el poder tributario sobre los dividendos, y ese propósito solo puede concretarse en el marco de la propia redacción de la definición de dividendos<sup>67</sup>. Así, tendría poco fundamento señalar que el artículo 10.3 ha sido objeto de *rule shopping* según una norma interna antiabuso que considera que se ha captado o eludido su presupuesto de hecho. En consecuencia, toda recalificación de un elemento de renta en dividendos o viceversa requiere cumplir con la definición del CDI, a menos que exista una salvaguarda expresa en el tratado que permita crear un estándar común de abuso, se trate de una simulación<sup>68</sup> y se descubran los verdaderos hechos o simplemente el derecho interno permita el desconocimiento del tratado. Es importante así detenerse a indicar que esta conclusión solo se predica de la calificación secundaria con los efectos que de ella pueden derivar, de forma que las consecuencias de las recalificaciones en el derecho interno no se verán limitadas si no contradicen los mandatos convencionales. En definitiva, el asunto de las entidades híbridas y los instrumentos financieros híbridos difícilmente puede resolverse por cuenta de normas an-

<sup>63</sup> Párrafo 28 artículo 10 del MCOCD E.

<sup>64</sup> Párrafo 7, 23 artículo 1 del CMOCDE 1997.

<sup>65</sup> Párrafos 22-26 artículo 1 del CMOCDE.

<sup>66</sup> Párrafos 9,2 artículo 1 del CMOCDE; Párrafo 22.1 artículo 1 del CMOCDE.

<sup>67</sup> La solución de 2003 pretende justificar la finalidad antiabuso de los CDI que se ha criticado vehementemente. *Vid.* ZORNOZA y BÁEZ (2010): párrafo 51 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ (2004): pág. 321. Las mismas críticas pueden predicarse del MCONU de 2011, aunque se atemperan por el párrafo 27 de los Comentarios al artículo 1 que busca minimizar la inseguridad jurídica, al exigir que «el principio rector se aplique bajo la base de los hechos objetivamente encontrados, y no solamente la intención alegada por las partes», párrafo 25 de los Comentarios al artículo 1 del MCONU.

<sup>68</sup> Sobre las diferencias entre simulación y abuso véanse ZORNOZA y BÁEZ (2010): párrafo 13; ARNOLD y VAN WEEGHEL (2006): apdo. 5.4.6.

tiabuso, ya que las recalificaciones pueden afectar a las definiciones o el régimen jurídico de los dividendos en uno de los ordenamientos internos, pero difícilmente lo harán respecto del CDI y de las normas del otro Estado contratante (Cap. II, apdo. 3).

### 3. LOS ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE DIVIDENDOS EN LOS CDI

En la definición del artículo 10.3 del Modelo se encuentran los tres *elementos del concepto de dividendo*, a saber: a) la existencia de una entidad distribuidora de dividendos a la que se le atribuyen los beneficios; b) la participación social en dicha entidad que da derecho a la distribución de los beneficios; y, c) la relación entre el rendimiento pagado por la sociedad y las participaciones sociales en la entidad. Estos mismos elementos aparecen también en las definiciones de los ordenamientos internos, aunque su concreción varía sustancialmente.

#### 3.1. ENTIDAD DISTRIBUIDORA DE DIVIDENDOS

La entidad distribuidora de dividendos es un elemento crucial para definir dividendos, pero se enfrenta con la dificultad que supone la ausencia de armonización del derecho privado, en concreto, del concepto de persona jurídica y sus atributos<sup>69</sup>. La ausencia de armonización se da también en el derecho tributario que, por regla general, delimita al sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades remitiéndose a la legislación mercantil<sup>70</sup>. Sin embargo, suele considerarse como transparentes a ciertas personas jurídicas, y como opacas a entidades o contratos sin reconocimiento por la legislación societaria<sup>71</sup>. De esta forma, si bien teóricamente podría afirmarse que los dividendos solo deben provenir de beneficios que han sido objeto de sujeción a imposición en nombre de la entidad, en la práctica ello puede no ocurrir, por cuenta de que dos o más legislaciones difieran sobre la clasificación de la entidad o la atribución de la renta a esta o sus propietarios. Por consiguiente, habrá lugar a doble imposición o doble no imposición si un Estado considera que la entidad existe y que por ello los rendimientos de los socios son dividendos y el otro entienda que los beneficios son obtenidos por los partícipes (por todos proporcionalmente o por solo algunos de ellos), manteniendo la misma fuente, naturaleza y calificación original<sup>72</sup>.

En los CDI la entidad distribuidora se caracteriza a través de los términos sociedad y participaciones *sociales* usados en los artículos 3.1 y 10 del MCOCDE. Sin embargo, la entidad distribuidora debe cumplir con el ámbito subjetivo del CDI para ser tal. Así, gráficamente existen

<sup>69</sup> AVERY JONES *et al.* (2009): págs. 9 y 10.

<sup>70</sup> Para mayor abundamiento *vid.* LANG y STARINGER (2014): págs. 24-28.

<sup>71</sup> LANG y STARINGER (2014): págs. 19 y 27.

<sup>72</sup> OECD (1999): párrafos 5-22; LANG y STARINGER (2014): pág. 30.

cuatro círculos concéntricos, el más amplio son las «personas», que se restringe a las «residentes» en el segundo (relativo al ámbito subjetivo del Tratado), a sociedad en el tercero (determina el requisito de bilateralidad del art. 10.1) y la entidad distribuidora de dividendos en el cuarto (permite calificar la renta como dividendos). Dicho esto, el ámbito subjetivo de los CDI comprende a las personas físicas, a las sociedades y agrupaciones de personas que sean residentes. La residencia exige, entre otras condiciones, ser sujeto a imposición, lo cual, en un sentido lato, se ha entendido que debe ser un vínculo con un Estado que permita a este gravar a la entidad, aunque no lo haga. La interpretación preponderante en los CMOCDE es más restringida, pues exige que sea al menos un sujeto de impuestos comprendidos por el tratado. Sin embargo, existen criterios que exigen una imposición efectiva en la entidad, o incluso que se compruebe que no es una entidad instrumental<sup>73</sup>.

Como se observa, el criterio de sujeción a imposición es perfectamente indeterminado, pero los Comentarios al Modelo de 2000, tras el Informe de *Partnerships*, requieren que la entidad sea opaca, es decir, que la renta no se atribuya directamente a sus miembros según el Estado de residencia de la misma<sup>74</sup>. Ello genera la dificultad de saber cuándo existe opacidad o transparencia. Ha de notarse que el ámbito subjetivo del Modelo también contiene a las agrupaciones de personas y que en los CDI suelen incluirse directamente como *personas* o como *residentes* a entidades que pueden no estar sujetas a imposición en el sentido de la interpretación dominante en los Comentarios<sup>75</sup>. La existencia de entidades transparentes con derecho a la aplicación de los beneficios convencionales puede llevar a supuestos de doble no imposición, en la medida en que se crea una suerte de ficción, similar a la que se sucede con la entidad distribuidora de dividendos, pero con la diferencia de que al no tratarse de *sociedades* no sería aplicable el artículo 10 del Modelo en sentido de otorgar derecho al Estado de la residencia de los miembros de la agrupación de personas para gravarlos. De tal manera, aunque según el derecho interno dicho Estado se aplique a un régimen de transparencia, el CDI podría impedir que se graven los beneficios obtenidos a través de la agrupación de personas del otro Estado. Esto sucedió precisamente en el caso *Padmore* en el Reino Unido<sup>76</sup>.

Las instituciones de inversión colectiva (IIC) pueden ser transparentes, caso en el cual no podrían ser una entidad distribuidora de dividendos. Este resultado no parece contrario a la política fiscal que la OCDE quiere justificar para estas entidades, siempre que se garanticen mecanismos expeditos para que los inversores accedan a los beneficios convencionales. Ahora bien, si la IIC es sujeto del impuesto sobre sociedades y su régimen jurídico le permite: a) deducir los pagos a sus inversores; b) tener un tipo reducido o nulo; c) eliminar la doble imposición al nivel del inversor mediante un sistema de integración; según la OCDE puede haber problemas para considerar

<sup>73</sup> Sobre estas posiciones *vid.* COUZIN (2002); VOGEL (1997); artículo 4 párrafo 24 y ss.

<sup>74</sup> OECD (1999): párrafo 40. Críticas a esto en: LANG (2000): pág. 37; COUZIN (2002): pág. 109.

<sup>75</sup> Párrafos 3 y 8 artículo 4 del CMOCDE.

<sup>76</sup> Reino Unido, *Padmore vs. Inland Revenue Commissioners*, 1989, STC 493.

a la entidad como residente y como entidad distribuidora de dividendos<sup>77</sup>. Estas dudas parecen ilógicas, puesto que, al menos en el caso c), esto es lo que ocurre de ordinario en los sistemas de integración. Ahora bien, los fondos de inversión inmobiliaria (FII) presentan similares problemas, la OCDE justifica la necesidad de considerar a estas entidades como residentes y entidades distribuidoras de dividendos, a pesar de que sean transparentes y/o no sujetas a imposición. Ante las restricciones que impone la literalidad del Modelo, la organización sugiere incluirlas expresamente como entidades distribuidoras<sup>78</sup>. La revisión de los CDI muestra ejemplos de estas aclaraciones, y deja como observación que en todos estos casos es relevante, desde un punto de vista de *lege ferenda*, comprobar que los círculos sigan siendo concéntricos y que no se han convertido en policéntricos, pues se pueden causar conflictos de interpretación.

La definición de sociedad prevista en el literal b) del artículo 3.1 del Modelo hace parte de ese tercer círculo concéntrico que permite determinar el ámbito subjetivo del artículo 10 y construir, junto con el artículo 10.3, el elemento de la entidad distribuidora de dividendos, en el cuarto círculo. Su texto incluye a las personas jurídicas (primera parte) y a cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos (segunda parte). Se ha discutido ampliamente si esa primera parte es una referencia al derecho privado. En nuestro criterio solo las personas jurídicas a efectos impositivos son «sociedades» para el MCOCDE, en tanto que hay evidencia de que los redactores no pretendían asignarle el significado preciso del derecho civil y mercantil, según aprecia en los trabajos del WP14 de la OEEC<sup>79</sup>. Además, acudir al derecho privado contradice las reglas de interpretación de los CDI, no lleva a una respuesta clara y se contradice con las finalidades claramente descritas en los documentos históricos del WP14 y del WP12<sup>80</sup>. Estos últimos señalan que la entidad distribuidora debe ser una entidad opaca, esto es, considerada como persona jurídica a efectos impositivos. De todos modos, de *lege ferenda* y en aras de la seguridad jurídica, la eliminación de la primera parte de la definición de dividendos resulta recomendable.

En cuanto a la segunda parte, se ha cuestionado qué significa ser persona jurídica a efectos impositivos y conforme a qué Estado debe tener esa condición. A nuestro juicio se requiere que la entidad sea opaca. La historia y literalidad de los artículos del CDI no avala una conclusión como la del párrafo 27 de los Comentarios al artículo 10 del Modelo, que exige que la entidad

<sup>77</sup> Párrafo 6.12 artículo 1 del CMOCDE.

<sup>78</sup> OECD (2007): párrafos 18-19.

<sup>79</sup> OEEC, FC/WP14(59)1. Inicialmente la definición indicaba: «The term "company" means any body corporate and any entity which is treated as a body corporate for tax purposes»; FC/WP14(61)1 en el párrafo 3 explicaba la existencia de dos partes de la definición; FC/WP14(61)2 en este Informe se reemplaza el «means» por «includes». Los comentarios al recién citado informe son los más completos y resumen las discusiones más importantes entorno a las sociedades incorporadas. Las discusiones al último informe se reflejan en el FC/M(61)5 destacándose que se centran únicamente en el problema de las sociedades de personas (*partnerships*). *Vid.* AVERY JONES *et al.* 2009: pág. 7. En contra: AVERY JONES *et al.* (2000): págs. 8 y 9; HELMINEM (2010): pág. 81.

<sup>80</sup> Actualmente en los párrafos 2, 3 y 27 de los CMOCDE al artículo 10, con antecedentes en el primer informe del WP12 (FC/WP12(60)4); CMOCDE (1977): artículo 10 párrafo 26.

esté sujeta a imposición como las sociedades anónimas<sup>81</sup>. Además, ese mismo párrafo se refiere a que tenga un tratamiento fiscal como las personas jurídicas según el Estado de la sede de dirección efectiva, referencia igualmente imprecisa y que debería hacerse al Estado de la residencia convencional. De hecho, el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 3 del Modelo de 2010 se remiten al Estado de «constitución» de la entidad, afirmación igualmente equívoca y salvo que encuentre soporte normativo expreso como en el MCEUA, no puede aceptarla<sup>82</sup>. De hecho en el Modelo de 2014 se modificó el Comentario para referirse al Estado de residencia<sup>83</sup>. La doctrina admite otras interpretaciones<sup>84</sup> y algunos CDI expresamente se remiten al Estado de constitución, lo cual puede llevar a que mientras los primeros dos círculos y el último contengan remisiones al derecho interno del Estado de la residencia, la circunferencia del tercero adquiera otro centro al remitirse al Estado de constitución y dando lugar a conflictos de calificación de rentas que la doctrina ha destacado<sup>85</sup>, pero que creemos pueden ser solucionados descartando la remisión al Estado de constitución como fruto de una interpretación teleológica, histórica y sistemática del CDI.

Los CDI no contienen normas de atribución, a menos que se acepten los argumentos del Informe de *Partnerships* según los cuales la atribución hecha por el Estado de la residencia es determinante<sup>86</sup>. Sin embargo, esos argumentos no son coherentes<sup>87</sup>, no se aplicarían fuera de los casos de fijación del ámbito subjetivo del CDI, y no encuentran una base sólida en el texto del Modelo. Por ello, las normas internas que atribuyen el hecho imponible a un sujeto no resultan restringidas por los tratados. Sin embargo, a efectos de la calificación de la renta, existe una regla implícita de atribución cuando se dan los presupuestos de la ficción de dividendos. Así, cuando hay una entidad distribuidora de dividendos, el Estado de residencia de los socios puede gravar los beneficios de la entidad pero tendrá que darle el tratamiento fiscal previsto en el convenio para los dividendos.

<sup>81</sup> Lo que se evidencia en: OEEC, WP14(61)1; FC/WP14(61)2 este informe se discute en el Comité Fiscal FC/M(61)5. En los supuestos de entidades no tratadas como unidad impositiva independiente por ninguno de los Estados contratantes; y aquellas tratadas como unidades impositivas independientes, pero de forma diferente a las personas jurídicas, estarían excluidas del ámbito subjetivo del artículo 10. FC/WP14(61)2; FC/WP14(61)4. El párrafo 5. AVERY JONES *et al.* (2009): pág. 11.

<sup>82</sup> AVERY JONES *et al.* (2009): pág. 12 entiende que organización (*organized*) y constitución (*incorporated*) en inglés significan lo mismo. La propuesta del IEF se adecua a la versión francesa del Modelo. En la versión inglesa la duda que se presenta es que si se hubiese querido decir «constituida» se habría utilizado la palabra «incorporated», sin embargo, teniendo en cuenta que esta última palabra inglesa tiene connotaciones de creación de «companies» y considerando que puede haber otro tipo de entidades además de las *companies*, es dable concluir que el término «organized» es correcto y su traducción al español ha de ser «constituido» bajo el entendido de las leyes que regulan el contrato «domicilio contractual» o «domicilio social», según el caso.

<sup>83</sup> Véase como antecedente: OECD 2013: párrafo 4.

<sup>84</sup> Así los CMOCDE anteriores a 2014. También AVERY JONES *et al.* (2009): págs. 11, 12 y 44. Aunque sugiera modificar los comentarios, admite esa interpretación. Igualmente lo hace HELMINEN (2010): pág. 80 y ss.

<sup>85</sup> HELMINEM (2010): pág. 82 y ss.

<sup>86</sup> FC/WP14(62)1: párrafo 11. FC/WP14(62)1: párrafo 11.

<sup>87</sup> Como lo destaca LANG (2000): págs. 59-63.

En esa línea, la ficción no concurre cuando la entidad es considerada transparente en el Estado de constitución (y a pesar de eso se considera residente a efectos convencionales p. ej. fondos de pensiones, IIC o FII), pues el CDI ha remitido directamente a la legislación de tal Estado para definir si la entidad es o no transparente, pues solo si lo fuere será distribuidora de dividendos en los términos del CDI. En consecuencia, si el Estado de constitución la ve transparente y el rendimiento tiene su fuente en esa misma jurisdicción<sup>88</sup>, no se genera la ficción de dividendos y el Estado de la residencia de los partícipes no tendrá que conceder el método para los dividendos sino el que corresponda a los rendimientos subyacentes<sup>89</sup>. Los regímenes fiscales de transparencia híbrida, como el francés, generan muchos problemas, e incluso doble imposición jurídica por conflictos de calificación. Por ello, la principal conclusión en este punto es que la negociación de los convenios requiere de un profundo estudio del asunto de la transparencia si se pretende solucionar la doble imposición y repartir el poder tributario de forma recíproca, pues por ejemplo, en el caso de las *Société Civil Immobilière* (SCI) francesas estudiadas por los jueces belgas, se permitió eliminar la doble imposición del impuesto sobre la actividad de la entidad pero atribuido a los socios belgas, a costa de las pretensiones impositivas de Bélgica que concedió un crédito por las rentas inmobiliarias<sup>90</sup>.

La ficción, en cambio, procede cuando un Estado contratante considera a la entidad como sociedad residente, con independencia de que el Estado de residencia de los socios la califique como transparente<sup>91</sup>. En ese sentido, en el caso en que la fuente de los rendimientos de la entidad se encuentre en el mismo Estado de la residencia de los socios, tal jurisdicción podrá gravar la parte del socio, pero en ningún momento el CDI permite restringir el derecho del Estado de residencia/constitución de la entidad de gravar a la entidad. Esa conclusión queda clara del Informe de *Partnerships*<sup>92</sup> y la doctrina concuerda en ella<sup>93</sup>, pues de lo contrario se desgarraría el funcionamiento del CDI. Ahora bien, en cuanto a la eliminación de la doble imposición en el cabeza del partícipe, los CMOCDE garantizan un crédito indirecto en estos casos, que de forma cuestionable justifican en el propio artículo 23 del Modelo<sup>94</sup>. Así, para los Comentarios se aceptará la proporción del impuesto pagado por la entidad. Este resultado genera una falta de neutralidad frente a las entidades en que no se presenta el conflicto de atribución, que como es bien sabido, solo tienen derecho al crédito directo por los dividendos<sup>95</sup>. Por ello, a nuestro juicio en este caso

<sup>88</sup> Supuesto similar al ejemplo 6 del Informe de *Partnerships*.

<sup>89</sup> LANG Y STARINGER (2014): págs. 49-52. Aunque esa sea la solución que defiendan, el *General Report* destaca otras.

<sup>90</sup> Bélgica, Corte de Apelación de Bruselas, Sentencia de 4 de junio de 1974, JDF, 1975, pág. 83; Bélgica, Corte de Apelación de Bruselas, Sentencia de 7 de noviembre de 2002, FJF2003/128. Una crítica similar en DE BROE Y DE LA SERNA (2005): pág. 15 *et seq.* Otras posiciones en: AVERY JONES *et al.* (2009): pág. 8; OECD (1999): párrafos 124-139.

<sup>91</sup> Estos son los supuestos que dan lugar a las excepciones del Informe de *Partnerships* en los ejemplos 16 a 18.

<sup>92</sup> Incorporados en el párrafo 6.1 artículo 1 del CMOCDE.

<sup>93</sup> LANG (2000): pág. 92.

<sup>94</sup> Párrafo 69.2 de los Comentarios al artículo 23 del MOCDE.

<sup>95</sup> La misma crítica en LANG (2000): pág. 98.

solo debe aplicarse el método previsto para los dividendos, y obviamente habrá doble imposición en cabeza del partícipe, pero la misma será de naturaleza económica y no jurídica. En cualquier caso, dado que procede la ficción, la doble imposición por los dividendos debe eliminarse, aunque existan conflictos de temporalidad, ya que de ser necesario deben reabrirse los términos de corrección de la liquidación.

El caso de las normas de transparencia fiscal internacional (en inglés llamadas de forma más restrictiva como *CFC*)<sup>96</sup> es muy similar al supuesto de conflictos de atribución referido en el párrafo anterior y a nuestro juicio debe recibir la misma solución. Ello porque a menos que se pacte una salvaguarda expresa, los CDI obligan a eliminar la doble imposición admitiendo la ficción de los dividendos<sup>97</sup>. Por más que el Estado de la residencia del socio califique con su *lex fori* al término «renta/rendimiento» usado en el artículo 10.1 del Modelo y encuentre competencia para gravar los beneficios no distribuidos, a efectos convencionales esa potestad supone la garantía del método previsto para los dividendos. En la mayoría de casos ello no presentará problemas, pues las normas de transparencia suelen eliminar la doble imposición económica, al admitir como crédito el impuesto subyacente (que será usualmente nulo o muy bajo) y el ingreso por la distri-

<sup>96</sup> Un análisis de la historia y el derecho comparado en la doctrina española: ALMUDÍ (2005): 29-106; párrafo 23 artículo 1 del MCOCDE.

<sup>97</sup> El MCOCDE nombra a las normas de CFC desde las modificaciones a los Comentarios de 1992, donde fueron incluidos argumentos a favor (párr. 22 art. 1 MCOCDE 1992) y en contra (párr. 23 art. 1 MCOCDE) de la compatibilidad. En el año 2003 se indica en los Comentarios que tales regímenes son compatibles con los CDI, y se reducen las contradicciones. Apoyando la interpretación dinámica: ALMUDÍ (2010): pág. 1.110. A favor de la inaplicación de los CDI frente a las normas de transparencia: la Corte Suprema Administrativa Sueca en el caso RÅ 2008 ref. 28; indicando que constituyen un *treaty override* y que la norma de transparencia en todo caso prevalece [Corte Suprema Administrativa Sueca (*Regeringsrätten*) SE: SAC, 5 de abril de 2008, X AB v. Swedish Tax Agency 12 ITLR 311. Disponible en *Tax Research Platform* IBFD, Case Law. [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Además, la práctica de Canadá y Estados Unidos señala que los tratados no se aplican a rentas de CFC. DE BROE *et al.* (2011): págs. 378-379]. Un buen número de CDI españoles aceptan expresamente las normas de transparencia fiscal internacional y sus efectos han de revisarse de conformidad con la redacción específica en cada caso. España-Argentina 2013; España-Alemania 2008; España-Armenia 2012; España-Barbados 2011; España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Indonesia 2000; España-Jamaica 2009; España-Luxemburgo 1987; España-Moldavia 2009; España-República Dominicana 2013; España-Serbia 2010; España-Singapur 2012; España-Trinidad y Tobago 2009; Colombia-México 2013. El CDI España-Australia 1992 contiene una regla particular en el artículo 10.4 del siguiente tenor: «4. En el caso de España, el apartado 2 de este artículo no será aplicable a las rentas que, con arreglo a las disposiciones de la legislación fiscal española, relativa a las sociedades en régimen de transparencia fiscal, sean imputables a los accionistas de dichas sociedades, se distribuyan o no a los mismos. Dichas rentas pueden someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna en tanto no estén sometidas al Impuesto sobre Sociedades español». El de Finlandia aclara que la *participation exemption* no aplicará en ese país en estos casos. En similar sentido el CDI España-Filipinas de 1994 establece que el párrafo 2 del artículo 10 no será aplicable, pero agrega que «no se concederá crédito alguno en Filipinas por impuestos pagados sobre tales rentas.» Así mismo los CDI de España con Bulgaria, China de 1992, Filipinas de 1992, India de 1995 indican que en «el caso de España, el apartado 2 del artículo 10 (equivalente al MCOCDE) no se aplicará a la renta imputable, distribuida o no, a los accionistas de las Sociedades y Entidades a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y el artículo 19 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, en tanto dicha renta no esté sometida al Impuesto sobre Sociedades español. Dicha renta puede someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna».

bución real no será considerado renta<sup>98</sup>. No obstante, en el caso en que el CDI disponga del método de exención, de un crédito indirecto o de un *tax sparing* para los dividendos, las normas de transparencia se verán restringidas y posiblemente pasarán a ser inocuas<sup>99</sup>. Con lo dicho, no se puede estar de acuerdo con las posiciones de quienes plantean que las normas de transparencia fiscal son contrarias al artículo 7<sup>100</sup>, puesto que bien es sabido que esa es una norma general que debe ceder ante normas especiales como el artículo 10<sup>101</sup>. Tampoco se puede aceptar que al ser una renta ficticia califica como «otras rentas» según el artículo 21 del Modelo, ya que está claro que existe una entidad distribuidora de dividendos, existen participaciones sociales y el hecho de que un Estado califique autónomamente el término «renta» no impide el encuadramiento en el presupuesto del artículo 10.3<sup>102</sup>.

Existen ciertas situaciones que algunos CDI asimilan a las entidades distribuidoras de dividendos. En primer lugar, los contratos de cuentas en participación son incluidos de forma atípica, puesto que aparecen en la definición de dividendos para comprender a los rendimientos obtenidos por los partícipes ocultos<sup>103</sup> y que, a falta de aclaración, serían considerados intereses por regla general, o beneficios empresariales si participan en la administración. Esas inclusiones no tienen en cuenta que eso implica modificar el centro del círculo de la entidad distribuidora sin modificar el de sociedad, de forma que podría darse el caso en que la renta sea considerada como dividendos según la definición, pero no se cumpla con el requisito de ser una sociedad, pues el gestor perfectamente podría ser una persona física o una agrupación de personas no sujeta como las personas jurídicas. En todo caso, si el propósito de la definición es comprender un rendimiento que potencialmente soporta doble imposición económica y, admitiendo que este sea un supuesto parecido al que se presenta en las relaciones sociedad-socio, no podría olvidarse que en muchos países ese rendimiento pagado al oculto será deducible para el gestor, de

<sup>98</sup> HARRIS (2010): pág. 587.

<sup>99</sup> RUST (2004): pág. 264 y ss.; ALMUDÍ (2005): págs. 356-359.

<sup>100</sup> ALMUDÍ (2010): pág. 1.109..

<sup>101</sup> Las rentas atribuidas al propietario de una sociedad controlada no residente en virtud de la norma de transparencia fiscal internacional son dividendos de acuerdo con el artículo 10 del MCOCDE en cuanto que son «rentas de las acciones» en una «sociedad» del otro Estado contratante. El término «sociedad» definido por el artículo 3.1 b) supone que el Estado que aplique la norma de transparencia fiscal internacional respete a efectos convencionales la consideración de «sociedad» que resulte de aplicación de la normativa del otro Estado contratante. Así, la renta debe ser calificada como dividendos.

<sup>102</sup> El término renta al no venir definido por el CDI se definiría de acuerdo con la *lex fori*. La doctrina ha entendido que se aplicaría el significado dado por legislación del Estado que aplique el CDI, que en el caso de normas de transparencia fiscal internacional sería claramente el de la residencia al aplicar el artículo 10.1 del MCOCDE. En esta línea HELMINEN (2010): págs. 136-137. En contra, la Sentencia del 28 de junio de 2002 del *Conseil D'Etat* francés en el caso *Schneider*.

<sup>103</sup> El Protocolo del CDI entre España y Portugal de 1995. La Consulta de la DGT de 19 de febrero de 1992 indicó que en relación con el Convenio España Portugal son dividendos las retribuciones por las aportaciones hechas a cuentas en participación por un partícipe no residente persona física.

forma que el tratamiento como dividendos no resulta del todo adecuado. En segundo lugar, es conflictiva la calificación de los rendimientos que derivan los beneficiarios de un trust, puesto que esos contratos tienen diversas tipologías y por lo general no son en sí mismos entidades distribuidoras de dividendos y los derechos que se tienen sobre patrimonio no reúnen las condiciones de participaciones sociales.

En tercer lugar, los vehículos colectivos de inversión como las IIC tienen problemas para calificar como entidades distribuidoras, lo cual ha causado que la jurisprudencia finlandesa considere que los pagos a los inversores son «otras rentas» y no dividendos a pesar de que el fondo era considerado una «sociedad» «residente» en ese país. El Tribunal finlandés arguyó que el régimen fiscal de los dividendos no es igual al de los rendimientos de los inversores porque los fondos están exentos, olvidando que la tercera parte se refiere al régimen de las rentas que obtienen los socios o inversores y no al régimen de la entidad distribuidora<sup>104</sup>. Además, los derechos de los inversores podrían subsumirse en la segunda parte del artículo 10.3 del Modelo. La práctica convencional a veces excluye a los fondos de ser residentes<sup>105</sup>, pero en otros casos los incluye expresamente<sup>106</sup>. En ocasiones se prevé directamente que los rendimientos de los fondos son dividendos, lo cual puede generar problemas también para cumplir con el artículo 10.1, puesto que el fondo o la IIC podría no ser una «sociedad». Es relevante evaluar que el objetivo de neutralidad se logre, pues si los inversores deberían soportar el gravamen, desde un punto de vista de política fiscal habrá que hacer que los límites convencionales sean acordes a las pretensiones impositivas. Un buen ejemplo en ese sentido es el CDI entre España y Estados Unidos de 2012.

En cuarto lugar, diferentes razones de política fiscal aconsejan promover las inversiones de las FII eliminando el nivel de imposición de la entidad, pero sin que para los inversores se mantenga la fuente y naturaleza original de la renta subyacente, ya que al ser rentas inmobiliarias se generaría una imposición ilimitada en la fuente. Por ello, los Comentarios al MCOCDE han buscado que los FII califiquen como entidades distribuidoras de dividendos a pesar de que no sean sociedades residentes en los términos del Modelo<sup>107</sup>. Esta inclusión directa puede generar los problemas que hemos descrito se plantean respecto del artículo 10.1. Se aprecia que el artículo 10 del Modelo es utilizado para disparar la ficción de que los inversores no reciben la renta subyacente, y no para someter a imposición unos rendimientos que potencialmente puedan soportar doble imposición económica, que en estos casos claramente no existirá.

<sup>104</sup> Vid. Finlandia, *Korkein Hallinto-oikeus*, Sentencia de 14 de junio de 1999, no. 1600; KHO: 1999:34. Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>105</sup> España-Chile 2004; España-Jamaica 2009; España y Uruguay 2011; la aplicación del CDI se permite de forma condicionada a que las autoridades competentes fijen los requisitos en los Convenios: España-Alemania 2012; España-Francia 1997.

<sup>106</sup> España-Corea 1994; España-Alemania 2012; Modelo Ruso.

<sup>107</sup> Párrafo 67.1 y ss., artículo 10 del CMOCDE. En España el CDI con Singapur de 2012.

Finalmente, los EP son unidades de atribución de rentas que pueden ser asimiladas a las entidades distribuidoras de dividendos<sup>108</sup>, aunque no son en sí mismos «sociedades» «residentes del otro Estado contratantes», ni existe una participación social de la casa central en el EP. Es más, a pesar de las remesas de beneficios de los EP se sujeten a imposición como las rentas de las acciones y que, por esa vía pueda pensarse que se enmarcan dentro de la tercera parte del artículo 10.3 del Modelo o en la versión amplísima de la remisión que contiene algunos tratados, el tenor literal de la comparación exigiría que se compare el tratamiento fiscal de los dividendos en el Estado de la casa central, con el de las remesas de beneficios, lo que no tiene ningún sentido. Así que a pesar de que la lógica económica aconseje tratar neutralmente a las remesas de beneficios de los EP y los dividendos de las filiales, el MCOUDE no permite responder a estos retos, gracias a que no comprende dentro del ámbito subjetivo del CDI a los EP. A los problemas descritos se une la cuestión de la discriminación que se suscitara por gravar de forma más gravosa al no residente del otro Estado contratante. Ello porque habrá dos hechos imponderables por cada nivel de imposición al no residente, que no son semejantes al de las empresas residentes, pues estas se ven sujetas a un solo nivel de imposición en su propia persona. Así, hasta tanto no se corrija el ámbito subjetivo de los CDI, los impuestos complementarios (*branch tax*) serán cuestionados por vulnerar los artículos 24, 10.5, 10.1 y 3.1 b) del Modelo, de ahí que bajo la estructura actual lo más aconsejable sea incluir cláusulas de salvaguarda específicas y la asignación de un tratamiento neutral, que consiste en replicar el tipo de gravamen permitido para los dividendos provenientes de una participación sustancial, respecto de las remesas de beneficios obtenidos mediante un EP, pero sin calificar esos últimos ingresos como dividendos a efectos del CDI<sup>109</sup>.

El elemento de la entidad distribuidora de dividendos requiere diferenciar entre los beneficios de la entidad y los dividendos propiamente, gracias a que los límites del artículo 10.2 del Modelo se refieren solo a estos últimos. La jurisprudencia tiende a considerar que el criterio debe ser estrictamente formal, esto es, dependiente de quién es el contribuyente<sup>110</sup>. En ese sentido, si se comprueba que la entidad distribuidora cumple la obligación tributaria, pero no lo hace en calidad de contribuyente, podrían aplicar los límites del CDI, como se ha concluido en India. Por ello, la diferenciación debe ser tenida muy en cuenta por los negociadores de los CDI, y de ser necesario deben aclararse los casos donde pueda ser difícil determinar el sujeto pasivo del tributo. Especialmente, ha de tenerse en cuenta la distinción formal entre ambos tipos de tributos para

<sup>108</sup> Como se ha entendido en el caso: Francia, *Cour administrative d'appel de Lyon*, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, caso *Sté Médecine Beauty*, n.º 06-1048. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org)

<sup>109</sup> El ejemplo de los CDI chilenos es muestra de una solución razonable a la cuestión. *Vid.* la reserva contenida en el párrafo 74 al artículo 10 de los CMOCDE hecha por Chile. Así mismo, los CDI estadounidenses ofrecen un buen ejemplo, ya que el segundo nivel de imposición se aplica además a las rentas inmobiliarias gravadas en base neta. El régimen de los Estados Unidos regula un valor presunto de remesa de beneficios a la casa central denominado el *dividend equivalent amount*, *vid.* MCEUA, *Technical Explanations*, artículo 10, paragraph 8, pág. 38. Ello basado en el *Internal Revenue Code* § 884(a). Finalmente cabe destacar la práctica canadiense, como por ejemplo el convenio entre Canadá y España de 1981.

<sup>110</sup> Australia, Case L23 (1979) 79 A.T.C. 110 (Board of Review).

poder garantizar así el mayor grado de reciprocidad<sup>111</sup>. Por ejemplo, en el caso colombiano se elimina la doble imposición económica considerando como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional a los dividendos provenientes de beneficios gravados en la sociedad, de forma que si no soportan imposición serán sujetos a nombre del socio como dividendos. Ello ha requerido negociar excepciones al artículo 10 del MCOEDE que han pretendido permitir esa imposición por fuera de los límites del 5 o 15%. No obstante, errores en la redacción de los Protocolos de algunos CDI no han permitido lograr ese cometido.

### 3.2. PARTICIPACIONES SOCIALES

El artículo 10.3 señala que la fuente de la renta son las participaciones sociales definidas formalmente en su primera parte, de forma amplia en la segunda y, por remisión en su tercera. La relación entre las tres partes es un asunto que está lejos de ser claro, pues mientras la mayoría de la doctrina, encabezada por VOGEL<sup>112</sup>, sostiene que existe un significado intrínseco en las tres partes, es evidente que en la búsqueda del mismo los autores trasladan criterios distintivos del endeudamiento y los fondos propios que la legislación interna prevé. Debe resaltarse que estos no son uniformes para todas las normas jurídicas de un mismo ordenamiento (legislación fiscal, societaria y contable), y tampoco son uniformes a nivel internacional, en particular porque en cada caso pueden adoptarse análisis meramente formales o sustanciales del activo, y en este último caso dar más o menos peso a los derechos políticos, económicos sobre los beneficios o económicos sobre la cuota de liquidación<sup>113</sup>. En consecuencia, debe aceptarse que existen tres partes diferenciadas de la definición que utilizan tres aproximaciones distintas para describir el activo del cual proviene un rendimiento. Económicamente el rendimiento debiera ser la distribución de beneficios de la entidad distribuidora y los negociadores deben evaluar en cada caso que eso sea así, considerando en particular los significados que podrían adquirir en cada legislación los derechos caracterizados en cada parte. Porque además, las dos condiciones generales de la segunda parte de la definición, participar en beneficios y no ser un derecho de crédito, no se refieren a los activos de la primera parte como lo defiende PIJL<sup>114</sup>, sino que por el contrario

<sup>111</sup> Sudáfrica, High Court Volkswagen of South Africa (Pty) Ltd v. The Commissioner for the South African Revenue Service, 70 SATC 195, 21 April 2008. Un análisis de la sentencia en HATTINGH (2009): pág. 442 y ss.

<sup>112</sup> VOGEL (1997): artículo 10, párrafos 185, 188 189; adoptada con matices por: EBERHARTINGER y SIX (2009): pág. 9; HELMINEN (2010): pág. 175; BÄRSCH (2014): pág. 435.

<sup>113</sup> Ello se concluye en un importante análisis de los sistemas de Australia, Alemania, Italia y Países Bajos. BÄRSCH (2012): pág. 322. Por otro lado, un estudio del Instituto *Max Planck* liderado por SCHÖN analizó los sistemas tributarios internos de Austria, Alemania, Francia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos concluyendo que las calificaciones mercantil de capital social o del *ranking* del instrumento en los procedimientos de insolvencia, no deberían ser relevantes a efectos tributarios desde un punto de vista teórico, pero de hecho lo son en los países estudiados. SCHÖN *et al.* (2009): págs. 95-99. Por su parte las NIC o las regulaciones financieras o bancarias juegan un papel menor.

<sup>114</sup> PIJL (2011): pág. 493 y ss. En igual sentido al autor neerlandés BÄRSCH (2014): págs. 434-435.

pretende caracterizar a los «otros derechos» de la segunda. La historia de los trabajos WP12 demuestran esta conclusión.

La primera parte de la definición enumera varios derechos que podrían ser entendidos según su estricto significado mercantil en el Estado de la residencia de la entidad o también atendiendo a una categoría creada a partir de las características mercantiles y fiscales comunes a todos los activos enumerados. No obstante, es difícil extraer esas características, puesto que:

1. Las acciones pueden ser entendidas en inglés como participaciones en sociedades de capital, mientras que en español y francés como participaciones en sociedades anónimas y comanditas por acciones<sup>115</sup>; además, dado que existen diferentes líneas divisorias entre el endeudamiento y los fondos propios, los tipos de acciones pueden estar sometidos a reglas societarias, contables o fiscales distintas. Piénsese en las acciones rescatables, preferenciales y sin derecho a voto, que podrán tener el régimen contable y/o fiscal del pasivo. Y es que en la búsqueda de ese significado común, la doctrina ha aceptado como principal característica la participación en las pérdidas o ganancias en la cuota de liquidación<sup>116</sup>. En nuestra opinión esto se antoja arbitrario, pues existen privilegios en las acciones que operan como límites mínimos (*floor*) y máximos (*caps*) y que no por ese mero hecho dejan de generar rendimientos que soportan una imposición subyacente ni dejan de ser «acciones». Además, bajo el criterio de la participación en la cuota de liquidación las acciones con tales privilegios no calificarían como intereses ni como dividendos, pero posiblemente como beneficios empresariales u otras rentas, previniendo al Estado de la fuente de gravar. Ese resultado es cuanto menos cuestionable desde el punto de vista de la neutralidad y justicia en el reparto. Incluso, no queda claro qué ocurriría si se participa en las variaciones positivas de la cuota de liquidación y no en las negativas, o viceversa, ni si lo que interesa es la contingencia sobre el derecho a esa cuota, o respecto del monto de la cuota misma. Eso se aprecia en la problemática calificación que tienen las acciones rescatables, puesto que existe una participación en el riesgo representado en la cuota de liquidación, pero solo hasta cuando se amorticen y, en todo caso, dependiendo de si la opción de canjear la acción la tiene el accionista o la entidad. Algunos autores suman a la participación en la cuota de liquidación el criterio de la participación en los beneficios, desconociendo que cada uno puede permitir llegar a calificaciones distintas, sobre todo ante instrumentos financieros híbridos. Es más, la propia participación en beneficios puede ser entendida como una contingencia sobre el derecho a recibir el pago, o una contingencia

<sup>115</sup> Nótense las diferencias entre las versiones en inglés, francés y español de los Comentarios al artículo 10, la primera se refiere al capital en una *corporation*, o en una *joint stock Company*. La versión francesa habla de sociedad anónima y la explica en paréntesis como sociedad de capital.

<sup>116</sup> VOGEL (1997): artículo 10, párrafo 192, pág. 653; HELMINEN (2010): pág. 204.

sobre el monto del mismo, disyuntiva que la doctrina no resuelve y daría lugar a respuestas distintas respecto de las acciones con dividendo fijo, por ejemplo. En últimas, defender un significado intrínseco lleva a la inseguridad jurídica.

2. Las «acciones de disfrute», los «bonos de disfrute» en la versión francesa y española, o los «derechos de disfrute» –*jouissance rights*– si se sigue la redacción inglesa, cobran diversos significados en la doctrina y la jurisprudencia. De un lado, es evidente que la traducción española requiere un título valor, el bono, mientras que la inglesa tiene un significado especialmente amplio. Al tiempo, la acción es un título valor, pero con la característica de que es una representación del capital social, a diferencia del bono. Así que es difícil sostener que estas palabras pretenden designar una misma propiedad. Su inclusión en los CDI es cuestionable cuando los derechos internos no prevén estos dentro del catálogo del derecho societario, puesto que se ha comprobado que los autores pueden entenderlos como: a) un derecho de disfrute en un sentido civilista de recibir los frutos naturales o civiles de una cosa (p. ej. el usufructo)<sup>117</sup>; b) un activo que da derecho a participar en beneficios, pero con participación política restringida (p. ej. acciones sin derecho a voto)<sup>118</sup>; c) un título con las características recién mencionadas, pero cuyo origen se encuentra en una reducción de capital. Este significado tiene un importante soporte histórico<sup>119</sup>; d) cualquier tipo de derechos que den lugar a participar de los beneficios o las ganancias sociales que no puedan ser calificados como otra renta<sup>120</sup>. Estos cuatro

<sup>117</sup> El *International Tax Group* admite que en Francia existen derechos de disfrute, aunque no las acciones de disfrute. Es curioso que al explicar los tipos de derechos de disfrute en ese país, se entienda que pueden ser «derechos reales sobre las acciones, como en el caso del usufructo, o derechos contractuales. El propietario del usufructo tiene por lo general derechos de voto». AVERY JONES *et al.* (2009): Nota al pie 82, pág. 17. Se refiere al artículo L225-110 *Code de Commerce*.

<sup>118</sup> VOGEL (1997): artículo 10. párrafo 193, pág. 652. En el trabajo de AVERY JONES *et al.* (2009): pág. 17 y ss. se afirma que en Bélgica existen los denominados «Winstbewijzen» o «parts bénéficiaires» y se cita sin mucha explicación el artículo 483 del Código de Sociedades (*Code des Societes*). Esta norma se refiere a unos valores que no representan el capital pero que pueden ser emitidos por las sociedades anónimas (art. 460). Bélgica, artículo 483 *Code des Societes*. Respecto de Italia se cita el artículo 2.351 del *Codice Civile* que se refiere al derecho de voto de las acciones, según el cual los titulares de las acciones privilegiadas pueden votar si así lo prevén los estatutos. Esa misma norma señala que los titulares de las acciones con limitaciones de voto no deben exceder de la mitad del capital social. Según se infiere, los autores entienden en este punto que los bonos o acciones de disfrute son participaciones sociales sin derecho a voto. En Suiza, se asume que los *jouissance rights* o *shares* son los mismos *bons de jouissance/Gemusschein*, mientras que en Países Bajos se asume que son comparables con los *winstbewijzen* que son certificados de participación en beneficios.

<sup>119</sup> En esa línea el Código de Sociedades belga (art. 615) y el Código de Comercio francés (arts. 1.225-198) al usar «acciones de jouissance», que se asemeja al de «bonos de disfrute» usado por la Ley de Sociedades de Capital (arts. 260 y 341) española, antiguamente regulados en el artículo 48.3 de la Ley de Sociedades Anónimas. El TEAC en Resolución del 11 de junio de 2004 [R. G. 4008/2001 (NFJ017986)] determinó que los rendimientos de los bonos de disfrute son considerados participaciones en fondos propios de entidades y deben diferenciarse de la entrega del bono que podría estar gravada como ganancias de capital. Además, véase OECD, CFA/WPI(73)2.

<sup>120</sup> LUCAS (2000): pág. 217.

significados dan cuenta de su carácter polisémico y su condición de puerta giratoria en la pretendida muralla delimitadora entre dividendos e intereses. Finalmente, cabe advertir de que el significado intrínseco propuesto por VOGEL para toda la definición y que restringiría los vocablos que venimos comentando<sup>121</sup> tienen sentido en la legislación y convenios alemanes (aunque existen sentencias contrarias a tal conclusión en ese país)<sup>122</sup>. Fuera de esa jurisdicción su aplicación es discutible.

3. Las participaciones mineras son descritas en inglés como «shares», lo que da cuenta de que en inglés se usa esa palabra de forma más amplia que el término «acciones», conclusión que podría impactar la interpretación del primer activo enunciado por el artículo 10.3 del Modelo. En todo caso, las participaciones mineras pueden tener significados especiales en las legislaciones internas, y así dar lugar a la discusión de si los rendimientos en sociedades mineras transparentes son dividendos o no. En nuestra opinión debe existir una entidad distribuidora previamente a la calificación de la participación, pero en todo caso parece importante excluir este activo cuando la entidad sea transparente para evitar discusiones<sup>123</sup>. Las partes de fundador también se suelen excluir en los CDI, y ello tiene sentido cuando según el derecho interno bien se consideran acciones o participaciones sociales, y se les asigna el régimen fiscal de las acciones, pero también cuando no tienen el régimen fiscal de las acciones. Por esto último es cuestionable que España incluya los rendimientos de las partes de fundador en la definición de dividendos de los CDI, cuando en su derecho interno estos se gravan como rendimientos del trabajo<sup>124</sup>. De cualquier forma, su propósito claramente fue incluir a los intereses en los beneficios que derivan del contrato social y por la prestación de servicios a la entidad durante su fundación o promoción. Los trabajos del WP1 de la OCDE en 1973 contradicen directamente la postura de VOGEL del significado intrínseco, al admitir que las partes de fundador por lo general no dan derecho sobre la cuota de liquidación y, sin embargo, generan dividendos a efectos del artículo 10 del Modelo<sup>125</sup>.

La segunda parte de la definición comprende unas características generales que resultan más apropiadas desde un punto de vista de técnica legislativa del Tratado. La caracterización a partir de que no sean derechos de crédito es relevante, pues este significado es bastante preciso en la medida

<sup>121</sup> VOGEL (1997): artículo 10, párrafo 193, pág. 652; En la misma línea HELMINEN (2010): págs. 187-190.

<sup>122</sup> Alemania, FG KÖLN – Finance Court Cologne (*Finanzgericht Köln*), 11 de diciembre de 2003, 2 K 7201/00, EFG 2005, pág. 541. Así en AVERY JONES *et al.* (2009): nota al pie 86, pág. 17. En contra, esto es, siguiendo la posición de VOGEL (1997) Alemania, Corte Federal Fiscal (*Bundesfinanzhof*), Case I R 53/09, 26 August 2010 Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD. Alemania, *Finanzgericht Nordrhein-Westfalen* (Köln), Sentencia de 29 de abril de 1999, caso 2 K 3998/95. Disponible en *Tax Research Platform*, IBFD.

<sup>123</sup> En una línea similar VOGEL (1997): pág. 654, párrafo 196.

<sup>124</sup> Artículo 16.2 lit. g) de la LIRPF.

<sup>125</sup> OECD, CFA/WP1(73)2; *vid.* PILL (2011): pág. 492.

en que se requiere de un derecho contractual que obliga a un deudor, frente al acreedor, al pago de un principal por un principal o valor nominal, y sin que el propio contrato prevea una contingencia sobre la reducción del monto de tal reembolso<sup>126</sup>. Eso permite observar que la segunda parte de la definición de dividendos no puede incluir a aquellos rendimientos de activos que compartan los riesgos empresariales, entendidos estos según el criterio del riesgo propuesto por los Comentarios de la OCDE, si la obligación de repago de monto del principal se prevé contractualmente. En esa misma línea, la definición de intereses del artículo 11 (que se construye a partir de los rendimientos de los derechos de crédito) no podría excluir los rendimientos de tales activos. Ello lleva entonces a que no se pueda calificar como intereses los rendimientos de cuentas en participación cuando el riesgo del oculto se extienda a las participaciones en pérdidas, aunque sí puedan ser considerados dividendos dentro de la segunda parte de la definición<sup>127</sup>. En esa misma línea, los préstamos perpetuos o a largo plazo<sup>128</sup>, o los que generen intereses recalificados como dividendos en virtud de normas de subcapitalización, no encuadran dentro de los activos enunciados en la segunda parte del artículo 10.3 del Modelo.

La tercera parte de la definición contiene una remisión dinámica al derecho interno, que en todo caso ha de respetar la –amplia– exigencia de buena fe del artículo 31 de la CVDT. Bajo el MCOCDE la remisión requiere que sea un rendimiento: a) de participaciones sociales; b) sujeto al mismo régimen fiscal que las acciones. Las remisiones amplias y amplísimas cambian el primer requisito como se ha dicho, y eso se explica porque la expresión participaciones sociales puede ser entendida: i) *sensu stricto* como los activos que tienen las características ordinarias de un socio en una sociedad, dentro del cual cabría el significado intrínseco de VOGEL<sup>129</sup> o el criterio del riesgo de los CMOCDE<sup>130</sup>; ii) *lato sensu*, como una relación financiera tratada por el derecho interno como tal o incluso como cualquier relación en la cual la contraparte es una entidad distribuidora de dividendos, como defiende PIJL<sup>131</sup>. El segundo requisito, la comparabilidad, demuestra el interés que ha tenido la OEEC y OCDE por garantizar el régimen fiscal de los dividendos previsto en los CDI a las rentas que tengan el régimen fiscal de los dividendos en el nivel interno, caracterizado este por ser un mismo objeto imponible gravado en dos sujetos distintos. Por consiguiente, ese tipo de rentas sería el significado, y el significante todo el artículo 10.3. La primacía de la interpretación autónoma convencional de las «participaciones sociales» y, de la primera y segunda parte del citado párrafo tercero del artículo 10 sobre la remisión, solo puede llevar a una disociación entre significante y significado que potencia el *debt-equity conundrum*<sup>132</sup>. A lo anterior se suma el hecho que si bien bajo

<sup>126</sup> PIJL (2011): pág. 494. En igual sentido: BROWN (2012): pág. 34.

<sup>127</sup> VOGEL (1997): n.º 229, artículo 10 y n.º 61, artículo 11.

<sup>128</sup> En contra: BUNDGAARD y DYPPEL (2010): pág. 662.

<sup>129</sup> VOGEL (1997): párrafo 188, artículo 10.

<sup>130</sup> OECD (1987a): párrafo 56.

<sup>131</sup> PIJL (2011): pág. 484.

<sup>132</sup> Como ocurre por ejemplo en: República Checa, Sentencia de la Corte Suprema Administrativa, 10 de febrero de 2005, caso: *AAA v. Financial Directorate*, 8 ITLR, 178 *et seq.*

la redacción de la remisión del artículo 10.3 del borrador de 1963 es posible acudir directamente a las normas definitorias de los rendimientos de la participación en los fondos propios de entidades, a los presupuestos de hecho sustitutivos y demás preceptos de remisión a la categoría de renta interna; la remisión al régimen fiscal de las acciones incorporada en 1977 supone evaluar un número muy amplio de factores (tipo, base imponible, aspecto temporal, aspecto espacial) que son difíciles de determinar, ya que existen regímenes fiscales para los dividendos internos, para los *outbound*, para los pagados a personas físicas o a personas naturales, por participaciones de portafolio o sustanciales, etc. El criterio de la deducibilidad del pago en la entidad distribuidora parece alejarse del tenor literal que menciona, por el contrario, al régimen fiscal de las acciones no de los beneficios de los que proceden. En todo caso, la ratio detrás de la definición de dividendos aconsejaría analizar la renta como un solo objeto imponible y por ello considerar la deducibilidad.

En nuestra opinión, las relaciones entre los artículos de dividendos e intereses vienen definidas por la idea de que los derechos de crédito no pueden comprenderse en la segunda parte, pero sí en la tercera cuando se asume un concepto de participaciones sociales amplio. Sin embargo, los CMOCDE son particularmente confusos a este respecto, pues pretenden justificar un significado autónomo convencional de participaciones sociales a partir del criterio del riesgo<sup>133</sup>, sin señalar respecto de qué parte de la definición del artículo 10.3 aplica. Inferimos que su único fundamento normativo podría ser la tercera parte y que, en todo caso, se causaría una antinomia con el artículo 11.3, puesto que los «derechos de crédito» entendidos desde la perspectiva descrita arriba generarían siempre intereses, pero cuando participen en el riesgo según el criterio sustancial del artículo 10.3 en su tercera parte, también dividendos. Esa antinomia se soluciona dando preferencia a esta última calificación. Algunos CDI acertadamente incluyen una regla de desempate que soluciona expresamente la cuestión. La posición que planteamos no es unánime, ya que el significado amplio de participaciones sociales no es admitido por los CMOCDE que de hecho asumen el criterio del riesgo para distinguir entre los rendimientos de los artículos 10 y 11. El riesgo se mide a partir de un análisis multifactorial que puede ser contradictorio en sus resultados, pues algunos factores dan prevalencia al criterio de la remuneración, otros al de devolución del capital, visto desde un punto de vista del instrumento, mientras que otros atienden a la posibilidad económica de obtener tal devolución bajo el análisis de una situación de subcapitalización<sup>134</sup>. La doctrina ha querido justificar un criterio único de distinción, pero los autores varían su opinión sobre cuál sería dicho factor determinante. Para algunos únicamente interesa la participación en las plusvalías e incrementos de valor de los activos de la sociedad<sup>135</sup> y, para otros, a eso ha de agregarse una participación en las pérdidas, lo que se representa fundamentalmente en la subordinación<sup>136</sup>. Estos criterios son borrosos para delimitar las categorías de deuda

<sup>133</sup> Vid. párrafo 19 artículo 11 y párrafo 25 artículo 10 del CMOCDE.

<sup>134</sup> Vid. párrafo 25 artículo 10 del CMOCDE.

<sup>135</sup> Criterio distintivo de las participaciones sociales según LANG (1991): pág. 125 [citado por BUNDGAARD y DYPPPEL (2010): pág. 658].

<sup>136</sup> Citado por BÄRSCH (2014): pág. 436; ROTONDARO (2000): pág. 265; EBERHARTINGER y SIX (2009): pág. 9; HELMINEN (2010): págs. 183-184, 197-198, 193-195.

y capital ante instrumentos híbridos, y en buena medida carecen de lógica desde de la perspectiva fiscal<sup>137</sup>. Es más, la existencia de CDI que contienen remisiones al derecho interno del Estado de la fuente en la definición de intereses potencia la posibilidad de conflictos de calificación.

El caso de los JSCP brasileros es ilustrativo de los problemas que se describen en este párrafo, puesto que si bien bajo la redacción del MCOCDE 2014 es posible entender que esos rendimientos se calificarían como dividendos, en la redacción del CDI entre España y Brasil la remisión al derecho interno en la definición de intereses obligaría a calificarlos como tal a efectos convencionales<sup>138</sup>, y en esa línea no garantizar el régimen de exención prevista por el propio Tratado para los dividendos, sin perjuicio de que bajo la norma interna española sí puedan ser declarados exentos. Si el criterio del riesgo se asume, el resultado sería conceder la exención prevista para los dividendos en el CDI, lo que puede ser un resultado contrario a una posible política de evitar la doble imposición. En conclusión, los resultados asimétricos causados por los híbridos financieros deben ser atacados a través de enfoques integrales.

Las distintas formas que los Estados adoptan para luchar contra la subcapitalización ponen en tensión la interpretación de la definición de dividendos de los CDI y la propia ratio de existencia de esa categoría. En esa línea se han destacado tres tipos de normas que impiden la deducibilidad de los intereses: la primera recalifica el instrumento financiero en patrimonio; la segunda solo recalifica la remuneración en dividendos, y la tercera únicamente prohíbe la deducibilidad. La clasificación de esa renta no deducible es discutible bajo los CDI<sup>139</sup>. De un lado, se discute si puede ser una participación social. Si se acepta el criterio del riesgo empresarial, habría que indicar que en los tres casos el instrumento es una participación social –en el sentido de la tercera parte de la definición– cuando se asumen los riesgos empresariales y sin importar la naturaleza mercantil o fiscal<sup>140</sup>. Al mismo resultado se llega cuando se acepta el significado amplio de participaciones sociales, en el sentido de toda relación asociativa o financiera. Sin embargo, algunos autores y cierta jurisprudencia admiten que solo las recalificaciones del primer tipo de normas –las que recalifican el instrumento financiero en patrimonio– se califican dentro del artículo 10, pues existe un cambio en la naturaleza del instrumento a efectos fiscales que se admite por el CDI. De todas formas, si prevalece el significado mercantil de participaciones sociales no se accederá a la recalificación<sup>141</sup>. La comparación del tratamiento tributario debe evaluarse con todos los factores que ya se han mencionado, y donde la no deducibilidad, en principio, no juega un papel relevante.

<sup>137</sup> A pesar de los esfuerzos de los autores por encontrar una lógica dentro del caos de la definición, muchos coinciden con la idea de que la definición del MCOCDE puede generar conflictos de calificación. EBERHARTINGER y SIX (2009): pág. 10; HELMINEN (2010): págs. 183-184, 197-198, 193-195; BÄRSCH (2014): pág. 444.

<sup>138</sup> En contra: CALDERÓN (2012b) y España, SAN 712/2014, de 27 de febrero, recurso 232/2011 (NFJ053848).

<sup>139</sup> *Vid.* con la bibliografía ahí citada: CASTRO (2014): págs. 120-122.

<sup>140</sup> OECD (1987a): párrafo 56; párrafo 25 al artículo 10 del CMOCDE 2010; CALDERÓN (2012b): apdo. 4.

<sup>141</sup> En la República Checa la Sentencia del caso No. 2 Afs 42/2008-62, entre *LACRUM Velke Mezirici s.r.o. vs. Finančni reditelstvi v Bme* de la Suprema Corte Administrativa se analiza el CDI entre dicho Estado y Alemania de 1980 y se

En la práctica, el problema de las normas de subcapitalización se difumina entre la calificación del instrumento que es la fuente del rendimiento, esto es, la participación social, y la cuantificación de la capitalización adecuada. Así, al final lo relevante es fijar el monto de intereses no deducibles y/o sujetos al régimen fiscal de las acciones, ya que es un asunto que los CMOCDE proponen determinar simultáneamente a través del criterio del riesgo y del principio de plena competencia (*arm's length*), cuando es evidente que se puede llegar a resultados disímiles con cada uno y así causar inseguridad jurídica<sup>142</sup>. Bajo la tesis que hemos sostenido del amplio significado del término participaciones sociales, el problema de la cuantificación es irrelevante.

Finalmente, cuando el Estado de la fuente califica el rendimiento dentro del artículo 10, el párrafo 68 de los Comentarios al artículo 23 del Modelo pretende exigir ciertos requisitos para que la residencia se vea obligada a conceder el método de eliminación de la doble imposición previsto para los dividendos. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Informe de 1987 da a entender que esos requisitos solo aplican para los métodos internos o los convencionales que en su redacción se refieran a la categoría de renta sin indicación del artículo 10 del Tratado. De tal manera, esas restricciones no se predicán del texto del Modelo, ni de redacciones con mención del artículo 10.

Ahora bien, fuera de las normas de subcapitalización y limitación a la deducibilidad de intereses, existen propuestas teóricas, pocas veces transformadas en realidades normativas, que propugnan un cambio estructural a la asimetría del tratamiento fiscal del endeudamiento y los fondos propios, y en ese sentido impacta la ratio de la definición del artículo 10.3 del MCOEDE. Tales propuestas pueden clasificarse en dos grandes grupos según su impacto en la fiscalidad internacional: a) las que refuerzan la potestad impositiva de la fuente, en particular las que proponen: i) hacer no deducible las remuneraciones del endeudamiento<sup>143</sup>; y, ii) los que imponen una reten-

---

concluye que «los intereses reclasificados como dividendos bajo el derecho interno no entran dentro del ámbito del artículo 10 del tratado y de la definición del término «dividendos» incluida en el tratado». Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Tax Research Platform. En la misma línea el caso Czech Republic - Case 2Afs 108/2004-106, 10 de febrero de 2005. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Tax Research Platform. Vid. VAN WEEGHEL (2010): pág. 33. Sin embargo, en una reciente sentencia rusa se analiza el CDI con Estados Unidos y se concluye que las recaracterizaciones en virtud de las normas de subcapitalización no se ven afectadas por ese Tratado puesto que los artículos 10 y 11 remiten al derecho interno del Estado en que tiene origen la renta. Rusia, Cassation Court of Arbitration of Moscow Region N A40-1164/11-99-7, 28 de febrero de 2012. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org) Tax Research Platform. El Modelo de Convenio 2010 de Rusia expresamente contiene una referencia a las recalificaciones en dividendos de los excesos de intereses según las normas de subcapitalización en la definición convencional de dividendos.

<sup>142</sup> En esa línea HELMINEN (2010): págs. 220-221; CASTRO (2014): pág. 123. Vid. párrafo 25, artículo 10 del CMOCDE. OECD (1987a) Committee of Fiscal Affairs. *Issues in International Taxation No. 2 –Thin Capitalization and Taxation of Entertainers, Artists and Sportmen*. París: OECD: párrafos 48 y 49. En igual sentido el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 9 del MCOEDE. El artículo 9.1 del MCOEDE autoriza a los Estados a corregir la base imponible para ajustar las operaciones vinculadas siempre que se hagan de acuerdo con el principio de independencia. OECD (1987a) Committee of Fiscal Affairs. *Issues in International Taxation No. 2 –Thin Capitalization and Taxation of Entertainers, Artists and Sportmen*. París: OECD: párrafos 48 y 49. En igual sentido el comentario 3 al artículo 9 del MCOEDE.

<sup>143</sup> La propuesta supone una ampliación de la base imponible del impuesto sobre sociedades. Vid. SCHÖN (2012): pág. 490.

ción en la fuente para intereses de deudas económicamente similares a los instrumentos de capital, que equivale a la carga fiscal de los dividendos propiamente y de los beneficios de los cuales derivan<sup>144</sup>. Estas soluciones pueden causar problemas respecto de los CDI. Por ejemplo, los rendimientos que resultan no deducibles podrían entenderse como «participaciones sociales» en un sentido amplio y con un régimen fiscal semejante al de las acciones<sup>145</sup>. Así mismo, en la solución ii) se tendrían que delimitar los instrumentos económicamente similares y renegociar los CDI para admitir una imposición mayor de los intereses<sup>146</sup>; b) las que refuerzan el gravamen en el Estado de la residencia. Dentro de estas se incluye la admisión de la deducibilidad de los dividendos en la entidad distribuidora<sup>147</sup>, reduciendo así el gravamen en el Estado de la fuente y aumentando el de la residencia, siempre que esta última jurisdicción no otorgue el crédito fiscal indirecto o la exención. La deducción de dividendos puede causar conflictos de calificación bajo los CDI<sup>148</sup>.

### 3.3. LA RELACIÓN ENTRE LA FUENTE Y LOS RENDIMIENTOS

El artículo 10.3 del MCOCDE exige una relación entre la fuente –las participaciones en las entidades distribuidoras– y los rendimientos. Esa relación encuentra soporte legal en la preposición «de» de la definición, pero más allá de eso es un asunto no definido por el Tratado, de forma que el derecho interno de los Estados contratantes no resulta limitado. Por consiguiente, no hay soporte normativo para la afirmación hecha por la doctrina mayoritaria, en voz de VOGEL<sup>149</sup>, HELMINEN<sup>150</sup> o HATTING<sup>151</sup> de que el Modelo señala una relación socio-sociedad como causa del rendimiento. Como se vio, los derechos internos tributarios pueden asumir visiones estrictas o amplias de la *societatis causa* que podrían dar lugar a conflictos de atribución<sup>152</sup>. Sin embargo, los mismos no son un problema directamente relacionado con la definición de dividendos, que exige un nexo entre la renta y la participación social que puede ser determinado por las legislaciones internas de los Estados con-

<sup>144</sup> SCHÖN (2012): pág. 501.

<sup>145</sup> *Vid.* con las referencias ahí citadas: CASTRO (2014): págs. 114-119.

<sup>146</sup> Lo destaca: SCHÖN (2012): pág. 499 y ss. *Vid.* MCEUA 2006 artículo 11.2 lit. De forma similar el protocolo No. 1 del Modelo alemán de 2013. BÄRSCH (2014): pág. 441.

<sup>147</sup> Dentro de los sistemas de *ACE* se destaca el interés ficticio (*notional interest*) que permite la deducibilidad de los dividendos pagados a los accionistas o socios hasta un monto máximo ficticio o estimado de la base imponible de la sociedad distribuidora. Por ejemplo, se permite una deducción igual a la tasa de interés de un bono de deuda sin riesgo. SCHÖN (2012): págs. 501-502.

<sup>148</sup> A diferencia de los montos nomenclales de capital deducible que no se ligan a cada participación. Cuando existe esa ligazón pueden surgir problemas. SAN 712/2014, de 27 de febrero, recurso 232/2011 (NFJ053848); CALDERÓN (2012b): apdo. 1 y ss.

<sup>149</sup> VOGEL (1997): párrafo 188.

<sup>150</sup> HELMINEN (2010): pág. 91 y ss.

<sup>151</sup> HATTINGH (2009): pág. 518.

<sup>152</sup> HELMINEN (2010): pág. 57.

tratantes dentro de un margen muy amplio. Según el artículo 10.3, junto con el artículo 3 (apdos. 1 y 2) del Modelo, en caso de que las legislaciones internas al determinar ese nexo supongan un *conflicto de calificación de la renta*, se ha de dar prevalencia al nexo que prevea la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos. Por ello, los CMOCDE más que ser contradictorios al referirse a los dividendos alternativamente como distribuciones de beneficios o rentas participaciones<sup>153</sup>, simplemente reconocen que los Estados pueden dar más importancia a la capacidad contributiva de la entidad o de los socios para fijar ese nexo. De ahí que el Tratado no restrinja las medidas que buscan evitar el fraude de las distribuciones ocultas de beneficios que afecten a la imposición de la entidad distribuidora, cuando el mismo se justifica como una atribución de la renta de las participaciones sociales a un sujeto que no es el socio según una estricta perspectiva mercantil.

La renta/rendimiento es un elemento requerido por el nexo del que habla la definición de dividendos del CDI. Los CDI no la definen pero las legislaciones fiscales sí lo hacen, adoptando además distintos sistemas que pueden o no diferenciar entre las rentas de las participaciones en entidades y las ganancias patrimoniales derivadas de las mismas<sup>154</sup>. Esa distinción en la legislación interna genera oportunidades de arbitraje que, por lo general, llevan a que se prefiera realizar una ganancia de capital que obtener dividendos. Los CDI acentúan esas diferencias al gravar exclusivamente en la residencia a las primeras (art. 13.5 MCOCDE) y limitadamente en la fuente a las segundas, rompiendo así la simetría que pretende el Modelo entre renta, ganancia y patrimonio<sup>155</sup>. De ahí que el Estado de la fuente puede considerar que las ganancias por la enajenación de las participaciones sociales son dividendos. Esa calificación estaría acorde con los CDI, y obligaría a la residencia a no oponer su derecho interno y a seguir a la legislación de la fuente, toda vez que se cumpla con los requisitos de la tercera parte del artículo 10.3 del Modelo. Así, el artículo 10 puede comprender a las ganancias de capital por la enajenación de participaciones sociales que calificarían en el artículo 13.5 del Modelo, siempre que se trate de beneficios acumulados y que la legislación del Estado de la fuente así lo determine<sup>156</sup>. Existe por tanto una regla de prioridad del artículo 10. Ello implica que el término «renta/rendimiento» usado en el CDI no puede ser el fundamento para alegar la teoría del fruto y el árbol, y justificar que el artículo de dividendos solo comprende a las rentas que no consumen su fuente<sup>157</sup>, puesto que tal palabra se califica por las legislaciones de cada Estado, bajo la distinción entre ganancias de capital y rendimientos que a bien tengan, pudiendo incluir a las rentas ficticias, los pagos en especie o las distribuciones encubiertas de beneficios. Sin embargo, los CDI para evitar las posibles interpretaciones restrictivas reemplazan la palabra «renta» por «ingresos», «elementos», «ítems» o «montos»<sup>158</sup>. La pa-

<sup>153</sup> Párrafos 1 y 24 artículo 10 del CMOCDE. *Vid.* HATTINGH (2009): pág. 518.

<sup>154</sup> OECD 1988: pág. 121; párrafos 1-4 artículo 13 del CMOCDE.

<sup>155</sup> Sobre el particular *vid.* VAN WEEGUEL (1998): págs. 141-142.

<sup>156</sup> Párrafo 28 artículo 10 y párrafo 31 artículo 13 del CMOCDE.

<sup>157</sup> VOGEL (1997): artículo 10, párrafo 9a.

<sup>158</sup> VOGEL (1997): párrafo 186 artículo 10; CDI España-Reino Unido 2014; HATTINGH (2009): pág. 518.

labra «renta/rendimiento», en todo caso, ha de interpretarse en concordancia con los impuestos comprendidos por el CDI (art. 2 MCODE) y por ello de acuerdo con la *lex fori*, de forma que el Estado de la residencia puede comprender como «renta» lo que no ha sido aún calificado como «renta» en el otro Estado, por ejemplo por no haberse dado una efectiva distribución.

Con todo lo anterior, la calificación de ganancias por la enajenación de las participaciones sociales en el artículo 10 debe ser estudiada respecto de las restricciones que las palabras «de» y «participaciones sociales» puedan imponer. Del mismo modo, solo de esas dos palabras podría derivar un nexo entre la participación (o la renta) y el sujeto que tiene derecho al CDI. Empero, a nuestro juicio, de esas dos palabras de la definición del artículo 10.3 del Modelo no es posible extraer ningún vínculo entre el rendimiento y las participaciones, distinto al requisito de que los activos o el patrimonio de la entidad se disminuyan. Por consiguiente, es ineludible concluir que la atribución del rendimiento no se ve restringida por la definición de dividendos del CDI, que comprenderá los pagos hechos al titular de acción o a un tercero por parte de la entidad distribuidora de dividendos, siempre que el Estado de la fuente los considere derivados de una *societatis causa*. Bajo esa hipótesis cabe analizar los siguientes supuestos:

Existen varias formas de transferir económicamente los beneficios de la entidad a los socios sin generar dividendos desde un punto de vista mercantil estricto. La más relevante es el pago a vinculados económicos de precios de transferencia por relaciones financieras o comerciales que exceden del principio de independencia (*arm's length*). La corrección de los beneficios de las partes en virtud de normas de valoración puede suponer simples devoluciones voluntarias (*set offs*), ajustes compensatorios permitidos por la legislación a los contribuyentes<sup>159</sup> o ajustes secundarios ordenados por la legislación. Cuando estos ajustes los realiza la entidad distribuidora a sus socios, las legislaciones pueden calificarlos como dividendos<sup>160</sup>. Si es el Estado de la fuente el que considera como dividendos esos rendimientos, la tercera parte de la definición del artículo 10.3 debería permitir esa calificación convencional<sup>161</sup> siempre que exista una *societatis causa* directa o indirecta, es decir, no importaría que la distribución se atribuya a una sociedad abuela o hermana del grupo, o a personas especialmente relacionadas con el socio<sup>162</sup>. De ahí que, si bien las legislaciones (como la francesa) pueden verse limitadas por el artículo 21 del MCOCDE cuando consideran como una distribución de beneficios cualquier exceso del precio de mercado, con independencia de si se pacta con una parte relacionada o no, parece razonable que el artículo 10 será aplicable cuando exista alguna relación entre el sujeto que detenta la participación y el que recibe el exceso del precio de mercado<sup>163</sup>. Ahora bien, si el ajuste secundario o la calificación del exceso de precios de transferencia con la matriz u otros vinculados lo realiza el Estado de re-

<sup>159</sup> OECD (2010b): pág. 4.72.

<sup>160</sup> HELMINEN (2010): pág. 152.

<sup>161</sup> En ese sentido el párrafo 28 de los Comentarios al artículo 10 del MCOCDE; HELMINEN (2010): pág. 160.

<sup>162</sup> *Id.* OECD (2010b): párrafo 4.66.

<sup>163</sup> La línea jurisprudencial parece ser coherente en este punto *vid.* HATTINGH (2009): págs. 525 y ss.

sidencia de la matriz y lo califica como dividendo, la remisión del artículo 10.3 no aplicaría<sup>164</sup>. No creemos que el significado autónomo de la primera y segunda parte de ese precepto debiera servir para justificar que el nexo previsto por la legislación del Estado de la residencia del socio deba prevalecer sobre el nexo de la legislación del Estado de fuente. En este caso se presentaría un conflicto de calificación que, conforme a las formas de solución que hemos defendido, debiera ser resuelto con la prevalencia de esta última legislación (Cap. III, apdo. 3.3.1). Ahora bien, una segunda forma de transferir beneficios que resulta de interés es mediante el pago del dividendo en acciones. En estos casos existe un nexo entre el rendimiento y las participaciones sociales, y no hay duda de que tienen una *societatis causa*, aunque no hay claramente una disminución de los activos o del patrimonio de la sociedad, al menos si las participaciones son de nueva suscripción<sup>165</sup>.

En condiciones normales el valor de mercado de las participaciones sociales representa económicamente los beneficios no distribuidos y las reservas ocultas. De esta forma, la enajenación de la participación puede permitir al socio obtener el valor implícito de los dividendos. Dada las faltas de neutralidad en el tratamiento fiscal de los rendimientos de las participaciones sociales y las ganancias de capital derivadas de la enajenación de las mismas, existen esquemas de planificación fiscal que generan cuestiones respecto de la definición de dividendos, que se pueden agrupar en los lavados de dividendo y las liquidaciones.

Existen distintas formas de lavado de dividendo (*dividend stripping*). Son esquemas donde se pueden explotar las diferencias entre los rendimientos y las ganancias de capital, y entre los diferentes regímenes de dividendos que existen dependiendo de las condiciones subjetivas del receptor<sup>166</sup>. En ese sentido se busca que el receptor reúna las condiciones personales previstas para garantizar el régimen de los dividendos internos o del CDI más beneficioso. En nuestra opinión, la definición de dividendos del CDI no condiciona la atribución de los dividendos, ni la configuración del elemento subjetivo del hecho imponible previsto por las legislaciones internas, de modo que no impide calificar como dividendos la renta pagada por la entidad distribuidora al tenedor de un cupón de dividendos o usufructuario que no sea titular de la participación social de la que derivan los rendimientos, como tampoco restringe al Estado para considerar que el titular de la participación es quien obtiene los rendimientos<sup>167</sup>. Por el contrario, la calificación de la renta que obtiene el titular de la participación por la enajenación del cupón no tiene como fuente directa la participación y puede ser cuestionable su encuadramiento en el artículo 10.3 del MCO-CDE<sup>168</sup>. En los casos de préstamos de valores, *swaps*, repos y otros negocios que impliquen que el titular inicial de la participación recibe del titular actual de la misma un pago sustitutivo de di-

<sup>164</sup> Alemania, Tribunal Fiscal de primera instancia (*Finanzgericht Baden-Württemberg*), Sentencia de 6 de octubre de 2005, 13 V 50/04. Disponible en [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org). Cfr. HATTINGH (2009): pág. 527.

<sup>165</sup> HELMINEN (2010): págs. 141-142.

<sup>166</sup> Vid. VAN WEEGUEL (1998): págs. 141-149; HELMINEN (2010): págs. 91 y ss.

<sup>167</sup> A favor HELMINEN (2010): págs. 91 y ss.; en contra, VOGEL (1997): artículo 10, párrafo 192.

<sup>168</sup> VOGEL (1997): artículo 10, párrafo 9a; HELMINEN (2010): pág. 103.

videndos, la legislación interna podría calificar como dividendos a efectos de los CDI los pagos hechos por la entidad distribuidora considerando las condiciones subjetivas del titular actual o del titular inicial, sin desconocer el artículo 10.3 del Modelo. La posición defendida evita recaer en dudosos argumentos como aceptar los CMOCDE de 2003 sobre el abuso, justificar que el prestamista fue titular en algún momento de la participación o incluso admitir que el prestamista soporta realmente el riesgo empresarial. Con todo, el pago sustitutivo en sí mismo difícilmente puede calificarse como dividendos. Finalmente, en aquellos casos en que normas antiabuso recalifican en dividendos las ganancias por la enajenación de acciones, uno de los principales criterios para evaluar su conformidad con el artículo 10.3 del Modelo será la pérdida de activos o de patrimonio por parte de la entidad a favor del enajenante, como ocurrió en el caso *RMM Canadian Enterprises v. The Queen*<sup>169</sup>.

A través de liquidaciones parciales o totales del capital de la sociedad es posible repartir los beneficios de la entidad, ya que estos equivaldrán al resultado de restar al ingreso (cuota de liquidación o valor de la amortización de la participación) el costo histórico de la aportación. Esos rendimientos que afloran para el socio cuando la sociedad se liquida totalmente adquieren sus propias participaciones para tenerlas en autocartera o para amortizarlas, o cuando reduce el capital con devolución de aportaciones, habrá una pérdida de activos o una reducción del patrimonio, condición que hemos manifestado permite al Estado de la fuente calificar la ganancia como dividendos a efectos de los CDI<sup>170</sup>. En cualquier caso, existen posiciones en contrario que justifican adoptar una tercera parte de la definición de dividendos amplísima como la del MCEUA.

Finalmente, existen casos especiales donde la fuente de los dividendos es dudosamente la participación social y las conclusiones aquí establecidas deben ser matizadas. Por ejemplo, la enajenación de participaciones sociales en entidades inmobiliarias cuando resulta aplicable el artículo 13.4 del MCOCDE o reglas semejantes que se encuentran en la práctica española, se entiende que los artículos 10 y 13.5 deben ceder por ser generales. Por otro lado, las devoluciones de impuestos o instituciones similares de eliminación de la doble imposición económica sociedad-socio que supongan un flujo de dineros de la Administración tributaria a los socios, como por ejemplo el *Advance Corporate Tax* inglés o el *avoir fiscal* francés no tienen su fuente directa en la participación social, ni son pagados por una sociedad, por ello, es aconsejable incluirlos en la definición de dividendos expresamente.

<sup>169</sup> Canadá, Tax Court, Sentencia de 10 de abril de 1997, caso número: 94-1732(IT)G y 94-1753(IT)G entre *RMM Enterprises Inc. and Equilease Corporation vs. Her Majesty the Queen*. Disponible en: [www.ibfd.org](http://www.ibfd.org). Véase la posición de HATTINGH (2009): pág. 520; ARNOLD y VAN WEEGUEL (2006): apdo. 5.4.3.

<sup>170</sup> Aceptando la calificación como dividendos a efectos de los CDI de las ganancias afloradas con la enajenación de las participaciones: RUST (2013): apdo. 5.3. las modificaciones a los párrafos 28 y 31 de los Comentarios a los artículos 10 y 13 del MCOCDE de 2014, respectivamente, dan soporte a la conclusión defendida en este trabajo al indicar que tanto los beneficios de la liquidación, como de la enajenación de participaciones a la propia entidad que las emite, pueden ser calificadas como dividendos a efectos convencionales si el Estado de la fuente las grava como rentas de las acciones.

#### 4. CONCLUSIÓN

Con todo lo dicho, de *lege ferenda* es recomendable eliminar la remisión al derecho interno en el artículo de intereses; adoptar una definición de dividendos amplísima; excluir de la primera parte aquellos derechos que, entendidos desde el derecho privado, no tengan el régimen fiscal de las acciones; y, regular expresamente los supuestos más conflictivos que son los que hemos mencionado a lo largo de este trabajo. Pero, ¿deberían existir límites a esas remisiones amplísimas en la definición de dividendos? Si así fuera, ¿cuáles? Siguiendo los términos de LARENZ, en el derecho tributario internacional no existe un «sistema interno», puesto que a nivel internacional difícilmente puede afirmarse la existencia de principios que articulen a los ordenamientos jurídicos de todos los Estados contratantes. Estos últimos son sistemas internos, pero los puentes que entre los mismos se construyen con los CDI, en cuanto hace a las normas distributivas (art. 6-22 MCOUDE), solo tienen como finalidad repartir el poder de imposición y promover el intercambio económico. Por lo anterior, y dado que no existe una idea de capacidad contributiva a nivel internacional y por el contrario, diversas finalidades extrafiscales, la definición de dividendos en los CDI es un «concepto abstracto-general» con fines de subsumibilidad que, parafraseando a LARENZ, no es útil más que al «sistema interno» del Estado de la fuente, pues su grado de abstracción al nivel convencional lo hace vacío de contenido para el «sistema» internacional y para el «sistema» del Estado de residencia<sup>171</sup>.

#### Bibliografía

ALMUDÍ CID, J. M. [2010]: «El Régimen Antielusivo de Transparencia Fiscal Internacional», SERRANO ANTON, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, 4.ª edición. Madrid: Ediciones CEF, págs. 1.037-1.119.

ALMUDÍ CID, J. M. [2005]: *El Régimen Jurídico de Transparencia Fiscal Internacional*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

ARNOLD, B. J. y VAN WEEGHEL, S. [2006]: «The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures in Tax Treaties and domestic Law», *Tax Treaties and Domestic Law. EC and International Tax Law Series*, vol. 2. Ámsterdam: IBFD, págs. 81-214.

AVERY JONES, J. *et al.* [1996]: «Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization», *European Taxation*, IBFD, (36) 4, págs. 118-146.

- [1999]: «Whether the Definition of Dividend Limited to the Dividend Article Applies to the Double Taxation Relief Article Granting Underlying Credit», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (53) 3, págs. 103-108.
- [2009]: «The definition of dividends and interest in the OECD Model: Something Lost in Translation?», *World Tax Journal*, (1) 1, págs. 5-45.

<sup>171</sup> LARENZ (2010): págs. 465-482.

BÄRSCH, S. [2012]: *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context*, Heidelberg: Springer.

– [2014]: «The Definitions of Dividends and Interest Contained in the OECD Model, Actual Treaties, and the German Model», *Intertax*, (42), págs. 433-444.

BROWN, P. [2012]: *General Report*. VV. AA. *Cahiers de Droit Fiscal International: The debt-equity conundrum*, 97B, Róterdam: IFA. págs. 15-44.

BUNDGAARD, J. y DYPPEL, K. J. [2010]: «Profit-participating loans in international tax law», *Intertax*, 38/12, 643-662.

CALDERÓN CARRERO, J. M. [2012b]: «A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición al hilo de una Resolución del TEAC sobre híbridos financieros: la reciente reacción de la OCDE frente al arbitraje fiscal internacional», *Quincena Fiscal Aranzadi* (n.º 12/2012).

CASTRO ARANGO, J. M. [2014]: «Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículos 20 y 14.1 h) del TRLIS», *RCyT*, 376, Madrid: CEF.

DE BROE, L. *et al.* [2011]: «Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions», *Bulletin for International Taxation* (julio), págs. 375-389.

DE BROE, L. y DE LA SERNA, M [2005]: «Sociétés civiles transparentes françaises et la territorialité du droit fiscal belge», *Revue générale de fiscalité* (36) 2, 15 *et seq.*

EBERHARTINGER, E. y SIX, M. [2009]: «Taxation of Cross-Border Hybrid Finance: a Legal Analysis», *Intertax*, (37) 1, págs. 4-18.

HARRIS, P. [1996]: *Corporate/Shareholder Income Taxation: a comparison of imputation systems*, Ámsterdam: IBFD.

– [2014]: *Article 10: Dividends. Global Tax Treaty Commentaries*, Ámsterdam: IBFD.

HATTINGH, J. [2009]: «South Africa: The Volkswagen Case and the Secondary Tax on Companies: Part 2 – The Effect on the Taxation of Dividends with Emphasis on Deemed (Constructive) Dividends», *Bulletin for International Taxation* (noviembre), págs. 508-533.

HELMINEN, M. [2010]: *The International Tax Law Concept of Dividend*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer International BV.

LANG, M. [2000]: *The Application of the OECD Model Tax Convention To Partnerships. A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD Committee on Fiscal Affairs*, Viena: Linde.

– [2005]: *The Influence of Tax Principles on the Taxation of Income from Capital. The Notion of Income from Capital. EATLP International Tax Series*, vol. I, Ámsterdam: IBFD.

– [2010]: *Introduction To The Law of Double Taxation Conventions*, Ámsterdam: IBFD-Linde.

LANG, M. y STARINGER, C. [2014]: *General Report. Cahiers de Droit Fiscal International: Qualification of taxable entities and treaty protection*, vol. 99b. Róterdam: IFA, págs. 19- 82.

LARENZ, K. [2010]: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4.ª imp., Barcelona: Ariel Derecho.

LUCAS DURÁN, M. [2000]: *La tributación de los dividendos internacionales*, Valladolid: Lex Nova.

MARTÍN, J. A. [2004]: «The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the improper use of tax treaties: a case for the declining effects of the OECD Commentaries?», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (58) 1, IBFD, págs. 17-30.

- PIJL, H. [2011]: «Interest from Hybrid Debts in Tax Treaties», *Bulletin for International Taxation* (septiembre), págs. 482-502.
- ROTONDARO, C. [2000]: «The Right to Redemption as a Key Characterization Factor in the OECD Model Convention Passive Income Taxation System – The Case of Reverse Convertibles», *Derivatives & Financial Instruments* (septiembre/octubre), págs. 258-271.
- RUST, A. [2013]: «Capital Gains and Qualification Conflicts under Article 23 OECD Model», *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*, Ámsterdam: IBFD. Online books.
- [2004]: «National Report Germany», LANG, M. *et al.* (eds.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, The Hague: EUCOTAX – Kluwer Law International.
- SCHÖN, W. [2010]: «International Tax Coordination for a Second-Best World (Part. II)», *World Tax Journal* (febrero), 65-94.
- [2012]: *The Distinct Equity of the Debt-Equity Distinction. Bulletin for International Taxation* (septiembre), 490-502.
- SCHÖN, W. *et al.* [2009]: «Debt and Equity: What's the difference? A Comparative View», *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series*, n.º 09.
- VAN WEEGHEL, S. [1998]: *Improper Use of Tax Treaties*, Londres: Kluwer Law International.
- [2010]: *General Report. Cahiers de Droit Fiscal International: Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, vol. 95A, Róterdam: IFA.
- VOGEL, K. [1997]: *On Double Taxations Conventions*, Tercera Edición. Denveter: Kluwer Law International.
- VOGEL, K. y PROKISCH, R. [1993]: *General Report*, VV. AA., *Cahiers de Droit Fiscal: Interpretation of Double Taxation Conventions*, 78A, Róterdam: IFA.
- ZORNOZA, J. y BÁEZ, A. [2010]: «The 2003 revisions to the commentary to the OECD model on tax treaties and GAARs: a mistaken starting point», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1. Obtenida el 3 de marzo de 2011, de: <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/984>

## EL LISTADO DE DEUDORES A LA HACIENDA PÚBLICA Y LA PUBLICIDAD DE SENTENCIAS CONDENATORIAS POR DELITO FISCAL: ¿TIENEN CARÁCTER SANCIONADOR?

Sergio Luis Doncel Núñez

*Profesor-Tutor de la UNED*

---

### EXTRACTO

El objetivo de este artículo es realizar una aportación al debate suscitado en torno a las listas de morosos y defraudadores tributarios y a la publicidad de sentencias condenatorias por delito fiscal, recientemente reguladas en el ordenamiento español, tratando de responder a la pregunta de si presentan naturaleza sancionadora antes que de simple medida de publicidad. Para ello se recurrirá a los informes preceptivos del CGPJ, entre otros órganos, y a la jurisprudencia constitucional.

**Palabras claves:** listas de morosos y defraudadores, publicidad de las sentencias condenatorias por delito fiscal, Administración tributaria, naturaleza sancionadora y medidas de publicidad.

---

*Fecha de entrada: 29-12-2015 / Fecha de aceptación: 18-01-2016*

## THE LIST OF DEBTORS TO THE PUBLIC FINANCES AND THE PUBLICITY OF SENTENCES FOR TAX CRIMES: PUNITIVE NATURE HAVE?

---

### ABSTRACT

The purpose of this article is to contribute to the discussion about the lists of tax defaulters debtors and fraudsters and the publicity of sentences for tax crimes, recently regulated in Spanish Law, trying to answer if they are or not punitive in nature rather than being just a publicity measure. To this end, different mandatory reports and also the constitutional doctrine will be taken into account.

**Keywords:** lists of defaulters debtors and fraudsters, publicity of sentences for tax crimes, tax Administration, punitive in nature and publicity measures.

---

**Sumario**

- I. Introducción
  - II. El listado de deudores a la Hacienda Pública en la Ley General Tributaria
  - III. La publicidad de las sentencias condenatorias por delito fiscal
  - IV. La discusión sobre la naturaleza sancionadora de estas medidas
    - 1. Posición del Consejo de Estado
    - 2. Posición del CGPJ
    - 3. Posición del Consejo Fiscal
  - V. Reflexiones conclusivas a la luz de la doctrina constitucional sobre el concepto de sanción
- Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

Desde la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, se viene produciendo un endurecimiento palmario de las normas tributarias justificado por la necesidad de luchar eficazmente contra el fraude fiscal<sup>1</sup>, en tanto que los contribuyentes se ven cada vez más desvalidos ante la Administración tributaria<sup>2</sup>.

El activismo del legislador en esta materia ha regresado con renovados bríos. Fue en 2012 cuando se planteó la posibilidad de publicar listas de morosos y defraudadores fiscales, dando lugar a un debate en que no ha faltado la demagogia y el crudo interés partidista. Si hay algo que suscita unánime acuerdo es la lucha contra el fraude fiscal, por lo que no es de extrañar que los políticos enarboleden esa bandera muy a menudo. El problema estriba en que las realizaciones concretas no son ciertamente virtuosas<sup>3</sup>.

Las medidas introducidas por las dos leyes que consagran esta forma de publicidad refuerzan, una vez más, las potestades de la Administración tributaria e imponen un duro sacrificio a los intereses de quienes se vean afectados por ellas.

Estas listas entran en colisión con el derecho fundamental a la protección de datos amparado por la Constitución y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Pero –y es lo que interesa en este trabajo– también pueden constituir un

---

<sup>1</sup> Pero, como apunta TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: «Introducción», en TEJERIZO LÓPEZ, J. M. (dir.) y CALVO VÉRGEZ, J. (coord.): *Comentarios a la Ley de lucha contra el Fraude Fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 27-28, antes que a la lucha contra el fraude fiscal, parece en verdad dirigida a «hacer más sencilla la recaudación de los tributos» y haber sido redactada «por un recaudador de tributos, y no por un legislador verdaderamente preocupado por los niveles de fraude fiscal que según todos los indicios existen en nuestro país».

<sup>2</sup> Fenómeno que se extiende a los administrados en general. Así, SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Los proyectos de ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 2, 2015, al valorar los citados proyectos, opina que «resulta chocante y un tanto censurable que [estos textos legales] se desentiendan abiertamente de compensar el fortalecimiento de las potestades públicas que la Administración ostenta con una mejora de los derechos y medios de garantía de los ciudadanos, que no son especialmente bien tratados».

<sup>3</sup> GIL SORIANO, A.: «¿Amnistía fiscal como medida de lucha contra el fraude?», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 30, 2012, pág. 68, sostiene que la permanente rebaja de garantías no es la solución al fraude fiscal y que, a la vez, se están vulnerando principios como el de seguridad jurídica en materia tributaria y sancionadora con tal de aumentar la recaudación. *Vid.*, sobre la incidencia de las recientes modificaciones en los principios constitucionales, SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: «Súbditos fiscales o la reforma en ciernes de la LGT», *RCyT. CEF*, n.º 381, 2014.

supuesto de sanción encubierta, puesto que no se califica como tal aun encajando en la definición de sanción y respondiendo a sus propósitos.

## II. EL LISTADO DE DEUDORES A LA HACIENDA PÚBLICA EN LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

La Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), ha incorporado, entre otras novedades, un artículo 95 bis que regula la publicación, por parte de la Administración tributaria, de listas de morosos y defraudadores<sup>4</sup>.

El preámbulo de la Ley 34/2015 manifiesta que es necesario reforzar «los mecanismos de la Hacienda Pública de fomento del deber general de contribuir del artículo 31 de la Constitución y de lucha contra el fraude fiscal, no solo mediante medidas dirigidas directa y exclusivamente a la mera represión del mismo». Una medida, sigue diciendo el preámbulo, que debe ser encuadrada «en la orientación de la lucha contra el fraude fiscal a través del fomento de todo tipo de instrumentos preventivos y educativos que coadyuven al cumplimiento voluntario de los deberes tributarios, en la promoción del desarrollo de una auténtica conciencia cívica tributaria así como en la publicidad activa derivada de la transparencia en la actividad pública en relación con la información cuyo conocimiento resulte relevante».

El artículo 95 bis, un extenso precepto, establece en su apartado primero que la Administración tributaria acordará la publicación periódica de listas de deudores por deudas o sanciones tributarias, siempre que no hayan sido aplazadas o suspendidas, cuando concurren dos circunstancias: a) que el importe pendiente de ingreso supere el millón de euros; b) que las deudas o sanciones no hubiesen sido pagadas en el plazo de ingreso voluntario.

Según el apartado segundo, el listado incluirá nombre, apellidos y número de identificación fiscal (NIF) de las personas físicas, o bien razón o denominación social completa y NIF cuando se trate de personas jurídicas o entidades del artículo 35.4 de la LGT, amén del importe de las deudas o sanciones pendientes.

Es igualmente digno de mención el apartado cuarto, según el cual la fecha de referencia para verificar la concurrencia de los requisitos señalados será el 31 de diciembre del año anterior al del acuerdo de publicación.

Se prevé, asimismo, un trámite de audiencia en el que, por plazo de 10 días, el afectado podrá formular alegaciones, aunque únicamente relacionadas con errores materiales, aritméticos

---

<sup>4</sup> El primer listado, de 92 páginas, fue publicado por Acuerdo de 22 de diciembre de 2015, reflejando la situación existente a 31 de julio de 2015, tal y como dispone la disposición transitoria única.4 de la Ley 34/2015. En el listado aparecen fundamentalmente personas jurídicas.

y de hecho en la apreciación de los requisitos del apartado primero. Como consecuencia de ello, se podrá acordar la rectificación del listado, lo que también es posible de oficio.

Por último, el apartado séptimo dispone que el acuerdo de publicación del listado pondrá fin a la vía administrativa, dejando expedito el paso a los correspondientes recursos.

### III. LA PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS POR DELITO FISCAL

La reforma de la LGT encuentra su paralelo en el ámbito penal en la Ley Orgánica 10/2015, de 10 de septiembre, por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal.

En este caso, el preámbulo declara que, aun cuando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo entiende que la divulgación de sentencias en el ámbito penal puede constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad o el honor, «el bien jurídico protegido en estos casos ha sido elevado a rango constitucional en el artículo 31 de la Constitución Española, lo que resulta relevante a la hora de realizar esa ponderación en este ámbito, pues no cabe olvidar que el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos tiene como reverso el derecho del conjunto de la sociedad a exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias, así como al control de la actividad de todos los poderes públicos dirigida a la lucha contra el fraude fiscal, concreción en este ámbito del principio general de transparencia que debe informar la actividad pública y muy especialmente la actuación judicial»<sup>5</sup>.

La citada norma añade un artículo 325 ter a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Según este nuevo precepto, es público el «acceso a los datos personales contenidos en los fallos de las sentencias firmes condenatorias, cuando se hubieren dictado en virtud de los delitos»

---

<sup>5</sup> El legislador cita la transparencia como fundamento de su decisión, obviando que el artículo 105 b) de la Constitución alza como límite al derecho de acceso la intimidad de las personas. El artículo 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, regula la relación entre el derecho a la información pública y la protección de los datos personales. En palabras del preámbulo de esta norma, «en la medida en que la información afecte directamente a la organización o actividad pública del órgano prevalecerá el acceso, mientras que, por otro, se protegen –como no puede ser de otra manera– los datos que la normativa califica como especialmente protegidos, para cuyo acceso se requerirá, con carácter general, el consentimiento de su titular». Huelga decir que la transparencia en la actuación judicial puede alcanzarse sin airear el nombre de los condenados. Por otra parte, llama la atención que se adopte una medida así en un momento en que ha ganado especial relevancia el llamado derecho al olvido gracias a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, que «reconoce el derecho de los ciudadanos a exigir a los buscadores de internet que borren los enlaces a información propia que ya no sea pertinente [...]», según explican GUASCH PORTAS, V. y SOLER FUENSANTA, J. R.: «El derecho al olvido en internet», *RDUNED*, n.º 16, 2015, pág. 1.005.

contra la Hacienda Pública o cuando exista perjuicio para la misma. La publicación en el Boletín Oficial del Estado no la ordena el juez, sino el secretario judicial.

El apartado tercero prescribe, empero, que lo anterior «no será de aplicación en el caso de que el condenado o, en su caso, el responsable civil, hubiera satisfecho o consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial competente la totalidad de la cuantía correspondiente al perjuicio causado a la Hacienda Pública por todos los conceptos, con anterioridad a la firmeza de la sentencia».

Finalmente, se determina que este artículo se aplicará «a las sentencias que se dicten tras su entrada en vigor» (disp. trans. única).

#### IV. LA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA SANCIONADORA DE ESTAS MEDIDAS

La mayoría de comentarios críticos con la publicación de listas de morosos y defraudadores y de las sentencias condenatorias por delito fiscal han concentrado su atención en la lesión que puede acarrear para el derecho a la intimidad y al honor o a la protección de datos<sup>6</sup>. Sin embargo, hay un enfoque que no ha sido muy tenido en cuenta, el que lleva a interrogarse sobre el carácter sancionador o no de esta medida, cuestión no resuelta satisfactoriamente que abordan, por ejemplo, los informes del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y del Consejo Fiscal y sobre la que el legislador intenta pasar de puntillas.

Una calificación que no es trivial, es decir, no se trata de una logomaquia. Antes al contrario, tendría importantes consecuencias. Si la publicación y divulgación de la condena es una pena, habría de incluirse, por lo pronto, en el Código Penal, no en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y quedará bajo el imperio de los principios del Derecho penal<sup>7</sup>. En el caso de las listas

<sup>6</sup> *Vid.*, a título de ejemplo, ORENES RUIZ, J. C.: «Publicidad de sentencias, internet y protección de datos de carácter personal», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 30/2012; MARTÍN QUERALT, J.: «Listas de morosos o defraudadores... esa es la cuestión», *Tribuna Fiscal*, n.º 265, 2013; OLIVARES OLIVARES, B. D.: «La publicidad de los deudores tributarios desde la perspectiva del derecho a la protección de los datos personales», *Quincena fiscal*, n.º 11/2015; CALVO VÉRGEZ, J.: «A vueltas con la publicación de las llamadas "listas de morosos" y de las sentencias condenatorias por delito fiscal en el proyecto de Ley de reforma de la LGT (1)», *Diario La Ley*, n.º 8.584, 2015. Como aproximación a este problema, es de obligada consulta la STC 17/2013, de 31 de enero (NCJ057690), en especial su fundamento jurídico 14: «[...] el derecho fundamental a la intimidad personal consagrado por el artículo 18 CE no es absoluto, de suerte que puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; y 25/2005, de 14 de febrero de 2005, FJ 6)».

<sup>7</sup> Considerar como medida procesal la publicación de la sentencia permite que lo dispuesto en la Ley Orgánica 10/2015 se aplique a las sentencias que se dicten tras su entrada en vigor, de forma que «muchos delincuentes sufrirán unas con-

de morosos y defraudadores, significaría que hay sanción accesoria y de plano a los ya sancionados y una imposible sanción a los morosos, quienes ni siquiera han cometido una infracción.

Aunque, como se expuso más arriba, solo quedan afectados contribuyentes con cierta capacidad económica, este dato –relevante para el político ante la opinión pública– no debe nublar el análisis jurídico o alterar la templanza con que deben valorarse estas modificaciones legislativas.

Así pues, resulta de todo punto necesario examinar la naturaleza jurídica de esta publicidad. Ello con independencia del juicio que merezca en relación con la otra controversia que genera, la relativa a la protección de datos.

Para cumplir este propósito son de suma utilidad los distintos informes de órganos consultivos recabados durante la tramitación de las leyes anteriormente citadas.

## 1. POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

Al pronunciarse sobre la medida prevista en el artículo 95 bis de la LGT, el Consejo de Estado estima que «parece claro que no se articula como una suerte de "sanción" a los contribuyentes que no puedan afrontar el pago de su deuda en periodo voluntario, sino que con ella pretenden alcanzarse determinados objetivos de eficacia administrativa y transparencia»<sup>8</sup>. Y recalca «la finalidad preventiva, informativa y educativa de la disposición proyectada»<sup>9</sup>.

## 2. POSICIÓN DEL CGPJ

La opinión del Consejo de Estado es seguida por el CGPJ, que sostiene que «estas medidas de publicidad que, como ha dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de julio de 2009, implican "en abstracto" un elemento "aflictivo o de gravamen" que habrá de tomarse en cuenta en el diseño de su régimen jurídico aplicable, no tienen necesariamente una naturaleza sancionadora, bien por poseer un fundamento autónomo radicado en la obligación de informar del órgano administrativo regulador (como afirma el Tribunal Supremo en esa misma sentencia en relación con la publicidad de las sanciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores), bien por existir un interés público inherente en la publicidad de la resolución sancionadora, como el que recoge el artículo 18 de la Ley 19/1988, de Auditoría de Cuentas (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2008)»<sup>10</sup>.

---

secuencias negativas no previstas por la ley cuando cometieron el ilícito tributario», como ha hecho notar BORNSTEIN, F.: «Un chantaje legal», *Mercados*, 20 de septiembre de 2015.

<sup>8</sup> Dictamen 130/2015, de 19 de abril.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula el acceso a la información contenida en las sentencias en materia de fraude fiscal*, de 11 de mayo de 2015, pág. 5.

Ahora bien, sí admite el CGPJ que la publicidad de la sentencia puede constituir un gravamen para la persona afectada, pero prevalecen superiores razones de información y lucha contra el fraude fiscal<sup>11</sup>.

Concluye señalando, por lo demás, que «no puede decirse que la medida tenga una vocación principal y puramente sancionadora o de pena añadida, pues, en ese caso, debería incluirse en el Código Penal y ser acordada por el juez»<sup>12</sup>.

Este informe dividió al CGPJ y contó con numerosos votos particulares.

El primero de ellos<sup>13</sup> es sumamente crítico con la reforma. A juicio de los discrepantes, «la política legislativa, cuando afecta directamente a los derechos fundamentales, como aquí ocurre, no puede guiarse por el oportunismo ni por las exigencias del clima electoral», cuestionando seguidamente que solo establezca la publicidad en relación con el fraude fiscal y no para delitos que afectan a otros bienes jurídicos más valiosos como la vida o la libertad personal<sup>14</sup>.

Para los firmantes de este voto particular, es evidente que la publicidad de la condena es una pena adicional, por lo que debe ser analizada desde la perspectiva del artículo 25 de la Constitución Española (CE), tomando en consideración los límites constitucionales<sup>15</sup>. Ligado a lo anterior, afirma que «aun cuando en términos hipotéticos pudiera sostenerse que la publicación favorece el efecto desaliento de conductas defraudatorias futuras tal respuesta deja sin contestar la pregunta esencial: si dicha publicación, verdadera pena de exposición pública, resulta conforme a los principios de proporcionalidad y de reinserción y resocialización que establece la Constitución»<sup>16</sup>.

Esta así llamada pena de exposición pública puede tener consecuencias más allá de la prevención general y especial. Así, el voto particular constata que no se han valorado «los efectos negativos para el crédito empresarial que puede suponer la publicación en el BOE de una con-

<sup>11</sup> *Ibidem*, pág. 12. En cambio, el CGPJ, en su *Informe al Anteproyecto de la Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*, de 30 de septiembre de 2014, pág. 14, pone en entredicho la compatibilidad del artículo 95 bis de la LGT con la jurisprudencia constitucional y europea sobre protección de datos, «especialmente si se tiene en cuenta que con ella no se persiguen objetivos de eficacia administrativa o transparencia sino el establecimiento de una suerte de "sanción" a los contribuyentes que habiendo reconocido su deuda con la Administración tributaria no puedan afrontarla en periodo voluntario». Es más, incluso propone que se suprima, toda vez que «los perjuicios previsibles parecen superiores al beneficio a obtener» (*ibidem*).

<sup>12</sup> *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica...*, cit., pág. 18.

<sup>13</sup> Suscrito por los vocales Roser Bach Fabregó y Enrique Lucas Murillo de la Cueva, al que se adhieren los vocales M.<sup>a</sup> Victoria Cinto Lapuente, Concepción Sáez Rodríguez y Clara Martínez de Careaga García.

<sup>14</sup> VP I, pág. 6.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pág. 7.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Observa entonces que resulta discutible que a expensas del defraudador «pueda construirse un instrumento de política criminal de tipo simbólico con finalidades exclusivas de prevención general desligado de forma absoluta de los marcadores específicamente penales de medición y determinación de la pena y, desde luego, con las finalidades constitucionales de reinserción y resocialización» (*ibidem*).

dena penal por un delito contra la Hacienda Pública para una empresa penalmente responsable o para un particular empresario individual»<sup>17</sup>.

Este voto particular es contestado por otro<sup>18</sup> que entiende que la afirmación de que la publicación de la condena es una pena accesoria no está lo suficientemente argumentada y que no todo efecto afflictivo o de imposición de gravamen basta para apreciar la existencia de sanción (en tal caso, lo serían también los tributos, por ejemplo)<sup>19</sup>.

Por lo tanto, el voto particular concluye que la medida controvertida no participa de la naturaleza de la pena, porque lo determinante no es el efecto, sino la función (represora o retributiva, sin perjuicio de la función de reinserción social)<sup>20</sup>. Lo cual, si se atiende a la doctrina del Tribunal Constitucional, es correcto, tal y como se verá más adelante.

### 3. POSICIÓN DEL CONSEJO FISCAL

Es el Consejo Fiscal el que, a mi entender, con más lucidez se ocupa del problema de la naturaleza jurídica de la publicación de las condenas, yendo directamente al fondo del asunto<sup>21</sup>.

De acuerdo con su informe, es lícito atribuir naturaleza sancionadora a la medida, a pesar de que el legislador diga otra cosa<sup>22</sup>. Para fundamentar esta conclusión el Consejo Fiscal aporta razones basadas en las propias intenciones del legislador, la legislación vigente y la jurisprudencia.

Siguiendo el preámbulo de la Ley Orgánica 10/2015, dos son los fines que persigue la reforma. De un lado, reforzar el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y la lucha contra el fraude fiscal. De otro, garantizar los efectos de la condena en el orden administrativo (prohibición de contratar con la Administración o de recibir subvenciones o ayudas públicas)<sup>23</sup>.

Pues bien, el Consejo Fiscal considera que, en vista de lo anterior, «es indudable que lo que se persigue con la medida propuesta coincide plenamente con los fines de la pena: retribución y prevención general en el primer caso y prevención especial, en el segundo»<sup>24</sup>.

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, pág. 9.

<sup>18</sup> Suscrito por José María Macías Castaño.

<sup>19</sup> VP II, pág. 7.

<sup>20</sup> *Ibidem*, págs. 7 y 8.

<sup>21</sup> *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula el acceso a la información contenida en las sentencias en materia de fraude fiscal*, de 21 de mayo de 2015.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 5.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pág. 6.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

El segundo argumento que esgrime el Consejo Fiscal son los antecedentes legislativos: en este sentido, «si analizamos el tratamiento que el legislador ha dado a la publicación de resoluciones de contenido sancionador, nos encontramos que la misma aparece contemplada siempre en el catálogo de sanciones»<sup>25</sup>. Uno de los ejemplos más recientes es el de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, cuyo artículo 26.1 establece que las infracciones graves y muy graves «serán sancionadas con la declaración del incumplimiento de la ley y su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" una vez haya adquirido firmeza administrativa la resolución correspondiente»<sup>26</sup>.

Adicionalmente, en apoyo de sus tesis el Consejo Fiscal trae a colación dos sentencias del Tribunal Supremo<sup>27</sup>.

Respecto a la publicación de condenas por delitos de injurias y calumnias, que puede utilizarse como argumento a favor de una naturaleza no sancionadora de la publicidad, subraya el Consejo Fiscal que está recogida en el Código Penal y que carece de naturaleza sancionadora, por cuanto su finalidad es estrictamente reparadora, siendo parte de la responsabilidad civil, elementos que no concurren en la presente reforma<sup>28</sup>.

De conformidad con lo expuesto, a la publicación de condenas «deben serle de aplicación los principios generales que rigen la imposición de penas»<sup>29</sup>. Ello implica su inclusión en el catálogo de penas (art. 33 CP), de un lado, y la observancia de las prescripciones del artículo 25 de la CE, de otro<sup>30</sup>. Por ello, la publicación de las sentencias «no puede frustrar la reeducación y reinserción social del delincuente por lo que, de adoptarse como pena, deberían establecerse las medidas necesarias para que, una vez cancelados los antecedentes penales, los datos de la condena se eliminasen también del lugar en que hayan sido publicados»<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Al legislador, entre otras cosas, hay que exigirle un mínimo de coherencia. La sanción mencionada se anuda a infracciones que, dada la posición de quien las comete, pueden ser tan execrables como una defraudación tributaria. Sin embargo, la calificación del legislador es distinta cuando se trata de la publicidad de este último caso. ¿Por qué?

<sup>27</sup> *Ibidem*, pág. 6. Son las SSTs de 14 de mayo de 2008, de la Sala Tercera (Ref. Iustel: §281017), sobre una solicitud de suspensión de la publicación de una resolución sancionadora impuesta por orden ministerial, y de 22 de abril de 2002, de la Sala Tercera (Ref. Iustel: §328023), también sobre una solicitud de suspensión de la publicación de una resolución sancionadora, en este caso del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia.

<sup>28</sup> *Informe del Consejo Fiscal...*, cit., pág. 7.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pág. 7.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pág. 8. En esta línea, advierte más adelante de que el objetivo de rehabilitación, pág. 16, «podría verse seriamente menoscabado si la información sobre las condenas penales fuera ampliamente disponible y pública, y esta es la razón por la que el Registro Central de Penados fue declarado como un Registro no público, especialmente a partir de 1983, en base fundamentalmente de un interés en proteger el honor y la intimidad de las personas» (*ibidem*, pág. 16).

También es partidario el Consejo Fiscal de que no solo se publiquen las sentencias relativas al fraude fiscal: hay otros delitos, más graves, en que estaría aún más justificado, por mor de que protegen bienes jurídicos superiores<sup>32</sup>.

El Consejo Fiscal formula una alternativa que satisfaga los fines perseguidos por la Ley Orgánica 10/2015: «Así, por ejemplo, la finalidad de garantizar que la condena penal por un delito fiscal produzca todos sus efectos –incluso aquellos contemplados en otros ámbitos distintos al penal como la imposibilidad de percibir subvenciones o de contratar con la Administración– puede conseguirse mediante la notificación de tales sentencias a las Administraciones implicadas o exigiendo, como se hace en la práctica, a aquel que pretende que se le adjudique un concurso o una subvención que acredite en el expediente administrativo que carece de antecedentes penales por este delito»<sup>33</sup>.

Y como defiende la naturaleza sancionadora de esta medida, el principio de irretroactividad «exige que la norma solo pueda aplicarse a los delitos que se cometan tras su entrada en vigor»<sup>34</sup>.

## V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS A LA LUZ DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL CONCEPTO DE SANCIÓN

Ya se ha visto que el Consejo Fiscal no duda en calificar como pena la publicidad de las sentencias condenatorias mencionadas en la Ley Orgánica 10/2015. ¿Se puede predicar lo mismo del listado de deudores a la Hacienda Pública de la LGT, habida cuenta de las diferencias existentes entre pena y sanción?

*Mutatis mutandis*, la problemática objeto de este trabajo guarda relación con el debate en torno a la naturaleza de los recargos del artículo 27 de la LGT<sup>35</sup>. Las soluciones adoptadas en ese caso por el Tribunal Constitucional pueden arrojar luz sobre la medida aquí estudiada<sup>36</sup>.

Cuando el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el concepto de sanción<sup>37</sup>, ha utilizado como criterio decisivo la función o finalidad de la medida enjuiciada. Dicho criterio, a pesar de las limitaciones que pueda ofrecer, ha permitido resolver distintas controversias, como la de los recargos.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pág. 8.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 18.

<sup>35</sup> *Vid.* DONCEL NÚÑEZ, S. L.: «La naturaleza controvertida de los recargos por declaración extemporánea», *Diario La Ley*, n.º 8.061, 2013.

<sup>36</sup> *Vid.*, básicamente, SSTC 164/1995, de 13 de noviembre (NFJ003741), y 276/2000, de 16 de noviembre (NFJ009503).

<sup>37</sup> La STC 132/2001, de 8 de junio (NCJ051534), fundamento jurídico 3, define sanción como «una decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta» del sujeto sancionado.

La STC 121/2010, de 21 de diciembre (NCJ053798), resume la doctrina constitucional al respecto: «Esta doctrina, tal y como hace notar, sistematizando la doctrina anterior, la STC 276/2000, FJ 3, después de recordar la "improcedencia de extender indebidamente la idea de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo a medidas que no responden al ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos", se concentra en analizar "la función que a través de la imposición de la medida restrictiva en la que el acto consiste pretende conseguirse (SSTC 239/1988, FJ 3; 164/1995, FJ 4; ATC 323/1996, FJ 2)", de modo que, "en concreto, si halláramos en el instituto de referencia la presencia de la 'finalidad represiva, retributiva o de castigo' que hemos venido destacando como específica de las sanciones (SSTC 239/1988, FJ 2; 164/1995, FJ 4), habrá que concluir que el recargo tiene sentido sancionador; si, por el contrario, la medida desfavorable careciese de tal función represiva no estaríamos en el ámbito punitivo y, por ende, habría que descartar la aplicación de los arts. 24.2 y 25 CE"»<sup>38</sup>.

En aplicación de esta doctrina, no está fuera de lugar concluir que las listas en cuestión tienen una naturaleza eminentemente sancionadora. La finalidad represiva se manifiesta en que lo que busca esa publicación no es tanto la transparencia o que la ciudadanía conozca quiénes son los mayores morosos o defraudadores, sino que estos sufran un escarnio público<sup>39</sup>. Se trata, en suma, de una sanción con fines ejemplarizantes.

¿Qué tiene mayor peso, en el fondo, en los artículos 95 bis de la LGT y 325 ter de la LOPJ? No el elemento de transparencia, dado que se puede lograr a través de otras vías menos invasivas. Tampoco la conciencia fiscal, que no parece deba basarse en el oprobio. Y, en cuanto al incentivo sobre el deudor para que ingrese lo que debe, eso ya está garantizado por los recargos. Así pues, lo fundamental aquí es la represión de una conducta morosa o defraudadora.

Por otra parte, podría argumentarse que hay una diferencia entre figurar en una lista de defraudadores o en una de morosos. Pero si la inclusión en esta última es una sanción, *a fortiori* lo será quedar incluido en la primera (si bien tienen orígenes distintos, el resultado y los fines pretendidos son los mismos, y difícilmente el público al que va dirigida realizaría distinciones entre una y otra). Sea como fuere, lo que finalmente se ha publicado es un único listado en el que no se efectúa diferenciación alguna entre las cantidades pendientes de pago, de forma que no es posible saber si los deudores que aparecen en él son solamente morosos o también defraudadores. Una grosera fórmula que debe ser rechazada.

La Administración tributaria, como es obvio, tiene otra visión del asunto, y sus funcionarios han recibido con alborozo esta reforma, insistiendo en que es solo una medida de publicidad: «Estamos ante el primer intento de trasladar a la sociedad el problema del fraude y los impagos, con

<sup>38</sup> Fundamento jurídico 7.

<sup>39</sup> Así lo entiende OLIVARES OLIVARES, B. D.: *op. cit.*, pág. 40: «Lo que se pretende con esta publicidad es castigar, añadiendo a la sanción tributaria el reproche social a través de la publicación de la información personal». A idéntica conclusión llega CALVO VÉRGEZ, J.: *op. cit.*, pág. 10.

cifras y nombres. Se trata del inicio del que será un largo camino en busca de la conciencia fiscal colectiva, pues esta medida de transparencia y publicidad no busca solo incentivar el pago del deudor –algo que está por ver–, sino, fundamentalmente, agitar la conciencia fiscal ciudadana a través del escándalo. Pues escandalosas son las deudas que se publicarán y escandaloso el tamaño de la lista»<sup>40</sup>. Esta tesis, sin embargo, pierde consistencia ante los argumentos anteriormente apuntados.

En consecuencia, de fuerza es proponer que se recoja la inclusión en un listado de defraudadores como sanción accesoria en el artículo 186 de la LGT y que no se prevea nada respecto a los morosos, pues, pese a que sean un engorro para la Administración tributaria, no han cometido ninguna infracción, y además ya están suficientemente presionados por los recargos del periodo ejecutivo y los intereses de demora. De parecida opinión es el CGPJ<sup>41</sup>.

Por lo que se refiere a la publicidad de las sentencias, la conclusión es que debe incluirse en el catálogo de penas, que su publicación se acuerde por el juez y que afecte únicamente a sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la reforma. Es lo que exige el juego de los artículos 25 y 9.3 de la CE.

Conviene no confiar demasiado, dicho sea de paso, en un eventual pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pese a que puedan existir motivos de inconstitucionalidad. Es difícil que la jurisprudencia constitucional supere su propia *glorificación* del deber de contribuir<sup>42</sup>. Si lo que se invoca es el sostenimiento de los gastos públicos, los derechos de los contribuyentes suelen quedar en un segundo plano.

## Bibliografía

BORNSTEIN, F. [2015]: «Un chantaje legal», *Mercados*, 20 de septiembre.

CALVO VÉRGEZ, J. [2015]: «A vueltas con la publicación de las llamadas "listas de morosos" y de las sentencias condenatorias por delito fiscal en el proyecto de Ley de reforma de la LGT (1)», *Diario La Ley*, n.º 8.584.

CARBAJO VASCO, D. [2015]: «La publicidad de los delitos fiscales y la lucha contra el fraude fiscal. Un apunte», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 909.

<sup>40</sup> VÁZQUEZ RIVAS, F.: «Aires de cambio en la reforma de la Ley General Tributaria», *Cinco días*, 1 de octubre de 2015. No obstante, cfr. CARBAJO VASCO, D.: «La publicidad de los delitos fiscales y la lucha contra el fraude fiscal. Un apunte», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 909/2015, que resta importancia al tema.

<sup>41</sup> Señala en su *Informe al Anteproyecto de la Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003...*, cit., pág. 14, que «la medida de publicidad debería quedar limitada, en su caso, a los grandes defraudadores [...] y a los supuestos en que existe una sanción administrativa o una condena penal, firmes».

<sup>42</sup> FALCÓN Y TELLA, R.: «El Guantánamo tributario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 2, 2009, pág. 13. La STC 110/1984, de 26 de noviembre (NFJ000067), fundamento jurídico 5, declaró que «aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad, nos encontraríamos que ante el Fisco operaría un límite justificado de ese derecho». Límite fundado en el deber de contribuir.

CONSEJO FISCAL [2015]: *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula el acceso a la información contenida en las sentencias en materia de fraude fiscal*, de 21 de mayo.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL [2014]: *Informe al Anteproyecto de la Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*, de 30 de septiembre.

– [2015]: *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula el acceso a la información contenida en las sentencias en materia de fraude fiscal*, de 11 de mayo.

DONCEL NÚÑEZ, S. L. [2013]: «La naturaleza controvertida de los recargos por declaración extemporánea», *Diario La Ley*, n.º 8.061.

FALCÓN Y TELLA, R. [2009]: «El Guantánamo tributario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 2.

GIL SORIANO, A. [2012]: «¿Amnistía fiscal como medida de lucha contra el fraude?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 30.

GUASCH PORTAS, V. y SOLER FUENSANTA, J. R. [2015]: «El derecho al olvido en internet», *RDUNED*, n.º 16.

MARTÍN QUERALT, J. [2013]: «Listas de morosos o defraudadores... esa es la cuestión», *Tribuna Fiscal*, n.º 265.

OLIVARES OLIVARES, B. D. [2015]: «La publicidad de los deudores tributarios desde la perspectiva del derecho a la protección de los datos personales», *Quincena fiscal*, n.º 11.

ORENES RUIZ, J. C. [2012]: «Publicidad de sentencias, internet y protección de datos de carácter personal», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 30.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A. [2014]: «Súbditos fiscales o la reforma en ciernes de la LGT», *RCyT. CEF*, n.º 381, 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. [2015]: «Los proyectos de ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 2.

TEJERIZO LÓPEZ, J. M. [2013]: «Introducción», en TEJERIZO LÓPEZ, J. M. (dir.) y CALVO VÉRGEZ, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de lucha contra el Fraude Fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor.

VÁZQUEZ RIVAS, F. [2015]: «Aires de cambio en la reforma de la Ley General Tributaria», *Cinco días*, 1 de octubre.

## EL DERECHO A DEDUCIR EL IVA SOPORTADO CUANDO EL PROVEEDOR INCUMPLE SUS OBLIGACIONES FISCALES

**Análisis de la STJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-277/14**

**Pilar Álvarez Barbeito**

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de A Coruña*

### 1. SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su Sentencia de 22 de octubre de 2015 [Asunto C-277/14 (NFJ060072)], aclara cuáles son los estándares de diligencia exigibles a un empresario respecto del conocimiento de la situación tributaria de sus proveedores, de forma que, cumplidos aquellos, las posibles irregularidades descubiertas respecto del proveedor no afectarán al derecho del sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) a deducir las cuotas del impuesto que haya soportado.

En el supuesto analizado por el tribunal, una entidad polaca efectuó diversas compras de combustible –para ser utilizadas en su actividad económica–, a otra entidad que emitió las correspondientes facturas, procediendo la adquirente a deducirse las cuotas de IVA soportado, deducción que la Administración tributaria polaca denegó tras una inspección tributaria al entender que las compras se habían realizado a un «operador inexistente».

La inspección llegó a tal conclusión basándose en un conjunto de hechos, entre ellos, que la entidad proveedora no estaba registrada a efectos del IVA; no presentaba declaración tributaria; no pagaba impuestos; no publicaba sus cuentas anuales; no disponía de concesión para la venta de combustibles líquidos; que el inmueble designado como su domicilio social en el Registro Mercantil se hallaba en un estado ruinoso, en condiciones que hacían imposible cualquier actividad económica; así como en el hecho de que todos los intentos de ponerse en contacto con ella resultaron infructuosos.

Por su parte, la entidad adquirente del combustible alegó en sus recursos que la denegación de su derecho a deducir las cuotas de IVA soportadas resulta contrario al principio de neutralidad del IVA, ya que priva a un sujeto pasivo de buena fe del derecho a deducción. En defensa de su derecho alegó haber recibido de la proveedora documentos registrales que demostraban que dicha sociedad era un operador que ejercía sus actividades legalmente, a saber, un extracto del Registro Mercantil, la asignación de un número de identificación fiscal y un certificado de asignación de un número de identificación estadística.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Pues bien, en su análisis el tribunal parte de los requisitos tanto formales como materiales que, a tenor de la Sexta Directiva, deben cumplirse por parte del empresario para que pueda deducir las cantidades de IVA soportadas. En ese sentido, y por lo que atañe a los requisitos materiales, recuerda que es necesario, por una parte, que el interesado sea un sujeto pasivo en el sentido de dicha directiva y, por otra parte, que los bienes o servicios invocados como base de ese derecho sean utilizados por el sujeto pasivo para las necesidades de sus propias operaciones gravadas y que hayan sido entregados o prestados por otro sujeto pasivo. Por otro lado, los requisitos formales del derecho a deducción se resumen en la posesión de facturas formalizadas de acuerdo con la directiva, documentos que deben mencionar claramente, entre otros datos, el número de identificación a efectos del IVA con el que el sujeto pasivo ha efectuado la entrega, el nombre y la dirección completa de este y la cantidad y la naturaleza de los bienes suministrados.

De entre todas las condiciones expuestas, la que más dudas suscitó al tribunal polaco que planteó la cuestión prejudicial era la referida a la condición de sujeto pasivo de IVA que debía reunir el proveedor, a su juicio inexistente en el momento en el que tuvieron lugar las entregas de combustible tratándose, por tanto, de un sujeto inexistente y por ello incapaz de realizar las entregas y de emitir facturas relativas a tales operaciones.

Examinando esta cuestión, el TJUE parte de la interpretación amplia que debe hacerse del concepto de «sujeto pasivo» recogido en el artículo 4, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva, basado en las circunstancias de hecho. En esa línea estima que dicha condición subjetiva no queda desvirtuada respecto del proveedor por hechos tales como el estado ruinoso del inmueble donde radica su domicilio fiscal o la eventual imposibilidad de establecer contacto con él. Además, del citado precepto comunitario tampoco se desprende que la condición de sujeto pasivo dependa, entre otras cuestiones, de la concesión por la Administración de algún tipo de autorización o licencia para el ejercicio de la actividad económica, de su obligación de publicar cuentas anuales, de la obligación de declarar el comienzo de su actividad imponible o del cumplimiento de las obligaciones de declarar y pagar el IVA.

Las apreciaciones anteriores sirven de apoyo al tribunal para concluir que el destinatario de los bienes goza del derecho a la deducción aunque el proveedor de estos sea un sujeto pasivo no registrado a efectos de IVA, ahora bien, siempre que las facturas que documentan las entregas incluyan todas las informaciones antes referidas. Si esto es así, las autoridades tributarias no podrán denegar el derecho a deducir argumentando que el emisor de la factura no dispone ya de una licencia de empresario careciendo, por tanto, del derecho a utilizar su número de identificación fiscal y siendo irrelevante, por otra parte, a efectos de la práctica de la deducción, si el proveedor ha pagado o no al Tesoro Público el IVA devengado por las operaciones de venta.

Al margen de las conclusiones expuestas sitúa el tribunal aquellos supuestos en los que el derecho a deducir se invoque de forma fraudulenta o abusiva, extremo que implicaría para la Administración tributaria la obligación de demostrar, con datos objetivos y sin exigir al sujeto

pasivo verificaciones que no le incumben, que el sujeto pasivo «sabía o debería haber sabido» que la operación en la que basa el derecho a la deducción formaba parte de un fraude en el IVA.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

La cuestión de fondo abordada por el TJUE se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones en nuestro país siendo muchos los casos en los que la Administración tributaria, apreciando el incumplimiento por parte del proveedor de obligaciones tales como la ausencia de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, la falta de presentación de declaraciones a efectos del IVA o del Impuesto sobre Sociedades, o no contar con un domicilio fiscal conocido, denegó el derecho a deducir cuotas, y también gastos, respecto de los operadores que han adquirido bienes de tales sujetos. Tal postura ha sido refrendada en muchas ocasiones por los tribunales realizando afirmaciones como la contenida en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2000 (NFJ010445), al señalar que el sujeto adquirente de los bienes «tiene la obligación de controlar el cumplimiento de los deberes fiscales de sus proveedores, a efectos del IVA, mediante la responsabilidad que tiene en su selección». Este tipo de pronunciamientos no hacen sino descargar todos los riesgos que conlleva el comercio de mercancías sobre el comprador, extremo que a nuestro juicio vulnera a todas luces la proporcionalidad invocada por el TJUE al abordar los principios que deben inspirar la aplicación del IVA. En ese sentido, en el contexto de las operaciones intracomunitarias de bienes, el Tribunal de Luxemburgo estimó que «el reparto del riesgo entre el (en ese caso) proveedor y la Administración tributaria tras un fraude cometido por un tercero debe ser compatible con el principio de proporcionalidad» [Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 2007, Asunto C-409/04 (NFJ026418)].

Afortunadamente también encontramos en nuestro país manifestaciones en la línea que acaba de señalarse. Así, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en Resolución de 8 de julio de 2009 (NFJ036025) señaló que «no puede responsabilizarse a la entidad reclamante y destinataria de las entregas de materiales (...), del carácter ilocalizable de las entidades proveedoras (autorizadas para la repercusión del IVA por la Administración tributaria), ni de la falta de cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte de los proveedores, puesto que el control del cumplimiento no le corresponde al mismo, sino a la Administración tributaria». Dichas consideraciones condujeron al tribunal a concluir que «la Administración tributaria debe dirigirse contra el obligado tributario que incumpla sus obligaciones tributarias, sin que pueda responsabilizar de ello a un tercero».

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 36/2009, de 22 de enero de 2009 (NFJ045609), recuerda que «la legislación mercantil y fiscal no exigen a los contribuyentes que investiguen a sus proveedores», premisa que debe entenderse en términos de normalidad y proporcionalidad. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en Sentencia 390/2010, de 7 de mayo (NJF039585), aclaraba que el hecho de que una sociedad haya incumplido sus obligaciones fiscales «no puede ir en perjuicio» de la entidad que le adquirió los bienes. Más argumentos a favor de esta postura se hallan en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 127/2006, de 17 de febrero (NFJ023854), en la que el tribunal concluyó que «basta que un sujeto aparezca en el tráfico comercial como un em-

presario o profesional, y se comporte como tal emitiendo facturas de las operaciones que realice, para que, el tercero que con él contrate, de buena fe, amparado precisamente en esa apariencia y confiado en ella, pueda materializar todos los efectos fiscales derivados de la operación o negocio celebrado, y en concreto pueda deducirse el IVA repercutido». Añade esta última sentencia, además, que «la Administración tributaria, debe partir de la buena fe de la actora que contrata en la apariencia de que quien actúa en el tráfico es empresario y puede emitir factura repercutiendo IVA. Y es precisamente la Administración, si duda de esa cualidad subjetiva del vendedor, quien deberá actuar contra él, exigiéndole las responsabilidades tributarias que procedieran».

Pues bien, en esa misma línea incide ahora el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia comentada, en la que, como se ha señalado, se dejan al margen de su conclusión final aquellos supuestos en los que el adquirente de los bienes «sabía o debería haber sabido» que la entrega formaba parte de un fraude de IVA, circunstancias cuya prueba ha de recaer sobre la Administración sobre la base de datos objetivos, y sin que ello conlleve a exigencia al sujeto pasivo de verificaciones que no le incumben.

Con este último inciso el tribunal exige que la denegación del derecho a deducir basada en el conocimiento del fraude por parte del adquirente de los bienes, se pruebe con datos objetivos, no pudiendo concretarse sobre la base de meras presunciones, sino a partir de un conjunto de indicios objetivos que relevan una situación irregular o sospechosa.

En ese sentido se sitúa la línea de actuación de aquellos países de nuestro entorno que se han mostrado más respetuosos con las garantías jurídicas de los partícipes en las cadenas de transmisiones respecto de los cuales se sospecha que puedan estar realizando operaciones fraudulentas.

Así, en países como Francia la Administración entiende que el conocimiento del fraude en el que un sujeto puede haber participado debe concretarse no sobre meras presunciones, sino sobre datos objetivos. Esta última expresión es precisamente la que utiliza la Dirección General de Impuestos francesa al interpretar los preceptos que regulan en el *Code Général de Impôts* (CGI) las consecuencias que cabe atribuir al sujeto que «conoce o no puede ignorar» que ha participado en una operación ideada para defraudar el IVA, fraude traducido en la falta de ingreso del impuesto por parte del sujeto que realiza una entrega de bienes. En ese sentido, ya sea aplicable el artículo 272.3 del CGI, en el que se regula la limitación al derecho a deducir del adquirente, ya lo sea el artículo 283.4 bis del CGI, precepto que contempla un supuesto de responsabilidad solidaria imputable al receptor de los bienes, la aludida Dirección General estima que la administración debe «demostrar», y «no presumir», que el operador ha participado en un fraude. La carga de la prueba requiere que los elementos que la Administración pueda reunir sean objetivos y convincentes o incontestables o, todo lo más, que juntos constituyan un grupo de hechos precisos y enlazados a partir de los cuales el operador no pueda pretender alegar con éxito que ha ignorado la existencia del fraude<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vid. Instrucción de la *Direction Générale des Impôts* n.º 124, de 30 de noviembre de 2007, *Bulletin Officiel des Impôts*, 3 A-7-07, pág. 4.

Por tanto, en el país galo se han establecido cautelas para evitar que la Administración pueda traspasar, en el tema que nos ocupa, los límites impuestos por principios de aplicación en el territorio de la Unión Europea tales como la proporcionalidad, neutralidad, seguridad jurídica o confianza legítima. En ese sentido, se afirma que el conocimiento del adquirente de los bienes acerca del fraude cometido por el sujeto que realiza la entrega debe demostrarse por la Administración «sobre la base de pruebas objetivas irrefutables»<sup>2</sup>. Por su parte, la prueba de que dicho sujeto «no podía ignorar» tales aspectos pudiendo así, por ejemplo, limitarse el derecho a la deducción del impuesto soportado, habrá de realizarla la Administración sobre la base de una serie de datos que la Dirección General de Impuestos en ese país cifra, por orden de importancia, en los siguientes: existencia de vínculos jurídicos, económicos y personales entre los operadores (por ejemplo, cuando las entidades involucradas en el esquema fraudulento cuentan con una misma dirección); el pago de una cantidad más baja de la que razonablemente cabe esperar del mercado, o inferior al establecido en entregas anteriores; entregas repetidas de gran importe con un mismo destinatario (extremo que permite deducir un cierto conocimiento del proveedor); la dirección del domicilio del proveedor, la falta de mano de obra y de funcionamiento acorde con el volumen de las transacciones; ausencia de documentos relativos a la entrega de bienes; la falta de relación entre la actividad económica del proveedor y las entregas de bienes efectuadas; formas de pago que no se corresponden a los usos de la actividad de que se trate<sup>3</sup>.

De ese modo, la denegación del derecho de deducción o la exigencia de responsabilidad a un sujeto que, sin cometer el fraude en primera persona, se entiende que ha participado en él sobre la base de su conocimiento acerca de la existencia de la trama en cuestión, se haya sometido en nuestro país vecino a la constatación de una serie de extremos que, unidos, permiten concretar con mayor precisión lo que, en última instancia, no deja de ser un elemento marcadamente subjetivo.

Pues bien, en esa línea se mantiene precisamente el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia comentada, ahondando así en argumentos mantenidos en pronunciamientos anteriores del tribunal que, afortunadamente, ya se han visto reflejados en fallos de nuestros tribunales [*vid.* STS de 5 de mayo de 2014 (NFJ055013)].

Así las cosas, en línea con esta jurisprudencia comunitaria, resulta recomendable, como estándar de buena diligencia, que los operadores económicos, al recibir bienes o servicios, verifiquen, cuando menos en el marco de operaciones críticas, una serie de indicios formales de *good standing* de sus proveedores, datos a los que hace referencia el tribunal en la sentencia objeto de este comentario.

<sup>2</sup> *Vid.* Punto 30 de la Instrucción de la *Direction Générale des Impôts* n.º 124, de 30 de noviembre de 2007, *Bulletin Officiel des Impôts*, 3 A-7-07.

<sup>3</sup> Similares son los indicios que a los mismos efectos se manejan, por ejemplo, por la Administración belga. En ese sentido *vid.* *Circulaire* n.º AAF/2006-0604 (AAF 14/2006), 24 de agosto de 2006, párrafos 32 a 36.

# LA DEVOLUCIÓN DEL IVA A UN NO ESTABLECIDO EN UN SUPUESTO DE SIMULACIÓN RELATIVA

**Análisis de la STS de 25 de octubre de 2015, rec. núm. 3857/2013**

**Javier Bas Soria**

*Doctor en Derecho  
Inspector de Hacienda del Estado*

## 1. SUPUESTO DE HECHO

Se plantea ante el tribunal el caso de una reorganización de las operaciones llevadas a cabo por un grupo empresarial internacional. Sin ánimo de ser exhaustivos, los elementos básicos de esta reorganización se pueden resumir de la siguiente manera. Una sociedad irlandesa se dedicaba a facilitar equipos informáticos a clientes españoles, ofreciendo un servicio adicional de financiación que prestaba a través de dos entidades nacionales: las entidades recibían los equipos de la entidad irlandesa y los cedían en *leasing* o *renting* a los clientes. En un determinado momento, se decide modificar la estructura de funcionamiento. Cuando es preciso el servicio de financiación, la entidad irlandesa cede en arrendamiento los equipos a una filial húngara y esta a su vez los subarrienda a las empresas españolas que los ceden a los clientes finales españoles. Estos arrendamientos y subarrendamientos se realizan por el mismo precio que se ha convenido con los clientes finales. El objeto de estas operaciones es conseguir que las rentas por la cesión de los equipos informáticos se obtengan en Hungría y no en Irlanda, ya que el convenio con Hungría prevé la tributación exclusiva en el Estado de residencia para estas rentas, mientras que el convenio con Irlanda prevé una tributación compartida, con un gravamen del 8% en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes en España.

La Inspección regularizó entendiendo que concurría un supuesto de simulación relativa en estas operaciones, al ser operaciones sin intervención efectiva de la entidad húngara generadas con la única finalidad de aplicar el mencionado convenio con Hungría, poniendo de manifiesto numerosos indicios que permiten obtener la conclusión presuntiva de la existencia de tal simulación.

En el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) la constatación de la existencia de simulación en las actividades de la sociedad húngara se traduce en considerar que existe una cesión realizada por un empresario no establecido (la entidad irlandesa) a la que resultaba aplicable la regla de inversión del sujeto pasivo. La consecuencia de esta calificación de las operaciones fue, en relación con los distintos periodos de liquidación, negar la devolución solicitada en los periodos en

los que la entidad declaró como empresario establecido y solicitó la devolución mediante la correspondiente declaración-liquidación; devolver, como ingreso indebido, las cantidades ingresadas mediante declaraciones-liquidaciones presentadas como entidad establecida; y, finalmente, devolver las cantidades solicitadas a devolver como no establecida mediante el procedimiento especial derivado del artículo 119 de la LIVA.

Esta regularización fue recurrida ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), que confirmó las liquidaciones dictadas en Resolución de 7 de junio de 2011 (R. G. 7353/2008). Contra la citada resolución, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que se resolvió en Sentencia de 11 de noviembre de 2013 [rec. n.º 416/2011 (NFJ052696)], en la que se consideró que procedía la devolución de las cantidades negadas en la liquidación, con el siguiente razonamiento:

«La Inspección considera que aun admitiendo la existencia de un crédito fiscal por IVA frente a la Hacienda Pública a favor de CIT GROUP FINANCE (IRELAND) que surge precisamente como consecuencia de la estructura operativa del grupo CIT no procede su devolución por haberse seguido el procedimiento ordinario de declaración (presentación de declaraciones periódicas a través de modelos 300/320) y no el procedimiento previsto en la norma para empresarios y profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto (modelo 361).

Tal como entiende el recurrente si como sostienen la Inspección de Tributos y el TEAC se ignora la intervención de CIT GROUP (HUNGARY) en las operaciones y no se reconoce la legitimación de la entidad húngara para obtener la devolución de ingresos indebidos, el restablecimiento de la situación previsto en la citada jurisprudencia comunitaria debería haber llegado al reconocimiento de la devolución de las citadas cantidades al que las había repercutido indebidamente e ingresado, es decir a CIT GROUP FINANCE (IRELAND). La actuación inspectora no se debió limitar a declarar aquello que era gravoso y obviar lo que era justo porque la Inspección actúa para comprobar y en su caso restablecer el orden jurídico tributario. La regularización tributaria efectuada por la Administración debió agotar sus efectos legales en la doble vertiente de lo que favorecía y no favorecía al sujeto pasivo/destinatario del servicio. Por tanto si el IVA es improcedente, la consecuencia debe no ser solo la no deducibilidad del mismo por el destinatario de la operación sino también el derecho a la devolución de la cuota indebidamente ingresada por CIT GROUP FINANCE IRELAND). Este derecho a la devolución de ingresos indebidos debe reconocerse o a favor de CIT GROUP (HUNGARY) en su condición de repercutido-devolución solicitada en el seno del procedimiento contencioso-administrativo 415/2011 (y que ha sido denegada) o subsidiariamente a favor de CIT GROUP FINANCE (IRELAND) en su condición de sujeto pasivo quien deberá restituir a la entidad húngara las cantidades indebidamente repercutidas ya que no cabe negar la procedencia de la devolución amparándose exclusivamente en defectos meramente formales, con independencia de que la Administración considere que ha existido una práctica abusiva puesto que lo contrario supondría

una vulneración del principio de neutralidad en el IVA más teniendo en cuenta que en este caso tal como subraya el recurrente el grupo CIT no consigue ninguna ventaja fiscal a efectos del IVA derivada de la intervención de la entidad húngara puesto que todas las entidades tenían un derecho a la deducción del 100% del IVA soportado (tal como se recoge en el cuadro comparativo que se contiene en el folio 72 de la demanda), ya que la ventaja fiscal se refiere al Impuesto sobre la Renta de no residentes».

Contra esta sentencia se promueve el recurso de casación que estudiamos en el presente trabajo.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

La Abogacía del Estado promovió recurso de casación contra la sentencia, fundándose para ello en dos motivos distintos, la incongruencia de la sentencia recurrida, ya que se pronuncia sobre cuestión distinta de la planteada por el recurrente, y la infracción normativa, ya que la denegación de la devolución por la Inspección se fundaba en que la entidad recurrente no tendría legitimación para promover la devolución del ingreso indebido realizado y en que no ha utilizado el procedimiento especial de devolución previsto en el artículo 119 de la LIVA y se concede la devolución independientemente del hecho de que la entidad recurrente sea una entidad no residente, sin atender a tales limitaciones.

En cuanto a la incongruencia omisiva, el Tribunal Supremo realiza un examen breve y claro de su amplia jurisprudencia sobre el contenido de este concepto, destacando que esta solo tiene relevancia cuando se deja sin juzgar una pretensión oportunamente planteada, lo que se comprueba si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes.

Destaca el tribunal que confunde esta invocación la pretensión con la alegación de parte, habiendo dado satisfacción a la pretensión del interesado la sentencia recurrida. Así, se destaca que la sentencia señala que no cabe negar la procedencia de la devolución amparándose exclusivamente en defectos meramente formales, puesto que esto supone una vulneración del principio de neutralidad en el IVA, lo que supone entrar a juzgar plenamente la pretensión del recurrente.

En cuanto al segundo motivo de casación, señala la sentencia que si, como considera la Inspección, la operativa realizada con la filial húngara es puramente simulada, el IVA repercutido por estas operaciones resulta indebido; la consecuencia debió ser efectuar la devolución del ingreso indebido a la empresa húngara, como obligado a soportar la repercusión, bien a su propia solicitud o bien a solicitud de la empresa irlandesa, como obligado a realizar la repercusión, si bien en este caso debería reintegrarse el impuesto al obligado a soportar la repercusión.

Destaca el Tribunal Supremo la obligación de realizar una regularización íntegra en el procedimiento inspector, tal y como declaró la sentencia recurrida, considerando que «la actuación inspectora no se debió limitar a declarar aquello que era gravoso y obviar lo que era justo porque

la Inspección actúa para comprobar y en su caso restablecer el orden jurídico tributario. La regularización tributaria efectuada por la Administración debió agotar sus efectos legales en la doble vertiente de lo que favorecía y no favorecía al sujeto pasivo/destinatario del servicio».

En cuanto a la vulneración normativa invocada por no haber acudido al procedimiento previsto para la devolución del IVA a los no establecidos, considera el tribunal que se trata de un mero defecto formal, lo que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del mismo, la cual señala que es reflejo de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no puede quebrar la neutralidad del impuesto; en esta doctrina, señala el tribunal, se inscribe la sentencia recurrida al decir que no cabe negar la procedencia de la devolución amparándose exclusivamente en defectos meramente formales, con independencia de que la Administración considere que ha existido una práctica abusiva, puesto que lo contrario supondría una vulneración del principio de neutralidad en el IVA más teniendo en cuenta que en este caso, tal como subraya la recurrente, el grupo no consigue ninguna ventaja fiscal a efectos del IVA derivada de la intervención de la entidad húngara.

En consecuencia, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación promovido por el Abogado del Estado.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

#### 3.1. SOBRE LA INCONGRUENCIA OMISIVA

Quizá, no por ser una cuestión de sobra desarrollada por el Tribunal Supremo, deja esta de ser una cuestión interesante, sobre todo si se tiene presente la frecuencia con la que es invocada ante los tribunales económico-administrativos y ante la jurisdicción contencioso-administrativa la incongruencia.

Además de la interesante enumeración de los requisitos para que exista incongruencia omisiva, a saber, la falta de respuesta del órgano judicial ha de referirse a las pretensiones de las partes, dejando sin contestar la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, no debe tratarse de un supuesto de desestimación tácita de la pretensión, en la que a pesar de no existir una referencia directa y clara, del texto de la sentencia pueda deducirse que se ha estimado o desestimado la cuestión, la cuestión ha debido ser planteada en el momento procesal oportuno, la incongruencia debe haber causado un perjuicio concreto, una indefensión real y efectiva, una verdadera denegación de justicia; y, finalmente, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar la relevancia de la incongruencia alegada; destaca el tribunal que no se debe confundir la pretensión, que en este caso sería, a nuestro juicio, la anulación de la resolución, incluso el reconocimiento de la devolución pretendida por la entidad irlandesa, con las alegaciones, que no son otra cosa que los motivos en los que la parte funda la pretensión y que, de sobra es conocido, por el principio de *iura novit curia*, no vinculan al tribunal, que puede fallar sobre la base de tales alegaciones o de cualquier otro motivo.

Siempre que exista un pronunciamiento sobre la pretensión, que siempre será la anulación, total o parcial, de un acto administrativo o el reconocimiento de un derecho o situación particular, aunque no se hayan examinado detalladamente todos los motivos alegados por una parte para sostener las pretensiones mencionadas, no existirá incongruencia.

### 3.2. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA DEVOLUCIÓN A LA ENTIDAD NO RESIDENTE

El elemento fundamental sobre el que pivotan tanto la sentencia de la Audiencia Nacional como la propia sentencia que ahora estamos estudiando es la consideración que la solicitud de la devolución formulada por la entidad irlandesa acogiendo al procedimiento general en lugar del procedimiento previsto para la devolución a no establecidos es un mero incumplimiento formal. Desde nuestro punto de vista, no puede ser más diferente la cuestión.

La devolución solicitada por los empresarios no establecidos no es una mera opción procedimental más para obtener la devolución, dentro de las que ofrece la ley, sino que es un procedimiento sustantivo, regulado en los artículos 119 de la LIVA (cuando se trate de empresarios establecidos en Canarias, Ceuta y Melilla, o la Comunidad Europea) y 119 bis de la LIVA (cuando se trate de empresarios establecidos en territorio tercero distinto de Canarias, Ceuta y Melilla) y este procedimiento se somete a determinados requisitos materiales propios y específicos. Es decir, no todo empresario no establecido, por el mero hecho de serlo, tiene derecho a la deducción de las cuotas soportadas, sino que es preciso cumplir con determinados requisitos materiales para tener derecho a tales devoluciones.

No hace falta otra cosa que la mera lectura de los preceptos citados para comprobar que se exige el cumplimiento de requisitos que distan de ser meramente procedimentales: que no hayan realizado en el territorio de aplicación del impuesto (TAI) entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al mismo distintas de entregas de bienes y prestaciones de servicios en las que se aplique la inversión del sujeto pasivo, o servicios de transporte y sus servicios accesorios que estén exentos del impuesto en virtud de lo dispuesto en los artículos 21, 23, 24 y 64 de la LIVA (exportaciones, operaciones relacionadas con zonas y depósitos francos o depósito temporal, operaciones en regímenes aduaneros y fiscales y operaciones incluidas en la base imponible de las importaciones, respectivamente); y no ser destinatarios de entregas de bienes ni de prestaciones de servicios respecto de las cuales tengan la condición de sujetos pasivos por inversión.

Debemos además destacar que tales requisitos son específicos y diferentes de los requisitos a los que se condiciona la devolución para los empresarios establecidos, donde el requisito material es ser empresario o profesional establecido y que la cuota a devolver resulte de las autoliquidaciones, por exceder las cuotas soportadas a las devengadas. En este sentido, debemos recordar que la realización de operaciones que generan el derecho a la deducción desde el establecimiento permanente en el TAI es precisamente lo que genera el derecho a la deducción de las cuotas soportadas del impuesto y, en la mayoría de los casos, los empresarios o profesionales no estable-

cidos, precisamente por esa falta de establecimiento, no van a realizar en el TAI operaciones que generen el derecho a la deducción, desapareciendo el fundamento material para la deducción de las cuotas y, en consecuencia, para obtener su devolución. Cabe además añadir que fue la Octava Directiva del IVA la que estableció el derecho a la devolución de las cuotas soportadas por empresarios no establecidos, derecho que no es consustancial al impuesto, ya que el gravamen del valor añadido exige devolver las cuotas soportadas para aquellos que efectivamente han soportado el impuesto para la generación de valor añadido en el TAI, lo que no es en muchos casos cumplido por los no establecidos.

Consideramos, por tanto, que esta circunstancia no ha sido correctamente ponderada por los pronunciamientos de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo y que hubiera podido dar lugar a un pronunciamiento distinto.

No deja de ser llamativa esta sentencia cuando el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de marzo de 2015 [rec. n.º 4061/2012 (NFJ058146)] desestimó el recurso de casación promovido por la entidad húngara a la que se refiere la sentencia que ahora estudiamos, precisamente por considerar que la misma no tenía derecho a la devolución como no establecida ya que, al haber sido su participación simulada, no cumplía con los requisitos materiales del artículo 119 de la LIVA.

### 3.3. SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD Y DEL DERECHO A LA REGULARIZACIÓN ÍNTEGRA EN UN SUPUESTO DE SIMULACIÓN

Si no lo más destacado, como a continuación tendremos ocasión de razonar, lo más llamativo de la sentencia es sin duda el pronunciamiento sobre la aplicación preferente del principio de neutralidad y del derecho a la regularización íntegra aun en un caso en el que se estimaba que había existido una simulación relativa por parte de un grupo multinacional, considerando el Tribunal Supremo que ni siquiera esta conducta fraudulenta podía generar lo que califica de un enriquecimiento injusto a favor de la Administración derivado de haber ingresado las cuotas de IVA indebidamente. De hecho, este fue el punto destacado al realizar una breve reseña de la sentencia que comentamos en el boletín quincenal de la *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. RT00041 de 19 de noviembre de 2015 en el que se decía «La concurrencia de simulación no quiebra el derecho al crédito por el IVA».

Hemos tenido ocasión de comentar en esta misma revista sentencias en las que se trataba precisamente la problemática de la regularización íntegra y de la exigencia de neutralidad del impuesto («El procedimiento de comprobación como procedimiento tendente a la íntegra regularización de la situación del obligado tributario –Análisis de la RTEAC de 19 de febrero de 2015, R. G. 3545/2011–», *RCyT*. CEF, n.º 387, 2015, págs. 156-164) y de la pérdida del derecho a la deducción por encontrarse inmerso en una trama de fraude («Pérdida de los derechos previstos en la normativa del IVA en operaciones relacionadas con un fraude –Análisis de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asuntos acumulados núms. C-131/12, C-163/13 y C-164/13–», *RCyT*. CEF, n.º 385, 2015, págs. 209-218), con las que en principio, a partir del criterio que hemos menciona-

do como elemento destacado de esta sentencia, entroncaría nuestro estudio, es más, a las que matizaría de forma importante el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Después de los comentarios a los que nos hemos referido parece claro, al menos en la humilde opinión del autor de este comentario, que el Tribunal de Justicia ha ido endureciendo su postura en relación con los supuestos de fraude, especialmente cuando la existencia de tal fraude puede chocar con la predicada neutralidad del impuesto. Así podemos traer a colación lo que decíamos precisamente en el segundo de los artículos antes citados:

«Salvada esta cuestión, existe otro punto relevante de la regularización que llama poderosamente la atención y que no parece haber sorprendido al TJUE. Aparentemente, la Administración neerlandesa ha convertido el IVA, ante este supuesto de fraude, en un impuesto en cascada. Explicamos esta afirmación, según interpretamos el texto de la sentencia. La AIB localizada en los Países Bajos, como sabemos, genera un IVA repercutido y un IVA soportado por el mismo importe, aunque en este caso se ha negado el derecho a la deducción de tales cuotas soportadas. Adicionalmente, la constancia de la recepción de las mercancías en Italia ha dado lugar a la liquidación de una entrega de bienes en los Países Bajos también, a la que se le ha negado el beneficio de la exención como EIB. Finalmente, al considerar que la entrega es irregular, se niega que esta operación genere el derecho a la devolución de las cuotas soportadas (a pesar de que se ha liquidado como entrega exenta). No parece que esta lectura difiera de la realidad, cuando la propia Comisión invoca la neutralidad del impuesto [...].

Conviene, a nuestro parecer, recordar que el concepto de neutralidad del IVA difiere del concepto general de neutralidad fiscal, entendida como la exigencia que la estructura impositiva no condicione las decisiones de inversión del sector privado, siendo más bien una correlación entre repercusión y deducción, y que no supone otra cosa que la posibilidad de deducir las cuotas soportadas necesarias para la realización de las operaciones por las que se repercute el impuesto. Este principio no es otra cosa que la materialización del método elegido para la determinación del valor añadido, que es el objeto de gravamen del impuesto. Así, por la forma de cómputo del valor añadido, se ha elegido un impuesto de sustracción, en el que el valor añadido se obtiene mediante la sustracción, del valor de las ventas, de las compras a otras empresas; y por el método de identificación del valor añadido, se ha optado por la deducción financiera, que supone deducir las cuotas soportadas en el momento de su entrada, sin diferirlas hasta el momento de salida de las mercancías o servicios que incorporan dichos costes.

Evidentemente, en el supuesto que analizamos no se ha producido dicha deducción, aunque se ha gravado la entrega del bien, lo que resulta especialmente llamativo por el hecho de que el consumo del mismo no se ha realizado en el Estado que liquida el impuesto (Países Bajos), sino en otro (Italia).

Esta cuestión, a pesar de lo llamativo que pueda parecer, sí que es conocida por el TJUE, que la desecha haciendo primar la pérdida del derecho por la existencia del fraude.

Por si alguien siente la tentación de ver un especial agravamiento en la situación del particular, debemos destacar que el propio TJUE manifiesta que este gravamen en cascada y alejado del lugar de consumo no supone, de hecho o de derecho, una sanción al obligado tributario».

Podría parecer que el Tribunal Supremo desoye con esta sentencia la nueva dirección tomada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la que nos referíamos cuando decide primar la neutralidad y la regularización íntegra sobre la simulación en la que incurrió el grupo empresarial recurrente. De hecho, la propia cita a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que contiene la sentencia elige precedentes menos gravosos para los contribuyentes que las sentencias posteriores a las que nos referimos:

«Se debe subrayar, además, que, conforme a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (asunto C-255/02), y de 22 de diciembre de 2010, Weald Leasing (asunto C-103/09), apartados 92 y 52, respectivamente, "la redefinición que efectúe el órgano jurisdiccional cuando detecte una práctica abusiva en el IVA no debe ir más allá de lo necesario para asegurar la exacta percepción del IVA y evitar el fraude"».

Todas estas impresiones quedan de hecho matizadas cuando se estudia en detalle la sentencia. Así, aunque no se haya destacado especialmente, el Tribunal Supremo constata que la propia Administración afirma la ausencia de beneficio en el IVA, ya que la operativa estaba creada, como ya se comentó, con una finalidad distinta a la de obtener ventajas en la imposición indirecta: «el grupo no consigue ninguna ventaja fiscal a efectos del IVA derivada de la intervención de la entidad húngara puesto que todas las entidades tenían un derecho a la deducción del 100% del IVA soportado (tal como se recoge en el cuadro comparativo que se contiene en el folio 72 de la demanda), ya que la ventaja fiscal se refiere al Impuesto sobre la Renta de no residentes».

No menos importante se nos aparece el hecho de que la propia Inspección haya reconocido el derecho a la devolución como no establecido a la entidad recurrente en otros periodos, a pesar de la existencia de la simulación relativa. Así, aunque como afirmábamos en el punto anterior, la solicitud de la devolución como establecido o como no establecido no es una mera opción procedimental, sino que cada una de ellas requiere y exige verificar unos requisitos distintos; en el presente caso los requisitos para la devolución como no establecido se han verificado y se cumplen.

Por estas razones, consideramos que, por todo y por la importancia de esta sentencia, la misma no supone que el Tribunal Supremo haga prevalecer la neutralidad del IVA por encima de las conductas fraudulentas (a pesar de que lo manifiesta), ya que se trata de un caso concreto con circunstancias propias y en el que tal manifestación debe entenderse como parte de un juicio global, donde, tal y como afirma el tribunal, parece que haya pesado más el aspecto formal de la forma de la solicitud que el material de los requisitos de la misma.

# TRIBUTACIÓN EN EL IRPF DE LAS CANTIDADES PERCIBIDAS POR LOS TRABAJADORES CON MOTIVO DE SU TRASLADO

**Análisis de la RTEAC de 10 de septiembre de 2015, R. G. 4185/2014**

**Alfonso Sanz Clavijo**

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario.*

*Universidad de Cádiz*

## 1. SUPUESTO DE HECHO

Atendiendo a los antecedentes fácticos relacionados en la resolución en comentario, el contribuyente presentó autoliquidación en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) correspondiente al año 2011, incluyendo en la misma ciertos rendimientos del trabajo (RT) consecuencia de haber aceptado el traslado acordado por su empleador.

Se trataba, concretamente, de una indemnización a tanto alzado a percibir, en pago único, por la aceptación del traslado, si bien, tal episodio de movilidad geográfica generaba también a favor del trabajador el derecho a recibir otra cantidad, una compensación o ayuda mensual, de 750 euros, para el alquiler de vivienda durante dos años. O lo que es lo mismo, la aceptación del traslado por el trabajador comportaba, en virtud de convenio colectivo o pacto de que se trate, que este tuviera derecho a percibir, al menos, dos RT sujetos a tributación en concepto de IRPF, uno pagadero de una sola vez y otro a percibir durante distintos periodos impositivos.

En el entendimiento de que se trataba de un RT notoriamente irregular, sobre la primera de las rentas mencionadas, la indemnización a tanto alzado, decidió el contribuyente aplicar la reducción, en aquel entonces, del 40% contemplada en el artículo 18.2 en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), y desarrollada para los RT notoriamente irregulares en el entonces vigente artículo 11.1 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RIRPF). De acuerdo con la letra a) de este precepto reglamentario, se reducirían en el 40% «Las cantidades satisfechas por la empresa a los empleados con motivo del traslado a otro centro de trabajo», a condición de que «se imputen en un único periodo impositivo». Las referencias que se hagan en adelante al artículo 18.2 de la LIRPF y al artículo 11.1, letra a), del RIRPF deben entenderse realizadas al mandato de las disposiciones apenas transcritas.

La Administración tributaria actuante, basándose en la doctrina administrativa sentada al respecto por la Dirección General de Tributos (DGT) mediante resoluciones que se traerán a colación, reputó en cambio que a la indemnización referida no es aplicable la reducción del 40% para RT notoriamente irregulares, pues, de considerarse globalmente las retribuciones que el trabajador percibe consecuencia de la aceptación del traslado, estas no cumplirían el requisito fundamental para disfrutar de tal beneficio fiscal, su imputación a un único periodo impositivo. En coherencia con lo anterior, se dictó por los órganos de gestión competentes liquidación provisional eliminando la aplicación de la reducción del 40%.

Contra la precitada liquidación formuló el contribuyente recurso de reposición que fue desestimado, interponiendo posteriormente contra la misma reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de la Comunidad Valenciana, el cual, mediante Resolución de 16 de diciembre de 2013, estimó la reclamación interpuesta aduciendo los argumentos que se expondrán en el comentario crítico.

Entendiendo la Administración tributaria que el criterio del TEAR de la Comunidad Valenciana era gravemente erróneo y dañoso, decide interponer recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, con el propósito de determinar si, a efectos de la aplicación de la reducción del 40% en virtud de la letra a) del artículo 11.1 del RIRPF, deben considerarse conjuntamente o no todas las retribuciones satisfechas con motivo del traslado para verificar que las mismas se imputan a un único periodo impositivo.

El Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) va a estimar recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, sentando como tal la doctrina que a continuación se analiza.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Esbozada la cuestión a dilucidar con la resolución de este recurso, el TEAC, para justificar el criterio administrativo que va a sentar al respecto, no recurre a precedentes en la materia evacuados por órganos jurisdiccionales o por el propio tribunal, limitándose entonces a realizar una exégesis del artículo 11.1 letra a) del RIRPF que, a estos efectos, no parece haber sido objeto de relevantes interpretaciones más allá de las contenidas en las resoluciones de la DGT que se analizan en el epígrafe siguiente.

En efecto, limitada la controversia a determinar si deben considerarse conjuntamente o no todas las cantidades satisfechas al trabajador con motivo de su traslado a efectos de la aplicación de la reducción del 40% *ex* letra a) del artículo 11.1 del RIRPF, el TEAC, tras relacionar las retribuciones que percibe el empleado en este caso, comienza su razonamiento al respecto asegurando que ambas cantidades encuentran su motivo en el episodio de movilidad geográfica aceptado por el trabajador, razón por la cual «ambas cantidades deben ser consideradas conjuntamente a efectos de apreciar si su imputación se realiza en un único periodo impositivo o en más de uno», imputación temporal que, como se ha dicho, constituye requisito fundamental para aplicar o no la reducción del 40%.

Sentado lo anterior, concluye el TEAC que, en el caso que ocupa, las cantidades que percibe el trabajador con motivo del traslado –indemnización de pago único y ayuda de vivienda a satisfacer durante dos años– «se abonan en más de un periodo impositivo» y que, por tanto, no puede considerárseles como RT notoriamente irregulares ni, en coherencia, resultarles de aplicación la reducción del 40% *ex letra a)* del artículo 11.1 del RIRPF.

Con todo lo anterior, el TEAC va a resolver el recurso extraordinario de alzada interpuesto fijando como criterio al respecto que:

«no resulta de aplicación la reducción prevista en el artículo 18.2 de la Ley 35/2006 [...] sobre las cantidades abonadas por una empresa a sus trabajadores con motivo de su traslado a otro centro de trabajo, cuando, además de una cantidad a tanto alzado y percibida de una sola vez, el trabajador perciba también una compensación por vivienda pagadera mensualmente y durante dos años, puesto que en tales circunstancias las cantidades satisfechas por la empresa, encontrando ambas su motivo en el traslado, se han de imputar en más de un periodo impositivo, no cumpliendo por tanto el requisito fijado en el artículo 11.1 del Reglamento del Impuesto».

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

Con su Resolución de 10 de septiembre de 2015 (NFJ059610), el TEAC evidencia una problemática que puede presentarse, a efectos de la aplicación de la reducción del 40% *ex letra a)* del artículo 11.1 del RIRPF, cuando con motivo de un traslado el empresario satisface al trabajador varias cantidades con distintas modalidades de pago.

Para poder revisar tal problemática y determinar si la solución dada a la misma por el TEAC es la más ajustada a Derecho, se exponen a continuación las cuestiones cuya respuesta servirán de guía para alcanzar tales objetivos: A) Las cantidades a percibir por los trabajadores con motivo de su traslado. B) La imputación temporal de las cantidades percibidas con motivo del traslado debe realizarse separadamente para cada RT. C) La conveniencia de adaptar los convenios colectivos y otros pactos reguladores de las retribuciones en supuestos de traslado: Perdurabilidad y extensión de la doctrina del TEAC.

#### 3.1. LAS CANTIDADES A PERCIBIR POR LOS TRABAJADORES CON MOTIVO DE SU TRASLADO

El artículo 40 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), regula los distintos supuestos de movilidad geográfica (traslado y desplazamiento), previendo, en relación con la primera modalidad, que el trabajador que acepte el traslado perciba una compensación por los gastos que

tal cambio de residencia comporte para el mismo y los familiares a su cargo, compensación que «nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos».

Consecuencia de la remisión a la norma paccionada, suelen los convenios colectivos albergar disposiciones que ordenan las concretas cantidades que el empresario ha de satisfacer cuando, en el ejercicio de su poder de dirección, ordena el traslado de un trabajador y este lo acepta. Frecuentemente, atendiendo a convenios colectivos consultados, estos no solo contemplan la satisfacción por parte del empresario de los *gastos por mudanza* tal y como viene a exigir el artículo 40.1 del ET, sino que prevén también el pago de otras cantidades como indemnizaciones o compensaciones a tanto alzado, ayudas para la adquisición o el alquiler de la nueva vivienda, préstamos, etc.

De esta forma, como acaece en el supuesto que origina la resolución en comentario, puede suceder que, junto a las retribuciones por movilidad geográfica que se perciben instantáneamente con el traslado, se satisfagan de forma fraccionada otras cantidades previstas en el convenio colectivo, mediante pagos sucesivos que se extiendan más allá de un año natural.

Más allá del supuesto en comentario, así sucede, por ejemplo, con el artículo 23.3 del Convenio Colectivo de Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE de 9 de noviembre de 2015), precepto que tras describir algunas de las cantidades a percibir en pago único por los trabajadores en los supuestos de traslados (*gastos por mudanza*, prestación de traslado, etc.) regula otra gratificación cual es la ayuda de vivienda que, en su modalidad de alquiler, comporta una «Ayuda de alquiler de 419,78 euros mensuales durante 7 años», o con el artículo 15.2 del Convenio Colectivo de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 21 de agosto de 2015), disposición que, remitiéndose al Convenio Colectivo estatal para el sector de seguros, prevé para los casos de traslado la satisfacción, junto a otras cantidades por este último previstas, de una ayuda cuya «cuantía se establece en 480 euros brutos mensuales, durante el primer año de traslado».

En otros convenios colectivos se prevén igualmente retribuciones similares a las descritas, si bien, al no fijarse el momento en que se percibirán las mismas, serán las fechas de los pagos en que se materialicen tales retribuciones las que marquen a qué periodo impositivo deben imputarse estas. En este sentido véase el artículo 27.2 del Convenio Colectivo de Grupo Santander Consumer Finance (BOE de 5 de noviembre de 2015) o el artículo 59 del Convenio Colectivo del Grupo Endesa (BOE de 13 de febrero de 2014).

La circunstancia expuesta genera un problema en la aplicación de la reducción del 40% *ex* letra a) del artículo 11.1 del RIRPF a las retribuciones antes descritas, pues, atendiendo a la literalidad del mencionado precepto, no queda claro si la condición que ha de concurrir para aplicar el beneficio fiscal que ocupa –imputación a un único periodo impositivo– debe verificarse considerando separadamente cada una de las retribuciones percibidas por el trabajador con motivo del traslado o, en cambio, atendiendo conjuntamente a la totalidad de estas.

Así, conocida la posición del TEAC sobre el problema descrito, en el epígrafe que sigue se analizarán los escasos precedentes administrativos coincidentes con la posición que este centro directivo mantiene, así como aquellos argumentos que permiten fundamentar oposición al mismo.

### 3.2. LA IMPUTACIÓN TEMPORAL DE LAS CANTIDADES PERCIBIDAS CON MOTIVO DEL TRASLADO DEBE REALIZARSE SEPARADAMENTE PARA CADA RT

Como hemos comentado anteriormente, la doctrina que sienta el TEAC sobre la no aplicación de la reducción del 40% a las distintas cantidades percibidas por el trabajador con motivo de su traslado coincide, fundamentalmente, con el criterio fijado por la DGT en sus Resoluciones de 26 de enero de 2012 y de 13 de junio de 2012, Consultas números V0162/2012 (NFC043612) y V1263/2012 (NFC044718), respectivamente.

Las mencionadas resoluciones conocen de sendos casos en los que, a imagen del supuesto en comentario, se ordena el traslado de trabajadores con derecho por parte de estos a percibir, una vez aceptado el mismo, distintas cantidades que se imputan, considerándolas globalmente, a distintos periodos impositivos, sentándose en ambos casos que entonces «a ninguna de dichas cantidades les resultará de aplicación la reducción del 40 por ciento prevista en el citado artículo 18.2 de la LIRPF, por cuanto su imputación corresponde a más de un periodo impositivo», conclusión que se fundamenta exclusivamente en la interpretación que la DGT hace del artículo 11.1 letra a) del RIRPF.

Tras recordar que «las contestaciones a las consultas de dicha DGT no son vinculantes para los Tribunales Económico-Administrativos», el TEAC va a sumarse al criterio de la DGT expuesto en el párrafo anterior, y así, para justificar *a fortiori* que a efectos de la aplicación de la reducción del 40% se consideren globalmente todas las retribuciones que perciba el trabajador con motivo de su traslado, añade tan solo que «teniendo ambos conceptos su origen o encontrando su motivo en el traslado del obligado tributario y por ello ambas cantidades deben ser consideradas conjuntamente a efectos de apreciar si su imputación se realiza en un único periodo impositivo o en más de uno».

Frente a esta interpretación de la DGT y del TEAC acerca de cómo debe verificarse la concurrencia del requisito de la imputación temporal a un único periodo impositivo, el TEAR de la Comunidad Valenciana sostuvo, como pretendía el contribuyente, que era posible aplicar la reducción del 40% a la indemnización a tanto alzado percibida por el trabajador con motivo de su traslado, en la medida en que tal retribución, al ser satisfecha en pago único, sí era imputable a un único periodo impositivo. Dicho esto, subraya este órgano administrativo el hecho de que el trabajador percibía otra retribución, la ayuda de vivienda, a recibir durante dos años, concluyendo, en lo que aquí interesa, «sin que este hecho pueda modificar el carácter irregular de la indemnización por traslado percibida de una sola vez, ni perjudicar su fiscalidad negando la aplicación de la reducción que reglamentariamente se contempla».

Estándose en cuanto al fondo más de acuerdo con la posición del TEAR de la Comunidad Valenciana, debe reconocerse no obstante que la misma, a imagen de lo que sucede *a contrario* con la de la DGT y el TEAC, se fundamenta exclusivamente en la interpretación que del artículo 11.1 letra a) del RIRPF hace este otro órgano, sin ofrecerse ningún otro elemento que justifique tal exégesis del precepto.

En este sentido, creemos que existe al menos un argumento de interpretación sistemática que justificaría la necesidad de considerar separadamente los diversos RT percibidos a efectos de la aplicación o no de beneficios fiscales sobre algunos de estos.

Concretamente, si partimos de que el artículo 19.1 de la LIRPF, al ordenar la deducción de los gastos, no distingue entre distintos tipos de RT, entendemos que si el vigente artículo 11.2 del RIRPF [«cuando el contribuyente obtenga en el mismo periodo impositivo rendimientos derivados de un trabajo que permita computar un mayor gasto deducible de los previstos en el segundo y tercer párrafo de dicha letra f) y otros rendimientos del trabajo, el incremento del gasto deducible se atribuirá exclusivamente a los rendimientos íntegros del trabajo señalados en primer lugar»] obliga a considerar separadamente, a efectos de aplicar el mayor gasto deducible por *movilidad geográfica* o por *discapacidad*, los RT susceptibles y RT no susceptibles de disminuirse por tales conceptos, ¿por qué no realizar entonces tal diferenciación cuando se trata de aplicar la reducción del 40% *ex* letra a) del artículo 11.1 del RIRPF? O con otras palabras, ¿por qué no pueden distinguirse las distintas retribuciones que percibe el trabajador con motivo de su traslado para comprobar si las mismas son imputables o no a un único periodo impositivo y, por tanto, pueden aplicar la reducción del 40%?

A tenor del mandato del vigente artículo 11.2 del RIRPF, creemos que no basta para responder a la anterior pregunta aducir que la literalidad de la letra a) del artículo 11.1 del RIRPF –que como el resto de letras de este precepto está redactada en plural– exige, por tal hecho, que se consideren conjuntamente todas las cantidades percibidas por el trabajador con motivo de su traslado para verificar que las mismas, globalmente, cumplen el requisito fundamental para aplicar de la reducción del 40%, la imputación temporal a un único periodo impositivo. Si el vigente artículo 11.2 del RIRPF permite diferenciar RT atendiendo a su origen para aplicar sobre unos y no otros un mayor gasto deducible, debería igualmente permitirse distinguir entre RT atendiendo a su imputación temporal para aplicar sobre unos y no otros la reducción del 40%, lo contrario, tomando las palabras del TEAR de la Comunidad Valenciana, sería tanto como perjudicar la fiscalidad de ciertas retribuciones por traslado negándoles la reducción que reglamentariamente se contempla para las mismas cuando, separadamente consideradas, «se imputen en un único periodo impositivo».

### 3.3. LA CONVENIENCIA DE ADAPTAR LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y OTROS PACTOS REGULADORES DE LAS RETRIBUCIONES EN SU PUESTOS DE TRASLADO: EXTENSIÓN Y PERDURABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL TEAC

No obstante lo dicho en el epígrafe anterior, a pesar de poder defenderse (creemos) que las retribuciones por traslado deben considerarse separadamente de cara a su imputación temporal a los efectos del artículo 11.1 del RIRPF, debe concluirse que, vista la Resolución del TEAC de 10 de septiembre de 2015, convendría que los convenios colectivos, en su caso, contemplaran la satisfacción en un mismo año natural de todas las cantidades a percibir por los trabajadores con motivo de su traslado, pues, a tenor de la doctrina sentada por el tribunal, será difícil en caso con-

trario aplicar la reducción del 40% que para tales cantidades, si resultan exigibles en un mismo año, prevé la referida letra a) del artículo 11.1 del RIRPF.

Y se dice que será difícil pues, al tratarse de una resolución a un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, la doctrina sentada por el TEAC, como destaca el propio centro directivo, «tendrá carácter vinculante para toda la Administración tributaria, tanto del Estado como de las comunidades y ciudades con estatuto de autonomía» *ex* artículo 242.4 de la Ley General Tributaria.

Finalmente, además, la vigencia de la doctrina sentada por el TEAC no se ve afectada *ratione temporis* en la medida en que el mandato del litigioso artículo 11.1 letra a) del RIRPF se reproduce *mutatis mutandis* en el vigente artículo 12.1 letra a) del RIRPF con la sabida disminución de la reducción del 40 al 30%.

## CUESTIONES A DEBATE...

(Ponencia del Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria)

### FACTURACIÓN ELECTRÓNICA

**María del Carmen Cámara Barroso**

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario. UDIMA*

---

#### EXTRACTO

Como es por todos sabido, la era digital no conoce fronteras, habiéndose extendido el uso de las tecnologías de la información y la comunicación a las relaciones de los particulares con las Administraciones públicas (y, en particular, con la Administración tributaria, cuya sede electrónica cada vez ofrece más posibilidades). En este contexto, un aspecto de notable interés (y que, evidentemente, tiene importantes repercusiones en el ámbito tributario) es el uso de la factura electrónica (cuya obligatoriedad, tanto en el ámbito de las relaciones privadas como público-privadas, es cada vez mayor) frente a la factura tradicional.

Por ello, el **Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria** que se imparte en el CEF ha querido dedicar una de sus últimas ponencias de este curso académico al estudio de la facturación electrónica. Durante el transcurso de la misma se analizaron las últimas novedades en esta materia, que pasamos a resumir brevemente en las siguientes páginas.

El presente artículo es resumen de la conferencia impartida por Bartolomé Borrego Zabala, vocal responsable de la División de Nuevas Tecnologías en la Delegación Especial de la AEAT en Andalucía, Ceuta y Melilla, que tuvo lugar los pasados 26 y 30 de noviembre de 2015.

**Palabras claves:** certificado digital, contratación pública, FAcE y factura electrónica.

---

## ISSUES TO DEBATE...

### E-INVOICING

María del Carmen Cámara Barroso

---

#### ABSTRACT

As we all know, the digital age has no limits, having extended the use of the information and communications technology in dealings with Public Administrations (and, in particular, with Tax Authorities, whose website progressively offers more options). In this context, an issue of considerable interest (and that obviously has important implications in the field of taxation) is the use of electronic invoices (whose enforceability, both in the field of private and public-private relationships, is increasing) in contrast with conventional invoices.

Consequently, the **Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria** that is taught in the CEF decided to dedicate one of its last presentations of this academic year to the study of the electronic invoice. During the course of the same were discussed the latest changes in this field, which we will summarize briefly in the following pages.

This article is a summary of the conference given by Bartolomé Borrego Zabala, vocal responsable de la División de Nuevas Tecnologías en la Delegación Especial de la AEAT in Andalucía, Ceuta and Melilla, which took place on November 2015.

**Keywords:** digital certificate, public procurement, FACe and electronic invoice.

---

---

## Sumario

1. Antecedentes y fundamentos
2. Regulación normativa
3. Gestión de las facturas
4. Sistemas de facturación electrónica admitidos a efectos fiscales
5. Formatos de ficheros de facturas
6. Inspección tributaria y facturación electrónica

**NOTA:** Sobre estas y otras cuestiones relevantes en materia tributaria se recomienda especialmente la lectura de dos de los blogs de los que es autor Bartolomé BORRERO: [www.procedimientos telematicos.com](http://www.procedimientos telematicos.com) y [www.recursosprofesionales.info](http://www.recursosprofesionales.info)

## 1. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

A nadie escapa el importante ahorro en costes (directos –papel, impresión, ensobrado y envío– e indirectos –simplificación administrativa, rapidez, tiempo, espacio, mayor facilidad de cumplimiento con la normativa en materia de protección de datos, etc.–) que supone la facturación electrónica frente a la convencional<sup>1</sup>.

Pero antes de seguir avanzando, nos surge el siguiente interrogante: ¿Qué debemos entender por «factura electrónica»? A grandes rasgos, podemos definir la «factura electrónica» como todo aquel documento electrónico que sustituye a la factura convencional y que tiene un valor legal idéntico al de esta<sup>2</sup>.

Junto con el de *factura electrónica* podemos encontrarnos con otros conceptos como los de *factura telemática* (que no aparece definida como tal a nivel legal, pero que es el término que se utiliza para referirse al régimen de facturación en general –frente al de factura electrónica, que es el que encontramos en el cuerpo del texto normativo–) o *factura digital* (que sería toda aquella factura electrónica en la que se utiliza una *firma digital*).

Así, en cuanto a los requisitos legales que deben exigirse a las facturas electrónicas, podemos destacar los siguientes: (i) necesidad de un consentimiento expreso (verbal o escrito) e *informado* (Informe de la DGT de 16 de enero de 2013) del destinatario, dado el carácter técnico de la misma; (ii) *autenticidad del origen*; (iii) *integridad de su contenido*; y (iv) *legibilidad*.

---

<sup>1</sup> De un informe elaborado por la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación del Gobierno de las Islas Baleares en el marco del Proyecto Factura Solidaria en Baleares se desprende que, mientras que el coste de facturación convencional unitario asciende (aproximadamente) a 1,5 euros para el emisor y a 1 euro para el receptor, en el caso de facturación telemática, el coste para el emisor y el receptor se reduce, respectivamente, a 0,10 y 0 euros.

<sup>2</sup> La Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, que no tiene carácter tributario, la define en su artículo 1 como un «documento electrónico que cumple con los requisitos legal y reglamentariamente exigibles a las facturas y que, además, garantiza la *autenticidad de su origen y la integridad de su contenido*, lo que impide el repudio de la factura por su emisor» (la cursiva es nuestra). Por su parte, el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, la define en su artículo 9 como «aquella factura que se ajuste a lo establecido en este reglamento y que haya sido *expedida y recibida* en formato electrónico» (la cursiva es nuestra). Sobre el modo de cumplimiento de estos requisitos incidiremos a continuación.

Si atendemos a lo dispuesto en el Real Decreto 1619/2012, donde se exige que, para que nos encontremos ante un escenario de facturación electrónica, es necesario que tanto se haya *expedido* como *recibido* en formato electrónico, podemos encontrarnos con una serie de «situaciones intermedias» entre la facturación convencional y la electrónica.

Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que la copia del expedidor no se imprima, almacenándose en lo que ha venido a denominarse «matriz de facturas», enviándose al receptor en papel. En estos casos, sí, por el contrario, la factura es generada, enviada por el expedidor y recibida por el destinatario en formato electrónico, nos encontraríamos ante un verdadero sistema de facturación electrónica.

Además, cabe también la posibilidad de que, en el caso de recibir una factura electrónica, el receptor pueda imprimirla, para conservarla en papel, añadiéndole, al objeto de dotarla de validez legal, una serie de «marcas gráficas» que garanticen la autenticidad de los datos que en ella se contienen (y que señalaremos a continuación).

Por último, sería también posible que el receptor digitalizase la factura recibida en papel bajo un procedimiento de digitalización certificada, y aunque no estaríamos propiamente ante una factura electrónica, a efectos de su conservación, bastaría con el mantenimiento del fichero en cuestión. Aunque con este sistema no utilizamos factura electrónica, sin embargo, la conservación de la factura tradicional sí se lleva a cabo por medios electrónicos, si bien, para que esta digitalización tenga validez, es necesario utilizar un *software* homologado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT).

## 2. REGULACIÓN NORMATIVA

En lo que a la regulación normativa de la factura electrónica se refiere, podemos identificar los cuatro siguientes bloques: (i) *fase de implantación* (en la que cabe destacar la –ya derogada– Orden de 22 de marzo de 1996 por la que se dictan las normas de aplicación del sistema de facturación telemática previsto en el art. 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y desarrollado en el art. 9 bis del RD 2402/1985, de 18 de diciembre); (ii) *fase de expansión* (en la que cabe destacar la –ya derogada– Orden HAC/3134/2002, de 5 de diciembre, sobre un nuevo desarrollo del régimen de facturación telemática previsto en el art. 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y en el art. 9 bis del RD 2402/1985, de 18 de diciembre); (iii) *fase de simplificación* (en la que cabe destacar el RD 1619/2012); y (iv) *fase de obligatoriedad* (en la que cabe destacar la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público –y la modificación que esta ha operado en la Ley 56/2007–).

En cuanto a la forma en que se ha articulado esta última fase (*fase de obligatoriedad*), conviene distinguir entre la obligatoriedad operada en las relaciones con el sector público y la que rige en las operaciones dentro del sector privado.

En lo que a la obligatoriedad en el sector público se refiere, la Ley 25/2013 (que pretende, a través de la reducción de la morosidad de las Administraciones públicas y la promoción de la factura electrónica en el sector empresarial español, mejorar la competitividad de las empresas españolas a través de la protección del proveedor) define su ámbito de aplicación subjetivo en el artículo 2, donde se señala que «lo previsto en la presente ley será de aplicación a las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones públicas»<sup>3</sup>. Por su parte, el artículo 4 de esta misma ley, que entró en vigor el 15 de enero de 2015, señala cuáles son los proveedores que están obligados al uso de la factura electrónica –y, en consecuencia, a su presentación a través del *punto general de entrada de facturas* que corresponda–<sup>4</sup>.

Por lo que respecta a los puntos generales de entrada de facturas electrónicas que deben utilizarse para que los proveedores puedan presentarlas y lleguen electrónicamente al órgano administrativo a que corresponda su tramitación, debemos destacar FACe, que se erige como el punto general de entrada de facturas electrónicas de la Administración General del Estado a través del cual los proveedores presentan sus facturas electrónicas obligatoriamente desde el 15 de enero de 2015<sup>5</sup>. Se prevé la posibilidad de que FACe pueda ser utilizado por otras Administraciones públicas –de forma gratuita– como su propio punto general de entradas de facturas electrónicas. En el caso de que estas decidan utilizar un punto general de entrada de facturas electrónicas independiente, deberán justificar ante la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas el motivo de su no adhesión a FACe<sup>6</sup>.

Por último, señalar que, en lo que a la obligatoriedad en el sector público se refiere, en la Ley 25/2013 se prevé la posibilidad de que las Administraciones públicas puedan excluir *reglamentariamente* (no de forma automática) de esta obligación de facturación electrónica a las facturas

<sup>3</sup> A los efectos de lo previsto en esta ley tendrán la consideración de Administraciones públicas los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>4</sup> Estas entidades serían las siguientes: sociedades anónimas; sociedades de responsabilidad limitada; personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica; establecimientos permanentes y sucursales de entidades no residentes en territorio español en los términos que establece la normativa tributaria; uniones temporales de empresas; agrupación de interés económico, fondo de pensiones, fondo de inversiones, etc.

<sup>5</sup> Junto con el artículo 6 de la Ley 25/2013, la regulación de FACe se contiene en las siguientes órdenes ministeriales: (i) Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público; (ii) Orden HAP/1074/2014, de 24 de junio, por la que se regulan las condiciones técnicas y funcionales que debe reunir el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas; y (iii) Orden HAP/1650/2015, de 31 de julio, por la que se modifican la Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, y la Orden HAP/1074/2014, de 24 de junio, por la que se regulan las condiciones técnicas y funcionales que debe reunir el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas.

<sup>6</sup> Pese a ello, se han habilitado numerosas plataformas distintas de FACe, existiendo en la actualidad, según lo dispuesto en un Informe de SERES, más de 1.500 puntos generales de acceso.

cuyo importe sea de hasta 5.000 euros; sin embargo, esta posibilidad se prevé exclusivamente para el Estado, las comunidades autónomas y los municipios de Madrid y Barcelona.

En lo que a la obligatoriedad en el sector privado se refiere, la disposición final segunda de la Ley 25/2013 ha introducido un nuevo artículo 2 bis en la Ley 56/2007, en virtud del cual, a partir del 15 de enero de 2015, las empresas que presten servicios de *especial trascendencia*<sup>7</sup> deberán expedir y remitir facturas electrónicas en sus relaciones con empresas y particulares que acepten recibirlas (consentimiento expreso e informado) o que las hayan solicitado expresamente.

Además, junto con estos servicios de especial trascendencia, se prevé que el Gobierno pueda ampliar el ámbito de aplicación de este artículo a empresas o entidades que no presten al público en general servicios de especial trascendencia económica en los casos en que se considere que deban tener una interlocución telemática con sus clientes o usuarios, por la naturaleza de los servicios que prestan, y emitan un número elevado de facturas.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del sector público, donde no se ha previsto régimen sancionador alguno, en el ámbito privado, las empresas que, estando obligadas a ello, no ofrezcan a los usuarios la posibilidad de recibir facturas electrónicas o no permitan el acceso de las personas que han dejado de ser clientes, a sus facturas, serán sancionadas con apercibimiento o una multa de hasta 10.000 euros.

### 3. GESTIÓN DE LAS FACTURAS

Una vez analizado el panorama que, en la actualidad, existe en materia de obligatoriedad, nos parece interesante señalar una serie de aspectos, que entendemos de especial trascendencia, en lo que a la gestión de las facturas se refiere.

Por lo que respecta al *envío* de las facturas electrónicas (siempre que el destinatario haya dado su consentimiento expreso y el medio utilizado para la transmisión garantice los requisitos de autenticidad, integridad y legibilidad), estas pueden ser remitidas a los destinatarios tanto por el obligado a su expedición como por un tercero en nombre del anterior<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 56/2007, se entiende que las empresas que prestan servicios de especial trascendencia son las siguientes: servicios de comunicaciones electrónicas a consumidores; servicios financieros destinados a consumidores; servicios de suministro de agua a consumidores; servicios de suministro de gas al por menor; servicios de suministro eléctrico a consumidores finales; servicios de agencias de viajes; servicios de transporte de viajeros por carretera, ferrocarril, por vía marítima, o por vía aérea; y actividades de comercio al por menor. No obstante, las agencias de viajes, los servicios de transporte y las actividades de comercio al por menor solo están obligadas a emitir facturas electrónicas cuando la contratación se haya llevado a cabo por *medios electrónicos*.

<sup>8</sup> A día de hoy es muy habitual la utilización de plataformas de facturación, que realizan las funciones de expedición, envío y conservación de las facturas electrónicas.

En lo que se refiere la *recepción* de las facturas electrónicas, se hace necesaria la realización de los siguientes trámites: (i) verificación de la autenticidad e integridad previa a su anotación en los libros, para lo que será necesario disponer de dispositivos de verificación de firma que adviertan de aquellos certificados que pudieran estar caducados, revocados o suspendidos en el momento de la expedición; (ii) volcado de la información de las facturas en un único libro-registro de facturas recibidas, si bien, la normativa prevé que se puedan habilitar series diferentes de facturas en caso de utilizar facturas electrónicas; y (iii), finalmente, tratamiento de la información (para el trasvase de la información contenida en la factura al sistema contable).

Por último, en lo que a la *conservación* de las facturas electrónicas se refiere, podrá llevarse a cabo por el propio obligado (empresario o profesional o sujeto pasivo) o por un tercero en nombre de este<sup>9</sup>. Se prevé la posibilidad de que las facturas electrónicas puedan almacenarse en su formato original (fichero en formato electrónico) o en papel impreso (siempre que incluyan *marcas de autenticación gráficas* –PDF-417– o *códigos de referencia*). Además, como hemos señalado arriba, se permite la conservación en formato electrónico de las facturas tradicionales previa digitalización de la factura con un *software* homologado por la AEAT.

#### 4. SISTEMAS DE FACTURACIÓN ELECTRÓNICA ADMITIDOS A EFECTOS FISCALES

En cuanto a los sistemas de facturación electrónica admitidos a efectos fiscales, como ya hemos señalado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8 del Real Decreto 1619/2012, las facturas podrán expedirse por cualquier medio, en papel o en formato electrónico, que permita garantizar al obligado a su expedición la *autenticidad de su origen* (esto es, la identidad del obligado a su expedición y del emisor de la factura), la *integridad de su contenido* (esto es, que el mismo no ha sido modificado) y su *legibilidad*, desde su fecha de expedición y durante todo el periodo de conservación.

En ese mismo artículo se señala que, en particular, la autenticidad del origen y la integridad del contenido de la factura podrán garantizarse mediante los *controles usuales de gestión* de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo, siempre que permitan crear una *pista de auditoría fiable* que establezca la necesaria conexión entre la factura y la entrega de bienes o prestación de servicios que la misma documenta.

Además, el artículo 10 del Real Decreto 1619/2012 prevé que dicha autenticidad e integridad puedan quedar garantizadas por alguna de las siguientes formas: (a) mediante una firma

---

<sup>9</sup> En el caso de que el tercero no esté establecido en la Península, Islas Baleares, Canarias, Ceuta, Melilla o en un país con el que exista un instrumento jurídico de asistencia mutua en materia de cobro de créditos y en la lucha contra el fraude, se requerirá su previa comunicación a la AEAT.

electrónica avanzada (*factura digital*); (b) mediante un intercambio electrónico de datos (EDI); o (c) mediante otros medios que los interesados hayan comunicado a la AEAT con carácter previo a su utilización y hayan sido validados por la misma. Analicemos brevemente cada uno de ellos:

- Sistemas basados en firma electrónica. La autorización se entiende automáticamente concedida si se utiliza el sistema de firma electrónica avanzada permitida por la AEAT y publicada en su página web. Es conveniente (aunque no obligatorio) incorporar un *sello de tiempo* –entendido este como un procedimiento a través del cual un «tercero de confianza» determina el momento en que se ha producido un determinado trámite electrónico, tanto en su emisión como en su recepción–. Como sabemos, pueden ser firmantes tanto las personas físicas como jurídicas (a través de su representante persona física). La importancia de la utilización de este sistema frente a otros radica en el hecho de que la factura firmada tiene valor probatorio en juicio y otorga una mayor seguridad técnica y jurídica.
- Sistemas de intercambio electrónico de datos (EDI). Es utilizado por grandes empresas (Mercadona, El Corte Inglés...). En estos casos, donde no se necesita firma electrónica, la factura se deposita en el centro servidor y cada usuario lo descarga de allí. Cabe destacar la necesidad de que la plataforma esté homologada por la AEAT y la solicitud de autorización de utilización del mismo por parte de la empresa que desee utilizar dicha plataforma para el envío de facturas electrónicas.
- Sistema bajo autorización previa. Solicitud de autorización a la AEAT indicando los elementos que permitan garantizar la autenticidad del origen e integridad del contenido de las facturas o documentos sustitutivos remitidos.
- Sistemas basados en controles usuales de gestión que permitan crear una pista de auditoría fiable<sup>10</sup>. La existencia de estos sistemas permitiría, por ejemplo, que una simple factura en pdf sin firma electrónica sea válida (eso sí, careciendo de valor probatorio en caso de juicio). Incluso en estos casos, si queremos dotar de seguridad jurídica a nuestras operaciones, es recomendable acudir a la tercera vía (sistema bajo autorización previa) para obtener la «validez a priori» del sistema.

## 5. FORMATOS DE FICHEROS DE FACTURAS

En lo que a los formatos de ficheros de factura se refiere, debemos distinguir entre el régimen de voluntariedad, donde existe una libertad de formatos informáticos a efectos tributarios, y el régimen de obligatoriedad. Dentro de este último, a su vez, habrá que distinguir entre el ámbi-

---

<sup>10</sup> Para aclarar el contenido de dichos conceptos jurídicos indeterminados nos remitimos a la lectura de la Consulta Vinculante de la DGT V0861/2014, de 28 de marzo (NFC050605), y a las Consultas del Informe n.º 134267 y n.º 134268 de la AEAT.

to privado, donde igualmente existe una libertad de formatos informáticos a efectos tributarios, y el ámbito público (contratación con el sector público estatal), donde únicamente puede utilizarse el formato Facturae<sup>11</sup> ([www.facturae.es](http://www.facturae.es)).

El sitio web de Facturae, mantenido por la Administración y adaptado a la normativa vigente, incorpora toda la información relativa a dicho formato y, entre sus utilidades, ofrece un programa de ayuda que permite, entre otras, la realización de las siguientes actividades: generación de facturas; validación de facturas; remisión de facturas a FACe (o por *e-mail*).

Por lo que respecta a FACe (<https://face.gob.es>), Punto General de Entrada de facturas de la Administración General del Estado, señalar que el mismo permite la remisión de facturas (individual, no por lotes) así como la consulta del estado de tramitación de sus facturas presentadas a aquellos organismos de las administraciones que estén dadas de alta en el sistema.

## 6. INSPECCIÓN TRIBUTARIA Y FACTURACIÓN ELECTRÓNICA

Un último aspecto, no menos importante, sobre el que conviene hacer una mención, es el relativo a la Inspección tributaria ante las facturas electrónicas, ya que la normativa establece que deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) garantizarse la legalidad de las facturas; (ii) facilitar, a requerimiento de la Administración tributaria, el descifrado y la decodificación de datos no autoexplicativos en su caso; (iii) el acceso completo en línea; (iv) su carga remota; y (v) su utilización por parte de la AEAT a solicitud de esta sin demora injustificada.

<sup>11</sup> Así, el artículo 5 de la Ley 25/2013 establece que «las facturas electrónicas que se remitan a las Administraciones públicas deberán tener un formato estructurado y estar firmadas con firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.1 a) del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación». Por su parte, la disposición adicional segunda de esta ley establece que «en tanto no se apruebe la orden ministerial prevista en el artículo 5, las facturas electrónicas que se remitan a las Administraciones públicas se ajustarán al formato estructurado de la factura electrónica Facturae, versión 3.2, y de firma electrónica conforme a la especificación XML Advanced Electronic Signatures (XAdES)». El último formato de Facturae (3.2.1) ha sido aprobado por la Resolución de 21 de marzo de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 10 de marzo de 2014, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y de las Secretarías de Estado de Hacienda y de Presupuestos y Gastos, por la que se publica una nueva versión, 3.2.1, del formato de factura electrónica «facturae».

## ¿LA SOSTENIBILIDAD GENERA VALOR? UN ANÁLISIS DE LOS BANCOS EUROPEOS COTIZADOS EN EL DOW JONES SUSTAINABILITY INDEX EN EL PERIODO 2003-2013

**Elisa Aracil Fernández**

*Doctora. Profesora de la Universidad Pontificia Comillas-ICADE*

**Francisco Forcadell Martínez**

**Joaquín López Pascual**

*Doctores. Profesores de la Universidad Rey Juan Carlos*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña Ana María MARTÍNEZ PINA, don Hilario ALBARRACÍN SANTA CRUZ, don Manuel GAGO ARECES, doña Susana GAGO RODRÍGUEZ y don Manuel VILLASALERO DÍAZ.

---

### EXTRACTO

Este artículo examina si la Responsabilidad Social Corporativa (RSC en lo sucesivo) conduce hacia una mejora del rendimiento en el sector bancario europeo, pretendiendo además determinar si esta relación es estable durante los distintos ciclos económicos. Este documento proporciona evidencia sobre la relación entre la RSC y el rendimiento en el sector bancario, incluyendo datos desde el 2003 hasta el 2013. La sostenibilidad corporativa o RSC se mide por la pertenencia al Dow Jones Sustainability Index Europe (DJSI). El artículo se centra, además, en el efecto de la RSC sobre la rentabilidad económica en comparación con otros estudios que estiman el impacto de la RSC en el precio de las acciones.

Aunque existe una gran cantidad de literatura que vincula la RSC y el ROAA, este no es el caso para el sector bancario. La mayoría de los estudios se han realizado sobre múltiples industrias, pero muy pocos se han dedicado específicamente al sector bancario. Esta industria está inmersa en una campaña destinada a mejorar su imagen y la percepción de sus clientes, en especial después de la crisis financiera y los escándalos relacionados con la gestión de ciertas entidades. Es necesaria una mejora de la reputación de la industria, y la RSC puede constituir una vía interesante para recuperar la confianza del público en el corto plazo. En el medio plazo, la RSC es una estrategia esencial para la supervivencia de cualquier negocio, una fuente de ventaja competitiva, además de un detonante de mejoras en los resultados económicos, tal y como indican nuestras conclusiones.

Las conclusiones de nuestro análisis sugieren que las políticas de RSC tienen un impacto positivo en los retornos de los bancos. En otras palabras, la adopción de políticas que se centran en responsabilidad social mejoran directamente el desempeño de los bancos europeos. También tomamos en consideración los efectos de la crisis financiera en dicha relación. Nuestros resultados presentan implicaciones interesantes a tener en cuenta tanto por los equipos gestores de estas compañías como por el resto de partes interesadas, o *stakeholders*.

**Palabras claves:** RSC, bancos, Dow Jones Sustainability, desempeño económico y ROA.

---

*Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015*

## SUSTAINABILITY AND VALUE CREATION: AN ANALYSIS OF EUROPEAN BANKS LISTED IN DJSI OVER THE PERIOD 2003-2013

Elisa Aracil Fernández

Francisco Forcadell Martínez

Joaquín López Pascual

---

### ABSTRACT

This article examines if Corporate Social Responsibility (CSR hereafter) leads to improved performance in the European banking sector. Additionally, it seeks to answer whether this relationship is stable over economic cycles. This paper provides evidence on the link between CSR and performance in the banking sector, including data from 2003 to 2013. Corporate Sustainability or CSR is measured by the membership of the Dow Jones Sustainability Index Europe (DJSI). In addition, it focuses on the effect of CSR over economic returns in comparison to other studies that estimate the impact of CSR on stock prices.

Even though there is a vast amount of literature linking CSR and CFP, this is not the case for the banking sector. Most studies have been done over multiple industries, and very few are specifically set on the banking sector. This industry is increasingly focusing on boosting its public image and client perception, especially after the recent economic crisis and management scandals. A shift in reputation is needed and CSR may be an interesting tool to recover public confidence in the short term. In the medium term, CSR is an essential key strategy to survive and a source of competitive advantage, leading to improved returns as suggested by our results.

Our findings suggest that CSR policies do have a positive contribution to banks' returns. In other words, the adoption of policies that focus on social responsibility directly improves European banks performance. We also take into consideration the effects of the financial crisis on the relationship. Our results have implications in terms of banks' management and stakeholder approach to these institutions.

**Keywords:** CSR, banks, Dow Jones Sustainability, economic return and ROA.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. RSC y rendimiento
3. Sostenibilidad, *benchmarking* y bancos
4. Análisis
5. Conclusiones

Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde principios de este siglo han surgido numerosos estudios vinculando la RSC y la evolución financiera, pero pocos de ellos están dedicados exclusivamente al sector bancario. Hace unos años, la RSC no estaba en la lista de prioridades, ya que la actividad bancaria es, en principio, neutra desde el punto de vista social y medioambiental. Hoy en día, tras una de las crisis económicas más profundas de la historia moderna, que fue iniciada por los problemas del sector financiero, los bancos perciben la RSC como un medio idóneo para restaurar su imagen y credibilidad. En la actualidad, la RSC para el sector financiero debe ser un mandato indispensable, y no una opción. El objetivo de este estudio es el análisis de la relación entre estrategias de RSC y retornos en el sector financiero. Los resultados económicos deberían mejorar tras aplicar políticas de RSC, como consecuencia de una mejora de las ventas debido a nuevos clientes, atracción de talento, o debido a una reducción de costes y mejora en la gestión de riesgos. Adicionalmente, CARROLL (1979), BRAMMER y PAVELIN (2005), MINOR y MORGAN (2011), y HUR, KIM y WOO, (2014) justificaron que la RSC tiene un impacto sobre la reputación.

Los estudios disponibles sobre la relación entre RSC y retornos dedicados al sector financiero son reducidos y enfocan la cuestión desde un punto de vista diferente. Nuestro análisis empírico sugiere que los bancos involucrados en políticas de RSC se benefician de una mejora en términos de ROAA. Adicionalmente, hemos tomado en consideración los efectos de la desaceleración económica iniciada en 2008, que modificó la estructura de la industria, para estudiar la vinculación entre RSC y retornos. El resultado es que las políticas sostenibles durante el periodo 2008-2013 no contribuyeron a una mejora en el ROAA de los bancos.

La estructura de este estudio se describe a continuación. En el siguiente epígrafe se tratará la relación entre RSC y retornos económicos en los diferentes estudios publicados. Posteriormente se expondrán los diferentes motivos por los que tiene sentido que un banco sea sostenible. Seguidamente se presentarán las proposiciones, composición de la muestra y datos seleccionados para delimitar la relación entre RSC y retornos. Finalmente, concluimos con los resultados más importantes de nuestra investigación y sus implicaciones, además de sugerir futuras áreas de análisis que pueden considerarse a partir de los datos de este estudio.

## 2. RSC Y RENDIMIENTO

El principal problema con respecto a la idoneidad de las políticas de RSC radica en la medida de sus beneficios, y cómo conducen a mejorar los rendimientos económicos. De hecho, la razón

última por la que las empresas consideran la RSC como estratégica son los beneficios económicos que debería proporcionar. Por tanto, la RSC debe constituir una estrategia de crecimiento para los próximos años. La literatura existente ha señalado múltiples vías por las cuales la RSC puede conducir hacia un mejor desempeño. PORTER y KRAMER (2006) sostienen que la RSC lleva aparejada una serie de ventajas competitivas. SEN y BHATTACHARYA (2001) destacan que, bajo ciertas condiciones, la RSC provoca reacciones positivas del consumidor, creando una nueva forma de diferenciarse de la competencia y ganar cuota de mercado entre aquellos individuos que valoran las cuestiones ambientales y sociales al tomar una decisión de compra. LII y LEE (2012) concluyeron que ciertas actividades de RSC afectan a la percepción del cliente hacia la empresa y mejoran la imagen de marca. Además, en caso de crisis producto-daño, KLEIN y DAWAR (2004) demostraron que los consumidores favorecen a aquellas empresas comprometidas con políticas de RSC. La Responsabilidad Social Corporativa también tiene beneficios en términos de empleo, reclutamiento y retención de talento, como demostraron TURBAN y GREENING (1996) y más recientemente GLAVAS y KELLEY (2014). Asimismo, las estrategias de RSC permiten el acceso a mejores condiciones de financiación según CHENG, IOANNOU y SERAFEIM (2014). Más específicamente, JIRAPORN *et al.* (2014) demostró que las políticas de RSC tienen una influencia en la mejora de las calificaciones crediticias de la firma. Además, es una herramienta para mejorar la gestión y reducir los riesgos, ya que tiene un efecto «asegurador» (GODFREY, MERRILL y HANSEN, 2009). Como MARGOLIS *et al.* (2009) señalan, «la mala gestión, en caso de ser descubierta, tiene un efecto más pronunciado en el rendimiento financiero que la buena gestión (...). Las empresas por lo tanto, serán penalizadas al tomar decisiones incorrectas, por lo que puede tener sentido minimizar la posibilidad de incurrir en errores costosos».

Los estudios empíricos en este ámbito han adoptado criterios heterogéneos para medir la sostenibilidad y el rendimiento económico y financiero (diferentes enfoques de la RSC y también diferentes ratios contables o financieros para medir el desempeño financiero, así como diferente horizonte temporal al considerar RSC y retornos). A pesar de ello, la mayoría de los estudios parecen confirmar un vínculo positivo entre la RSC y el resultado económico. Para analizar la relación entre la RSC y resultados, RAZA *et al.* (2012) publicaron un metaanálisis de la literatura en esta área desde 1972 hasta el 2012. Otro metaestudio de ORLITZKY, SCHMIDT y RYNES (2003) muestra una asociación positiva entre RSC y retornos. La misma conclusión fue alcanzada por VAN BEURDEN y GOSSLING (2008) en su estudio de la literatura, indicando que «la buena ética es un buen negocio». Una revisión más extensa de literatura es la realizada por MARGOLIS *et al.* (2007, 2009), que revisaron 251 estudios, encontrando una pequeña, pero positiva, relación entre RSC y retornos. De hecho, los estudios que muestran una relación positiva entre RSC y retornos son compatibles con el concepto de «hacerlo bien para hacer el bien» (GODFREY, 2005; PORTER y KRAMER, 2011). Esto se basa en la idea de que teniendo en cuenta las necesidades de un amplio grupo de partes interesadas, incluyendo no solo los clientes, empleados y accionistas sino un grupo más amplio como comunidad, gobierno, ONG y medios de comunicación, se crea valor para el accionista debido a mejores resultados económicos o a una reducción de los riesgos.

ECCLES *et al.* (2012) evidenció que las empresas altamente sostenibles superan significativamente a los competidores que aplican leves o nulas políticas de sostenibilidad. Este estudio sugiere que las empresas pueden adoptar políticas de RSC sin sacrificar la rentabilidad económica.

ca, y, además, demuestra que el desarrollo de una cultura empresarial sostenible puede ser una fuente de ventaja competitiva en el largo plazo.

La literatura sobre este asunto también ha demostrado (VAN DER LAAN *et al.*, 2008) que hay un efecto asimétrico en la relación RSC y desempeño. Los impactos negativos derivados de la ausencia o formulación incorrecta de las políticas de RSC tienen un efecto mucho mayor en los resultados (negativamente) que los efectos positivos de la RSC, que influyen de manera mucho más reducida a los resultados. Además, hay autores que concluyen que la relación entre la RSC y el desempeño no es lineal sino que tiene una forma de U invertida (BARNETT y SALOMON, 2006). En este caso, existe un nivel óptimo de RSC y cualquier desviación respecto a ese punto lleva aparejada una reducción en los resultados económicos.

A raíz de los argumentos anteriores, sugerimos que existe un vínculo positivo entre la RSC y el desempeño de un banco. Sin embargo, la mayoría de la literatura existente deliberadamente excluye el sector financiero, afirmando que su modelo de negocio es diferente. Como consecuencia, hay pocos estudios que investigan la relación entre la RSC y el desempeño en el sector bancario, como es el caso de SIMPSON y KOHERS (2002), SOANA (2011), CARNEVALE y MAZZUCA (2014). SCHOLTENS (2009) desarrolló un marco analítico para evaluar la conducta de responsabilidad social de los bancos internacionales. CHIH *et al.* (2010) también hizo una contribución interesante centrándose en los factores determinantes de la RSC dentro de la industria bancaria. SAN JOSÉ (2011) propuso un nuevo indicador para diferenciar los bancos éticos del resto de bancos. SOANA (2011) investigó las correlaciones entre RSC y ratios bancarios económicos y contables. Por su parte, CARNEVALE y MAZZUCA (2014) sostienen que los bancos que proporcionan memorias de sostenibilidad obtienen una mejor evolución en el precio de sus acciones.

### 3. SOSTENIBILIDAD, BENCHMARKING Y BANCOS

Según el programa UNEP de Naciones Unidas, la inversión responsable explícitamente reconoce la relevancia de los factores ambiental, social y de gobernabilidad (comúnmente denominados ESG por sus siglas *Environmental, Social and Governance*) como una parte fundamental a la hora de determinar los componentes y el rendimiento de una inversión en el medio y largo plazo<sup>1</sup>. Los fondos de Inversión Socialmente Responsables (ISR de ahora en adelante) se gestionan incluyendo en las decisiones criterios extrafinancieros. Esta es una de las áreas de más rápido crecimiento en la industria de gestión de activos<sup>2</sup>, ya que los mercados descuentan que las

<sup>1</sup> UNEP *United Nations Environment Programme*, traducido al castellano como PNUMA, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Principios de inversión responsable (PRI), del Pacto Mundial de las Naciones Unidas o *Global Compact*.

<sup>2</sup> *Eurosif* afirma en su estudio sobre ISR en Europa 2014 que las inversiones socialmente responsables continúan creciendo a un ritmo más rápido que las inversiones tradicionales.

políticas de RSC pueden crear valor a largo plazo y, por tanto, constituyen una buena estrategia de inversión. MACKAY, MACKAY y BARNEY (2007) sostienen que una mejora en las prácticas socialmente responsables de una compañía aumenta el potencial alcista de sus acciones, debido, entre otras razones, al aumento de la demanda de este tipo de activos. De hecho, el interés de los inversores hacia la categoría de activos ISR muestra la creciente importancia de las políticas de RSC en el ámbito financiero. Por tanto, la ISR puede ser considerada como una prueba del apoyo que confieren los mercados financieros a las estrategias de RSC.

Como resultado de la creciente demanda de los inversores, en los últimos años se han creado índices bursátiles relacionados con este tema de inversión, que incluyen por tanto empresas gestionadas según los criterios de RSC. *Dow Jones Sustainable Index* es un ejemplo de estos índices, que recoge la evolución de las empresas que cumplen con los estándares financieros y de ESG previamente definidos.

Desde el punto de vista de las compañías, la inclusión en estos índices es difícil, y se subordina a la evaluación de las políticas de RSC por un calificador externo a la empresa, en este caso, la gestora de índices *Dow Jones*. Las empresas incluidas en estos índices son reconocidas como líderes de sostenibilidad en sus respectivos sectores y se benefician de la creciente demanda de productos relacionados con la sostenibilidad (LO y SHEU, 2007). El apetito inversor hacia este tipo de productos sostenibles puede conducir, *ceteris paribus*, a un mejor desempeño de las acciones frente a la evolución de los precios de empresas no sostenibles.

La literatura existente respecto a la banca sostenible y los resultados no es extensa, ya que la adopción de iniciativas de gestión sostenible por parte del sector financiero es relativamente reciente. La razón principal obedece a que las actividades bancarias tradicionales son, en principio, neutrales con respecto al medio ambiente, ya que se trata de la producción de servicios no contaminantes. Recordemos que el negocio bancario tradicional se basa en la intermediación entre unidades económicas deficitarias (faltas de recursos) y excedentarias (unidades ahorradoras o con superávit de recursos). Es decir, los bancos toman depósitos del público, vía cuentas corrientes e imposiciones a plazo fundamentalmente, para posteriormente transformarlos en préstamos. La banca constituye un sector muy relevante en las economías modernas ya que influye en el grado de desarrollo económico de un país (CULL, DEMIRGÜÇ-KUNT y LIN, 2013), debido, entre otros motivos, a que el acceso a la financiación conduce a la creación de empresas y, con ello, a un mayor crecimiento económico. La labor de intermediación que desarrollan los bancos explica que este sector determine, en mayor medida, la composición sectorial del PIB, ya que deciden cómo distribuir los recursos financieros. Consecuentemente, el concepto de banca sostenible puede ser examinado desde una doble perspectiva: interna y externa. En el primer caso nos referimos a los factores económicos, sociales y de buen gobierno que deben ser implementados en la gestión diaria de cualquier empresa. En el segundo caso, se trata de un concepto más amplio que incluye el impacto social y ambiental de los bancos al asignar recursos financieros. Los Principios del Ecuador o *Equator Principles*, 2003, son un conjunto de principios y normas para promover la financiación hacia actividades socialmente responsables y

respetuosas con el medio ambiente<sup>3</sup>. Los bancos que voluntariamente los suscriben se comprometen a integrar criterios sociales y medioambientales en sus decisiones de financiación y evaluación de riesgos. WRIGHT, C. (2012) cuantifica el impacto de los Principios del Ecuador sobre las prácticas en materia social, medioambiental y de gobierno de los bancos internacionales. En la misma línea, ZEIDAN *et al.* (2015) presentaron una herramienta que permite mejorar las prácticas de concesión de préstamos por parte de las instituciones financieras, basada en aspectos ambientales y sociales. Adicionalmente, los principios GRI (*Global Reporting Initiative*) de la ONU incluyen normas específicas de publicación de memorias de sostenibilidad, denominadas SPI-Finance 2002 (*Social Performance Indicators*). Por otra parte, tras la reciente desaceleración económica, la imagen y reputación de estas entidades se ha deteriorado drásticamente, de tal forma que la opinión pública en general considera que los bancos han sido la principal causa de la crisis, y por el contrario, lejos de pagar por ello, han recibido ayudas. La idea que subyace en general es que los bancos estaban mal gestionados e infravaloraron sus riesgos, causando la crisis económica que hemos padecido, y, a pesar de ello, recibieron inyecciones de capital masivas. Entretanto, la economía real empezó a resentirse debido a la desaceleración del crédito y, como resultado, el desempleo creció rápidamente hasta las elevadas tasas que estamos padeciendo hoy. Por todo lo expuesto, hay un claro problema de imagen y reputación en el sector, que ha empujado a los bancos a adoptar políticas de RSC para rehabilitar su imagen, en el corto plazo, y para mejorar los resultados en el medio plazo. Se hace necesaria una mejora en la reputación de estas entidades, y la RSC puede ser una de las herramientas para conseguirlo. Hoy en día, prácticamente todo el sector presenta informes sobre cuestiones no financieras, como se demuestra por el creciente número de bancos que publican informes de sostenibilidad. Esta situación contrasta profundamente con el *statu quo* de hace unos años, cuando RSC no estaba en la agenda para la mayoría de los bancos.

#### 4. ANÁLISIS

En línea con los argumentos anteriores, proponemos la siguiente cuestión relacionada con RSC y rendimiento:

**Proposición 1.** *Las actividades de RSC tienen un efecto positivo sobre el desempeño de los bancos.*

Adicionalmente, nuestro objetivo es investigar los efectos de la recesión económica sobre la relación entre RSC y retornos económicos. Al principio de la crisis, algunos académicos debatieron respecto al impacto que el nuevo contexto macroeconómico provocaría sobre la inversión en RSC (por ejemplo, FERNÁNDEZ-FEIJÓO, 2009). Algunos consideraron que, al atravesar

---

<sup>3</sup> Equator Principles, 2003 (revisados en 2006 y 2013).

importantes dificultades económicas, las empresas tenderían a reducir costes redundantes para preservar la rentabilidad, incluyendo el recorte de presupuesto para actividades relacionadas con la RSC, por considerarse superflua. Paralelamente, otros autores pronosticaron que las empresas estratégicamente comprometidas con la gestión socialmente responsable mantendrían el gasto en esta área, a pesar de las dificultades relacionadas con el entorno económico. Específicamente en el sector financiero no hay estudios previos sobre el efecto de la RSC en los retornos durante las depresiones económicas, con la excepción de CARNEVALE y MAZZUCA (2014), quienes sí estudiaron, para los bancos europeos, el impacto de la RSC en el desempeño en entornos de crisis, hasta el segundo trimestre de 2011. La posibilidad de que las políticas de RSC permitan preservar el valor de mercado de la empresa en periodos de crisis fue analizada por DUCASSY (2013), sobre empresas francesas cotizadas desde 2007 hasta mediados de 2009. En nuestro caso, consideramos que debe tenerse en cuenta la influencia de la crisis cuando se vincula RSC y desempeño económico, especialmente en relación con el sector bancario que tan duramente ha sido golpeado por la recesión económica. De acuerdo a estas consideraciones, proponemos dos cuestiones alternativas sobre la influencia de la crisis económica en la relación entre RSC y retornos:

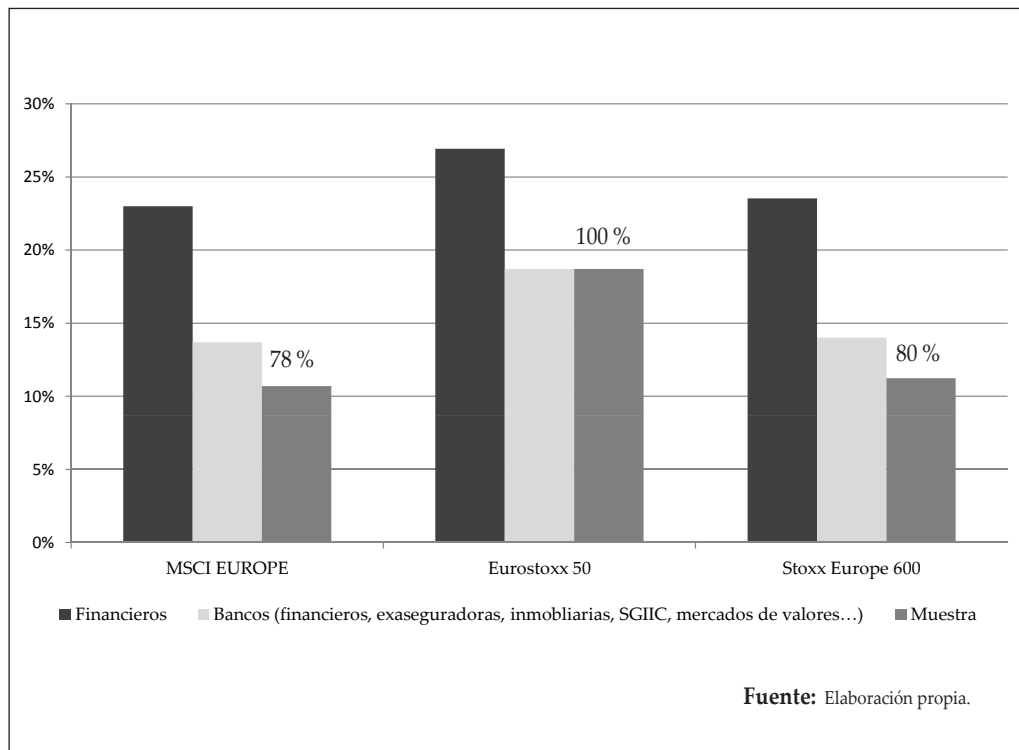
**Proposición 2.A.** *En un periodo de recesión económica, las actividades de RSC tienen un efecto positivo sobre el desempeño del banco.*

**Proposición 2.B.** *En un periodo de recesión económica, las actividades de RSC tienen un efecto negativo sobre el desempeño del banco.*

Al objeto de verificar las cuestiones anteriores hemos elegido 18 bancos europeos cotizados que además han formado parte del índice *Dow Jones Sustainability* (DJSI) en la última década. Los motivos por los que solo incluimos entidades cotizadas son dos: en primer lugar porque las entidades cotizadas proveen una mayor cantidad de datos y, en segundo lugar y más importante, porque la mayoría de las empresas del sector están cotizadas. En el contexto de la industria financiera hemos analizado los bancos comerciales y de inversión, dejando aparte aseguradoras, Reit, conglomerados, bolsas de valores y otras instituciones que formalmente están comprendidas dentro de la clasificación de sector financiero, pero que consideramos no relevantes a los efectos de este artículo.

Es importante señalar que los bancos europeos incluidos en la muestra son las 18 mayores instituciones del sector que han formado parte de los DJSI durante al menos un periodo en la última década. Estas empresas están diversificadas geográficamente, todas ellas están sometidas a la normativa bancaria de Basilea y, muy recientemente, todas comparten un supervisor común tras la Unión Bancaria en la UE (octubre de 2014). Los bancos que componen nuestro universo representan una muestra uniforme que permite extrapolar las conclusiones de este estudio al resto de bancos europeos cotizados. Si bien el número de entidades puede parecer escaso, la representatividad de esta muestra es elevada ya que explica el 80% de la capitalización bursátil del DJSI y el 80% y 100% de los índices Stoxx Europe 600 y MSCI Europe, respectivamente, como recoge la **figura 1**.

Figura 1. Representatividad de la muestra



Por su parte, la **tabla 1** compara las entidades de nuestro análisis en términos de tamaño, resultados operativos, evolución de valor de mercado, valoración, riesgo, calidad de los activos y grado de eficacia. El valor de mercado combinado de toda la muestra en 2013 es 885.200mn€, con unos activos totales de 19.800bn€ en el mismo año. El ROAA baja desde un 0,59% de media en 2007 (antes de la crisis) hasta un 0,02% de media en el 2013 (después de la crisis).

Nuestro estudio abarca 11 años, correspondientes al periodo 2003-2013. Esta elección no es al azar, sino que pretende capturar los efectos de la crisis financiera y de los periodos de expansión sobre la relación RSC y desempeño económico. Estudios anteriores sobre dicha relación aplicada al sector bancario no incluyen datos relacionados con el ciclo completo. Por ejemplo, CARNEVALE y MAZZUCA (2014) tienen un modelo de regresión que acaba al final de 2011. En nuestro caso, consideramos todas las variables hasta final del año 2013. La muestra incluye también datos de 2008 a 2013, periodo marcado por la caída sin precedentes del PIB en Europa. Estas condiciones macroeconómicas extremas podrían causar un cambio en la contribución global de la RSC al desempeño de los bancos.

Tabla 1. Principales indicadores de rendimiento para nuestra muestra de bancos europeos

Bancos	Tamaño		Activos totales '13 (% del sector)*	Desempeño de la acción 2012-2013 %	Valoración de mercado P/BV'13	Retornos		Resultados operativos Margen de intermediación '12-'13 (%)	Calidad de activos NPL/Activos totales '13 (%)	Riesgo Pago de dividendo '03-'13**	Eficiencia Costes/ingresos '13
	Capitalización bursátil'13 (% del sector)*	ROAA '07 (precrisis)				ROAA '13 (postcrisis)					
Banco Santander .....	8,33	5,75	17,12	1,0x	0,9 %	0,4 %	-13,97	3,73 %	D	50 %	
Bardays .....	5,95	8,14	32,97	0,8x	0,4 %	0,0 %	-2,84	0,84 %	D	71 %	
BBVA .....	5,85	3,00	36,52	1,2x	1,3 %	0,1 %	-3,37	4,37 %	D	52 %	
BNP Paribas .....	7,96	9,28	33,32	0,8x	0,5 %	0,2 %	-5,28	2,52 %	D	67 %	
Commerzbank .....	1,51	2,83	59,48	0,5x	0,3 %	0,0 %	-5,23	2,83 %		73 %	
Credit Agricole .....	2,63	7,93	53,16	0,5x	0,3 %	0,2 %	-6,12	0,99 %		70 %	
Credit Suisse .....	4,01	3,67	45,73	1,0x	0,6 %	0,2 %	12,03	0,21 %	D	82 %	
Deutsche Bank .....	3,99	8,31	15,42	0,6x	0,4 %	0,0 %	-6,65	0,63 %	D	89 %	
HSBC .....	16,94	10,00	1,74	1,1x	0,9 %	0,6 %	-9,74	1,88 %	D	60 %	
ING .....	4,41	5,57	41,62	0,8x	0,7 %	0,2 %	0,79	1,47 %	D	57 %	
Intesa .....	3,30	3,23	37,96	0,7x	0,6 %	(0,7 %)	-13,76	9,19 %		51 %	
Lloyds Banking Group	7,65	5,25	62,83	1,4x	0,9 %	(0,1 %)	2,68	3,17 %		53 %	
Nordea Bank .....	4,48	3,25	35,23	1,3x	0,8 %	0,5 %	-3,95	1,04 %	D	51 %	

.../...

Bancos	Tamaño		Activos totales '13 (% del sector)*	Desempeño de la acción 2012-2013 %	Valoración de mercado P/BV'13	Retornos		Resultados operativos Margen de intermediación '12-'13 (%)	Calidad de activos NPL/Activos totales '13 (%)	Riesgo Pago de dividendo '03-'13**	Eficiencia Costes/ingresos '13
	Capitalización bursátil'13 (% del sector)*	ROAA '07 (precrisis)				ROAA '13 (poscrisis)					
.../...											
Royal Bank of Scotland	5,19	6,37	2,78	0,7x	0,6%	(0,7%)	-8,37	3,19%		64%	
Societe Generale .....	3,81	6,26	52,49	0,6x	0,1%	0,1%	-7,42	2,05%		72%	
Standard Chartered .....	4,48	2,52	-15,19	1,2x	0,9%	0,7%	-3,05	1,32%	D	54%	
UBS .....	5,99	4,25	16,98	1,3x	(0,2%)	0,3%	-4,94	0,19%		88%	
Unicredit .....	3,52	4,36	45,17	0,7x	0,6%	(1,5%)	-9,07	10,11%		62%	
	100,00	100,00			0,595%	0,027%					
					(media)	(media)					

\* Como si nuestro universo fuera 100 % del sector.

\*\* D denota los bancos que nunca eliminaron el pago de dividendos durante el periodo 2003-2013. P/BV indica ratio precio sobre valor en libros; ROAA indica retorno sobre activos totales medios; NPL indica créditos dudosos y/o morosos.

Como se observa en la **tabla 1**, hemos analizado el rendimiento medido por el retorno sobre activos medios (ROAA). Los estudios previos adoptan diferentes criterios en la medida del desempeño financiero, ya sea con base en (ROA) o retorno sobre capital (ROE), o bien Q de Tobin como indicador del valor de la empresa y, por lo tanto, de sus retornos, o, finalmente, algunos análisis equiparan desempeño a la variación en el valor de mercado de la firma. Según RAZA *et al.* (2012), el 63 % de la literatura existente concluyó que RSC y desempeño están positivamente relacionados, sin embargo, este porcentaje varía dependiendo de la forma de medida de los retornos. De hecho, el 88 % de los estudios que midieron el desempeño a partir del ROE o ROA obtuvo un resultado positivo, mientras que utilizando la evolución del valor en bolsa este resultado cae a 28 %. Finalmente, no hay evidencia suficiente sobre los resultados que se obtienen utilizando otras medidas como valor de mercado sobre valor en libros o Q de Tobin, ya que el número de estudios publicados es limitado.

Según los hallazgos de SIMPSON y KOHERS (2002), el retorno sobre la media de los activos (ROAA) es un medio adecuado para determinar la rentabilidad de los bancos. El rendimiento sobre activos mide la capacidad del equipo gestor de conseguir financiación, fundamentalmente vía depósitos, a un coste razonable, y transformar dichos fondos en inversiones y préstamos rentables. Para la mayoría de los bancos, los préstamos constituyen el grueso de los activos totales, y los intereses sobre préstamos explican una elevada proporción de sus ingresos (SIMPSON y KOHERS, 2002). No utilizamos ROE porque, como SIMPSON y KOHERS destacan, en el sector bancario el ROE muestra la misma información financiera que el ROA (SIMPSON y KOHERS, 2002). En consecuencia, para determinar la relación entre la RSC y el rendimiento económico, analizaremos el ROAA como variable dependiente. Este indicador se ha empleado con anterioridad por BARNETT y SALOMON (2012), GÓMEZ y UCIEDA (2012), MARTÍNEZ (2011), SOANA (2011), VAN DER LAAN (2008), SIMPSON y KOHERS (2002), ERDMANN y CARROLL (1985).

Por otra parte, considerando la situación del sector financiero tal y como se describió anteriormente, se hace evidente el riesgo de políticas de RSC «cosméticas» en contraposición a políticas de verdadero compromiso con los aspectos sociales, medioambientales y de gobierno. Por lo tanto, a los efectos de este estudio, no se considera banco sostenible aquel que presenta informes de sostenibilidad (puesto que a día de hoy la mayoría de ellos lo hace), sino que delegamos en una empresa externa la valoración de las políticas de sostenibilidad de cada entidad. Los índices de sostenibilidad *Dow Jones* califican el grado de sostenibilidad de cada firma mediante un análisis de sus políticas sostenibles, configurando así los índices de sostenibilidad *Dow Jones* (DJSI). Las compañías incluidas en estos índices se consideran una referencia en cuanto a las mejores prácticas sostenibles en todos los sectores.

Los índices de sostenibilidad *Dow Jones* recogen la evolución de las acciones de empresas líderes mundiales en aspectos económicos, ambientales y sociales. En particular, los miembros del índice DJSI Europe son empresas europeas incluidas en el índice Dow Jones Stoxx 600 que cuentan con las puntuaciones más altas en la valoración de RSC. La reputación de los índices DJSI es ampliamente reconocida por la industria, de forma que numerosos inversores institucionales adoptan estos índices como referencia de rentabilidad para carteras de inversión en compa-

ñías sostenibles. Adicionalmente, DJSI es líder en cuanto a índices bursátiles sostenibles, como denota, por ejemplo, los activos bajo gestión de las ETF que replican dichos índices.

Para determinar la pertenencia al índice, DJSI elige a las mejores compañías de cada sector de acuerdo a diferentes criterios publicados anualmente por RobecoSAM que es la compañía que gestiona sus índices sostenibles. Por tanto, para formar parte o permanecer en el índice, las empresas tienen que intensificar continuamente sus iniciativas en materia de sostenibilidad.

De esta forma, nuestra variable de interés, la RSC, se ha medido tomando como proxy la pertenencia anual al DJSI Europe<sup>4</sup>. Sin embargo, como no existe una definición única de RSC, es posible cuantificar esta variable de acuerdo a otros indicadores. Otros estudios que vinculan la RSC con los retornos se basan en diversos recursos y criterios para determinar qué empresas son sostenibles. Por ejemplo, algunos autores consideran sostenibles aquellas empresas que presentan memorias de sostenibilidad, o, más aún, aquellas que elaboran las memorias de sostenibilidad de acuerdo a las directrices de los principios internacionales GRI. Esta metodología tenía sentido en el pasado, cuando no estaba muy extendida la elaboración de informes de RSC, sin embargo, en la actualidad es un criterio difícil de justificar ante la existencia de un número creciente de empresas que elaboran sus informes de sostenibilidad según GRI. Además, una reciente directiva de la UE<sup>5</sup> obliga a las «entidades de interés público» con más de 500 empleados a publicar un informe sobre prácticas sostenibles a partir del año 2018.

Otros criterios ampliamente utilizados en este tipo de estudios son el uso de clasificaciones por parte de consultores externos tales como los índices de reputación proporcionados por KLD *indicadores sostenibles*, que se utilizan para determinar los componentes y composición de *MSCI KLD 400 Social Index* y *FTSE KLD Europa Asia Pacifico Sustainability Index* (BARNETT y SALOMON, 2012; GODFREY *et al.*, 2009; VAN DER LAAN *et al.*, 2008). La clasificación de la revista *Fortune* (GRIFFIN y MAHON, 1997) es otra medida de RSC proporcionada por terceros, así como el *ranking 100 mejores ciudadanos* publicado por la revista *CR* (SABBAGHI y XU, 2013) o el *Índice de reputación corporativa* calculado por la *Revista Forbes*. No compartimos estos criterios ya que es importante diferenciar reputación de RSC. Aunque ambos aspectos están interconectados, reputación depende de la percepción pública mientras que la RSC depende de la voluntad de la compañía.

Algunos autores definen la sostenibilidad por la inclusión en índices éticos tales como *Índices sostenible Ethibel* (SOANA, 2011). Creemos que, aunque estos índices son interesantes, los DJSI son más rigurosos y relevantes en la industria, y, en consecuencia, clasificamos nuestro universo de compañías en bancos con sostenibilidad elevada y reducida de acuerdo a sus criterios. Por último, existen estudios que cuantifican el grado de RSC según el contenido de

<sup>4</sup> Los datos para la construcción de la muestra de bancos sostenibles al final de cada año han sido amablemente proporcionados por *Dow Jones Sustainable Indices*.

<sup>5</sup> Directiva sobre divulgación de servicios financieros e información de diversidad, septiembre de 2014.

los informes anuales, o los resultados de encuestas y cuestionarios. Frente a dicha metodología, consideramos que los datos proporcionados por una agencia calificadoradora suponen una forma menos subjetiva de medir la RSC.

De hecho, la metodología de RobecoSAM se basa en la aplicación de criterios para evaluar las oportunidades y los riesgos derivados de las dimensiones económicas, ambientales y sociales de cada una de las empresas elegibles. La guía DJSI 2014<sup>6</sup> presenta el conjunto de políticas que deben adoptar las empresas para convertirse en miembros del DJSI y, por lo tanto, para ser incluidas en nuestro grupo de bancos con sostenibilidad elevada. La distribución sectorial y geográfica de los índices se recoge en la **tabla 2**.

Tabla 2. Distribución geográfica y sectorial de DJSI Europe

Distribución geográfica	Distribución sectorial
Reino Unido 28,94 %	Finanzas 23,78 %
Suiza 19,61 %	Bienes de consumo 21,46 %
Alemania 16,58 %	Salud 13,94 %
Francia 10,13 %	Industria 12,18 %
España 8,18 %	Materiales básicos 6,90 %
Países Bajos 5,87 %	Petróleo y Gas 6,55 %
Italia 5,27 %	Servicios al consumo 6,20 %
Dinamarca 2,62 %	Telecomunicaciones 3,89 %
Suecia 1,47 %	Tecnología 2,86 %
Finlandia 0,47 %	Eléctricas 2,23 %
Noruega 0,40 %	
Portugal 0,36 %	
Bélgica 0,09 %	
<b>Fuente:</b> DJSI (enero de 2015).	

<sup>6</sup> Para obtener más información sobre la guía DJSI, consulte <http://www.sustainability-indices.com>

BELEO *et al.* (2004) resaltaron la bondad de los DJSI como proxy de la RSC, considerando el grupo RobecoSAM líder en calificación de responsabilidad social corporativa (ARTIACH *et al.*, 2010). Un elevado número de estudios sobre la vinculación RSC y desempeño financiero utiliza la pertenencia al DJSI como método para determinar la sostenibilidad de las compañías (COSTA *et al.*, 2012; ECCLES *et al.*, 2012; CHIH, *et al.*, 2010; CONSOLANDI *et al.*, 2009; LO y SHEU, 2007; LÓPEZ *et al.*, 2007). Otros estudios basados en los índices DJSI sobre la relación entre RSC y retornos agruparon la muestra de empresas distinguiendo entre baja y alta sostenibilidad. Siguiendo esa misma línea, vamos a centrar nuestro estudio en el sector bancario, que representa más del 20% de la capitalización del mercado europeo<sup>7</sup>.

Es importante destacar que la composición del DJSI se revisa anualmente, y, como tal, hemos incluido en nuestro modelo el efecto de los cambios en la composición del índice a lo largo del tiempo. En la última publicación de los integrantes del índice DJSI Europe, es notable la ausencia de bancos franceses y alemanes y la del banco HSBC, uno de los mayores en el sector. En cualquier caso, es interesante señalar que en el sector bancario los componentes han sido bastante estables durante los últimos años.

Adicionalmente, nuestro objetivo es determinar la relación entre RSC y desempeño económico durante el periodo de crisis financiera. Consideramos periodo 2003-2007 como precrisis y el periodo 2008-2013 como crisis<sup>8</sup>. De esta forma se pretende determinar el efecto que la RSC produce en los resultados del banco dependiendo de la fase del ciclo económico (crisis o no) en el año considerado.

Al analizar el desempeño económico o ROAA de las entidades objeto de estudio deben considerarse otras variables que influyen en dicha magnitud aunque no representan el centro de interés de nuestro estudio. A estos efectos, presentan especial relevancia el tamaño y el riesgo en línea con la literatura existente (MCWILLIAMS y SIEGEL, 2001; ANDERSEN y DEJOY, 2011). El riesgo es un factor importante a la hora de determinar el ROAA de una entidad financiera. Estudios previos emplean diferentes medidas de riesgo, que en nuestro caso medimos como proxy al pago de dividendo, en línea con LO y SHEU (2007). Dentro del sector bancario europeo varias instituciones han cancelado el pago de dividendos en los últimos años, a medida que aumentaba el riesgo de negocio y su situación financiera empeoraba. En efecto, durante el periodo considerado (2003-2013), el 45% de los bancos en nuestro universo no distribuyó dividendos durante uno o más años, como muestra la **tabla 1**.

En relación con el tamaño, es evidente que las grandes empresas pueden tener mayores recursos dedicados a las actividades de RSC, pero también pueden tener la tentación de ob-

<sup>7</sup> El índice DJSI Europe tenía un peso del 23,74% representado por el sector financiero (enero de 2015).

<sup>8</sup> El 18 de julio de 2007 marcó el inicio de la crisis financiera cuando el banco de inversión americano Bear Sterns suspendió reembolsos en dos de sus fondos de cobertura.

viar sus responsabilidades, actuando bajo la filosofía de *demasiado grande para quebrar*. WU (2006) publicó un metaanálisis vinculando RSC, retornos y tamaño de la empresa, encontrando una relación pequeña pero positiva en cuanto a tamaño. La mayoría de los estudios revisados incluyen activos totales o logaritmo natural de los activos totales como medida de tamaño (WADDOCK y GRAVES, 1997; SIMPSON y KOHERS, 2002; LO y SHEU, 2007; ROSSI, 2009; ECCLES *et al.* 2012; CARNEVALE y MAZZUCA, 2014), salvo algunas excepciones que aproximan tamaño al número de empleados (DUCASSY, 2013; BARNETT y SALOMON, 2011; SCHOLTENS, 2009; VAN DER LAAN, 2008). En nuestro caso analizamos el tamaño tomando como referencia los activos totales como consta en la **tabla 1**<sup>9</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Los bancos intermedian entre unidades económicas que presentan déficit y superávit de recursos. Aparentemente su actividad no es dañina desde el punto de vista social o medioambiental. Sin embargo, debido a que los bancos financian actividades económicas que tienen un impacto social y ambiental, indirectamente, tienen una responsabilidad relacionada con estos aspectos.

Desde esta perspectiva, las entidades financieras emergen como uno de los sectores donde la RSC es clave para favorecer actividades socialmente responsables, preservando las rentabilidades financieras. Un enfoque socialmente responsable por parte de este sector tendría un efecto multiplicador en la economía, así como una mejora en la reputación de estas entidades, sin olvidar el objetivo de maximizar los beneficios.

Este estudio permite avanzar en la comprensión del efecto de las políticas de RSC sobre los retornos de la industria financiera. En general, concluimos que la RSC tiene una influencia positiva en los retornos, en línea con la proposición 1. Además, consideramos el impacto de la recesión económica en dicha relación, mientras que los estudios previos en su mayoría se realizan antes de la crisis, lo que se traduce en un análisis más completo, que mide la relación de la RSC y los resultados de la banca a través del ciclo.

Concluimos que durante el periodo de crisis 2008-2013, las estrategias de RSC no condujeron a mejoras en los retornos, como resultado de la profunda crisis que hemos atravesado, verificando por tanto la proposición 2B. Sin embargo, existen limitaciones potenciales de este estudio como son los datos considerados y las medidas de ciertas variables. Por ejemplo, si la RSC se equipara a otros criterios, el modelo podría arrojar resultados diferentes. Otra limitación que es común a este trabajo y a muchos otros estudios realizados en la materia es el periodo de observación de la RSC y el rendimiento económico. En este modelo se consideran ambas

<sup>9</sup> Los datos relativos a los bancos de la muestra provienen de *Factset*. La información sobre el pago de dividendos se obtuvo de los informes anuales de las compañías.

variables referidas al mismo periodo de tiempo, sin embargo, del metaanálisis de MARGOLIS *et al.* (2007, 2009) se derivan mejores resultados en aquellos modelos que evalúan el efecto de la RSC en periodos posteriores. Desde un punto de vista empresarial, nuestro análisis global sugiere la conveniencia de invertir en políticas de RSC en el sector bancario europeo, apoyando la idea que subyace a la RSC de «hacer el bien al hacer un beneficio». Las conclusiones referentes al resultado de la RSC en tiempos de crisis pueden conducir a diferentes consideraciones. En primer lugar, en esos años las políticas de RSC no mejoraron los resultados, probablemente porque el coste de las mismas absorbió los retornos, sin embargo, es necesario medir el efecto de las mismas en periodos posteriores. En segundo lugar, se abre un debate respecto a la legitimidad de las políticas sostenibles de compañías incluidas en el índice, en el caso concreto del sector bancario cuya reputación se ha deteriorado en los años de crisis, reflejando el hecho de que quizás, a pesar de estar incluidos en un índice de sostenibilidad, no están haciendo los esfuerzos necesarios en cuanto a sostenibilidad.

Somos conscientes de la necesidad de mayores esfuerzos en el estudio de esta área, que exceden el propósito de este artículo. Futuras investigaciones deberían considerar el uso de medidas alternativas de sostenibilidad, como es la Rentabilidad Social de la Inversión (SROI).

La Inversión Socialmente Responsable es otra área interesante donde nuestros resultados pueden ser útiles para llegar a conclusiones adicionales. La importancia de estos fondos es creciente, y se hace necesario un análisis relacionado con las sociedades gestoras de estos instrumentos, que seleccionan inversiones de acuerdo a los criterios ESG y, sin embargo, podrían estar descuidando las prácticas sostenibles internamente.

---

## Bibliografía

- ABREU, M. y MENDES, V. [2002]: «Commercial banks interest margins and profitability: Evidence from some EU countries», *CISEP*, n.º 830.
- AMBEC, S. y LANOIE, P. [2008]: «Does it pay to be green? A systematic overview», *Academy of Management Perspectives*, 22, págs. 45-62.
- ANDERSEN, M. L. y DEJOY J. S. [2011]: «Corporate social and financial performance: The role of size, industry, risk, R&D and advertising expenses as control variables», *Business and Society Review*, 116:2, págs. 237-256.
- ARTIACH, T.; LEE, D.; NELSON, D. y WALKER, J. [2010]: «The determinants of corporate sustainability performance», *Accounting and Finance*, 50, págs. 31-51.
- AUPPERLE, K.; CARROLL, A. y HATFIELD, J. [1985]: «An empirical examination of the relationship between corporate social responsibility and profitability», *Academy of Management Journal*, 28:2, págs. 446-463.
- BARNETT, M. y SALOMON, R. [2006]: «Does it pay to be really good? Addressing the shape of the relationship between social and financial performance», *Strategic Management Journal*, 33, págs. 1.304-1.320.
- BELEO, S. *et al.* [2004]: «Values for money: reviewing the quality of SRI research», 1<sup>st</sup> edn., SustainAbility, Londres.
- BLODGETT, M.; HOITASH, R. y MARKELEVICH, A. [2014]: «Sustaining the Financial Value of Global CSR: Reconciling Corporate and Stakeholder Interests in a Less Regulated Environment», *Business and Society Review*, 119:1, págs. 95-124.
- BOWEN, H. [1953]: *Social responsibilities of businessman*, Harper and Brothers. Nueva York.
- BRAMMER, S. y PAVELIN, S. [2005]: «Corporate Reputation and an Insurance Motivation for Corporate Social Investment», *Journal of Corporate Citizenship*, 20, págs. 39-51.
- CARNEVALE, C. y MAZZUCA, M. [2014]: «Sustainability report and bank valuation: evidence from European stock markets», *Business Ethics: A European Review*, 23:1, págs. 69-90.
- CARROLL, A. [1999]: «Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct», *Business & Society*, 38:3, págs. 268-295.
- CHENG, B.; IOANNOU, I. y SERAFEIM, G. [2014]: «Corporate social responsibility and access to finance», *Strategic Management Journal*, 35, págs. 1-23.
- CHIH, H. L.; CHIH, H. H. y CHEN, T. [2010]: «On the Determinants of Corporate Social Responsibility: International Evidence on the Financial Industry», *Journal of Business Ethics*, 93, págs. 115-135.
- CONSOLANDI, C.; JAISWAL-DALE, A.; POGGIANI, E. y VERCELLI, A. [2009]: «Global standards and ethical stock indexes: The case of the Dow Jones Sustainability Stoxx Index», *Journal of Business Ethics*, 87:1, págs. 185-197.
- COSTA, I.; CASTELO, M. y CURTO, J. [2012]: «How does the market value corporate sustainability performance?», *Journal of Business Ethics*, 118:4, págs. 417-428.
- CULL, R.; DEMIRGÜÇ-KUNT, A. y LIN, J. [2013]: «Financial structure and economic development: A reassessment», *The World Bank Economic Review*, 27:3, págs. 470-475.
- DAHLSTRUD, A. [2008]: «How corporate social responsibility is defined: an analysis of 37 definitions», *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 15, págs. 1-13.

- DRUCKER, P. [1984]: «A new look at Corporate Social Responsibility», *McKinsey Quarterly*. Autumn 1984:4, págs. 17-28.
- DUCASSY, I. [2013]: «Does corporate social responsibility pay off in times of crisis? An alternative perspective on the relationship between financial and corporate social performance», *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 20, págs. 157-167.
- ECCLES, R.; IOANNOU, I. y SERAFEIM, G. [2012]: «The Impact of a Corporate Culture of Sustainability on Corporate Behaviour and Performance», *Harvard Business School, Working Paper*, págs. 12-035.
- ELKINGTON, J. [1994]: «Towards the sustainable corporation: win-win-win business strategies for sustainable development», *California Management Review*, 36, págs. 90-100.
- FERNÁNDEZ-FEIJÓO, B. [2009]: «Crisis and Corporate Social Responsibility: Threat or Opportunity?», *International Journal of Economic Sciences & Applied Research*, 2:1, págs. 36-60.
- FLAMMER, C. [2013]: «Corporate Social Responsibility and shareholder reaction: The environmental awareness of investors», *Academy of Management Journal*, 56:3, págs. 758-781.
- FREEMAN, R. [1984]: *Strategic management: a stakeholder approach*, Pitman Press. Boston.
- FRIEDMAN, M. [1970]: «The social responsibility of business is to increase its profits», *New York Times Magazine*, 13 de septiembre de 1970, págs. 122-126.
- GLAVAS, A. y KELLEY, K. [2014]: «The Effects of Perceived Corporate Social Responsibility on Employee Attitudes», *Business Ethics Quarterly*, 24:2, págs. 165-202.
- GLOBAL ALLIANCE FOR BANKING VALUES [2012]: *Strong, Straightforward and Sustainable Banking*, Nueva York.
- GODFREY, P. [2005]: «The Relationship between Corporate Philanthropy and Shareholder Wealth: A Risk Management Perspective», *The Academy of Management Review*, 30:4, págs. 777-798.
- GODFREY, P.; MERRILL, C. y HANSEN, J. [2009]: «The relationship between corporate social responsibility and shareholder value: an empirical test of the risk management hypothesis», *Strategic Management Journal*, 30, págs. 425-445.
- GÓMEZ CARRASCO, P. y UCIEDA BLANCO, J. L. [2012]: *La relación entre responsabilidad social y desempeño financiero. Un estudio transversal en los países de la Unión Europea*, Universidad Autónoma de Madrid.
- GREGORY, A. y WHITTAKER, J. [2013]: «Exploring the Valuation of Corporate Social Responsibility-A Comparison of Research Methods», *Journal of Business Ethics*, 116, págs. 1-20.
- GRIFFIN, J. y MAHON, J. [1997]: «The corporate social performance and corporate social responsibility debate: twenty-five years of incomparable research», *Business & Society*, págs. 36, págs. 5-31.
- HUR, W.; KIM, H. y WOO, J. [2014]: «How CSR Leads to Corporate Brand Equity: Mediating Mechanisms of Corporate Brand Credibility and Reputation», *Journal of Business Ethics*, 125:1, págs. 75-86.
- JAMAL, A.; KARIM, M. y HAMIDI, M. [2012]: «Determinants of commercial banks' return on assets: Evidence from panel in Malaysia», *International Journal of Commerce, Business and Management*, 1:3, págs. 55-62.
- JEUCKEN, M. [2001]: *Sustainable Finance and Banking*, Londres: Earthscan.
- JIRAPORN, P.; JIRAPORN, N.; BOEPRASERT, A. y CHANG, K. [2014]: «Does Corporate Social Responsibility (CSR) Improve Credit Ratings? Evidence from Geographic Identification», *Financial Management*.

- KLEIN, J. y DAWAR, N. [2004]: «Corporate social responsibility and consumers' attributions and brand evaluations in a product-harm crisis», *International Journal of Research in Marketing*, 21:3, págs. 203-217.
- LEV, B.; PETROVITS, C. y RADHAKRISHNAN, S. [2010]: «Is doing good good for you? How corporate charitable contributions enhance revenue growth», *Strategic Management Journal*, 31, págs. 182-200.
- LII, Y. y LEE, M. [2012]: «Doing right leads to doing well: When the type of CSR and reputation interact to affect consumer evaluations of the firm», *Journal of Business Ethics*, 105, págs. 69-81.
- LO, S. y SHEU, H. [2007]: «Is Corporate Sustainability a Value-Increasing Strategy for Business?», *Corporate Governance*, 15:2, págs. 268-305.
- LÓPEZ, V.; GARCÍA, A. y RODRÍGUEZ, L. [2007]: «Sustainable Development and Corporate Performance: A Study based on the Dow Jones Sustainability Index», *Journal of Business Ethics*, 75, págs. 285-300.
- MACKEY, A.; MACKEY, T. y BARNEY, J. [2007]: «Corporate Social Responsibility and firm performance: Investor preferences and corporate strategies», *Academy of Management Review*, 32:3, págs. 817-835.
- MARGOLIS, J. *et al.* [2007]: «Does it pay to be good? A meta-analysis and redirection of research on the relationship between corporate social and financial performance», *Harvard Business School. Working Paper*.
- MARGOLIS, J.; ELFENBEIN, H. y WALSH, J. [2009]: *Does it pay to be good... and does it matter? A meta-analysis of the relationship between corporate social and financial performance*, Social Science Electronic Publishing (SSRN Electronic Journal). 03/2009.
- MARTÍNEZ CAMPILLO, A. [2013]: «Responsabilidad social corporativa y resultado financiero: evidencia sobre la doble dirección de la causalidad en el sector de las cajas de ahorros», *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, 16, págs. 54-68.
- MCWILLIAMS, A. y SIEGEL, D. [2001]: «Corporate social responsibility a Theory to the Firm perspective», *Academy of Management Review*, 26:1, págs. 117-127.
- MINOR, D. y MORGAN, J. [2011]: «CSR as Reputation Insurance: PRIMUM NON NOCERE», *California Management review*, 53:3.
- ORLITZKY, M.; SCHMIDT, F. y RYNES, S. [2003]: «Corporate social and financial performance: a meta-analysis», *Organization Studies*, 24, págs. 403-441.
- PORTER, M. y KRAMER, M. [2006]: «The link between competitive advantage and corporate social responsibility», *Harvard Business Review*, diciembre 2006.
- RAZA, A.; ILYAS, M.; RAUF, R. y QAMAR, R. [2012]: «Relationship between Corporate social responsibility (CSR) and Corporate Financial Performance (CFP) literature review approach», *Elixir International Journal, Finance Management*, 46, págs. 8.404-8.409.
- ROSSI, J. L. [2009]: «What is the Value of Corporate Social Responsibility? An Answer from the Brazilian Sustainability Index», *Social Science Electronic Publishing*.
- SABBAGHI, O. y XU, M. [2013]: «ROE and Corporate Social Responsibility: Is There a Return On Ethics?», *Journal of Accounting & Finance*, 13:4, págs. 82-95.
- SAN JOSÉ, L. *et al.* [2011]: «Are ethical Banks different? A comparative analysis using the radical affinity index», *Journal of Business Ethics*, 100, págs. 151-173.
- SCHOLTENS, B. [2009]: «Corporate Social Responsibility in the International Banking Industry», *Journal of Business Ethics*, 86, págs. 159-175.

- SCHWARTZ, M. y SAHA, D. [2012]: «Should Firms Go 'Beyond Profits'? Milton FRIEDMAN versus Broad CSR», *Business & Society Review*, 117:1, págs. 1-31.
- SEN, S. y BHATTACHARYA, C. [2001]: «Does Doing Good Always Lead to Doing Better? Consumer Reactions to Corporate Social Responsibility», *Journal of Marketing Research*, 28, págs. 225-243.
- SIMPSON, G. y KOHERS, T. [2002]: «The Link Between Corporate Social and Financial Performance: Evidence from the Banking Industry», *Journal of Business Ethics*, 35, págs. 97-109.
- SOANA, M. G. [2011]: «The Relationship between Corporate Social Performance and Corporate Financial Performance in the Banking Sector», *Journal of Business Ethics*, 104, págs. 133-148.
- STIGLITZ, E. et al. [2009]: *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*, Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress.
- TAIWO, L. y ADENIRAN, T. [2014]: «Does Corporate Social Responsibility improves an Organization's financial performance: evidence from the Nigerian banking sector», *IUP Journal of Corporate Governance*, 13:4.
- TURBAN, D. y GREENING, D. [1996]: «Corporate Social Performance and organizational attractiveness to prospective employees», *Academy of Management Journal*, 40:3, págs. 658-672.
- VAN BEURDEN, P. y GOSSLING, T. [2008]: «The worth of values-A literature review on the relationship between Corporate Social and Financial Performance», *Journal of Business Ethics*, 82, págs. 407-424.
- VAN DER LAAN, G.; VAN EES, H. y VAN WITTELOOSTUIN, A. [2008]: «Corporate social and financial performance: an extended stakeholder theory, an empirical test with accounting measures», *Journal of Business Ethics*, 79, págs. 299-310.
- WADDOCK, S. y GRAVES, S. [1997]: «The Corporate social performance-financial performance link», *Strategic Management Journal*, 18:4, págs. 303-319.
- WANG, H. y CUILI, Q. [2011]: «Corporate Philanthropy and corporate financial performance: The roles of stakeholder response and political access», *Academy of Management Journal*, 54:6, págs. 1.159-1.181.
- WRIGHT, C. [2012]: «Global Banks, the Environment, and Human Rights: The Impact of the Equator Principles on Lending Policies and Practices», *Global Environmental Politics Journal*, 12:1, 56-77.
- WU, M. [2006]: «Corporate Social Performance, Corporate Financial Performance, and Firm Size: A Meta-Analysis», *Journal of American Academy of Business*, Cambridge, 8:1, págs. 163-171.
- ZEIDAN, R.; BOECHAT, C. y FLEURY, A. [2015]: «Developing a Sustainability Credit Score System», *Journal of Business Ethics*, 127:2, págs. 283-296.

## RESOLUCIÓN DEL INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS POR LA QUE SE ESTABLECEN CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL COSTE DE PRODUCCIÓN (IV)

**Javier Romano Aparicio**

*Profesor del CEF*

---

### EXTRACTO

El pasado 23 de abril de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 14 de abril de 2015, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción.

La resolución trata de delimitar y establecer los criterios para cuantificar el coste de producción, mediante el desarrollo de las referidas normas de registro y valoración del PGC y, al mismo tiempo, recoger y aclarar los criterios para determinar el coste de producción incluidos en las diferentes adaptaciones sectoriales del PGC y en las resoluciones y consultas emitidas por este Instituto.

En esta última parte se trata el estudio de las diferencias de cambio producidas en la financiación con moneda extranjera, los métodos de valoración de las existencias y el tratamiento de los servicios en curso cuando se valoran como existencias.

**Palabras claves:** diferencias de cambio y moneda extranjera.

---

## RESOLUTION OF INSTITUTE OF ACCOUNTING AND AUDIT BY ESTABLISHING CRITERIA FOR DETERMINING THE COST OF PRODUCTION (IV)

---

### ABSTRACT

Last April 23, 2015 the Resolution of the Institute of Accounting and Account audit by which criteria are established for the determination of the cost of production was published in the Official Bulletin of the State.

The resolution tries to delimit and establish the criteria to quantify the cost of production, by means of the development of the above-mentioned procedure of record and valuation of the PGC and, at the same time, to gather and clarify the criteria to determine the cost of production included in the different sectorial adjustments of the PGC and in the resolutions and consultations issued by this Institute.

In the latter part there treats itself the study of the differences of change produced in the financing with foreign currency, the methods of valuation of the stock and the treatment of the services in process when they are valued as stock.

**Keywords:** exchange differences and foreign currency.

---

---

**Sumario**

- 10. Diferencias de cambio en moneda extranjera
- 11. Métodos de valoración de las existencias
  - 11.1. Método del coste medio ponderado
  - 11.2. FIFO (primera entrada, primera salida)
  - 11.3. Aplicación de los métodos
- 12. Coste de las existencias en la prestación de servicios

## 10. DIFERENCIAS DE CAMBIO EN MONEDA EXTRANJERA

Las diferencias de cambio en moneda extranjera cuando deban imputarse a resultados se registran en las cuentas:

- 668, «Diferencias negativas de cambio».
- 768, «Diferencias positivas de cambio».

La resolución señala que por aplicación del principio del precio de adquisición, las diferencias de cambio en moneda extranjera no deben considerarse como rectificaciones del coste de producción del inmovilizado o de las existencias, salvo que puedan calificarse como un ajuste al tipo de interés de la operación.

No obstante, cuando las diferencias de cambio se produzcan en deudas en moneda extranjera destinadas a la financiación específica del inmovilizado en curso o de las existencias de ciclo largo de fabricación en curso, se deberá incorporar la pérdida o ganancia potencial como mayor o menor coste de los activos correspondientes, siempre que se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

- a) Que la deuda generadora de las diferencias se haya utilizado inequívocamente para la construcción de un inmovilizado o la fabricación de existencias, concretos e identificados.
- b) Que el periodo de construcción del inmovilizado o de fabricación de las existencias sea superior a 12 meses.
- c) Que la variación en el tipo de cambio se produzca antes de que el inmovilizado esté en condiciones de funcionamiento o que las existencias se encuentren en condiciones de ser destinadas al consumo final o a su utilización por otras empresas.

### EJEMPLO 23

La empresa Tabares, SA inicia la construcción de una nueva sede social al inicio del año 20X15 en un periodo previsto de dos años. La financiación se realiza mediante un préstamo promotor cuyo límite es de 1.000.000 de dólares. El préstamo se obtiene el 1 de enero de 20X15 y no tiene gastos de apertura, devengando unos intereses del 3 % anual por las can-

.../...

.../...

tidades dispuestas con vencimiento los días 30 de junio y 31 de diciembre de cada año. El vencimiento del préstamo es a tres años.

La primera certificación de obra se recibe en 30 de junio de 20X15 ascendiendo a 300.000 euros que son satisfechos con cargo a la cuenta del préstamo.

La segunda certificación se recibe el 1 de diciembre de 20X15 por 324.800 euros y su importe se paga con una segunda disposición del préstamo.

Los tipos de cambio han sido los siguientes:

Fechas	Tipos de cambio
01-01-20X15	1 \$ = 1 €
30-06-20X15	1 \$ = 1,2 €
01-12-20X15	1 \$ = 1,16 €
31-12-20X15	1 \$ = 1,18 €

*Se pide:*

Contabilizar las operaciones que procedan hasta el 31 de diciembre de 20X15.

**Solución**

En principio los intereses devengados por esta deuda se han de incorporar como mayor valor del inmovilizado ya que:

- Proceden de deudas específicas para la construcción de inmovilizado.
- El periodo de construcción es superior a un año.

*1 de enero de 20X15*

Por la formalización del préstamo no procede asiento alguno, ya que se trata de un préstamo de disposición gradual en el que el pasivo se registrará a medida que se utilicen fondos del mismo.

*30 de junio de 20X15*

En esta fecha se recibe y paga con cargo a la póliza la primera certificación que se recibe en el mismo momento. Tanto las instalaciones en curso (partida no monetaria) como las

.../...

.../...

deudas que las financian (partida monetaria) se valoran inicialmente por el tipo de cambio del día de la operación, según establece la NRV 11.ª del PGC «Moneda extranjera».

300.000 €/1

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
232	Construcciones en curso .....	300.000	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito ..... (250.000 \$ × 1,2 €//\$)		300.000

En relación con los intereses al no haber dispuesto a la fecha de cantidad alguna del préstamo tampoco se ha devengado cantidad alguna por lo que no procede asiento contable.

1 de diciembre de 20X15

Por la segunda certificación y su pago:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
232	Construcciones en curso .....	324.800	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito ..... (280.000 \$ × 1,16 €//\$)		324.800

31 de diciembre de 20X15

Por el devengo de los intereses y su pago, puesto que el vencimiento es en esta fecha, aplicando el tipo de cambio de la fecha de cierre:

250.000 × 3 % × 6/12 × 1,18 .....	4.425
280.000 × 3 % × 1/12 × 1,18 .....	826
Total .....	5.251

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas .....	5.251	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		5.251

.../...

.../...

Estos intereses deben capitalizarse como mayor valor del inmovilizado en curso, ya que cuando se necesita un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros que se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado material y que hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, específica o genérica, directamente atribuible a la adquisición, fabricación o construcción.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
232	Construcciones en curso .....	5.251	
764	Incorporación al activo de gastos financieros .....		5.251

Por otro lado, la NRV 11.<sup>a</sup> «Moneda extranjera» del PGC establece que para la valoración de las partidas monetarias (las deudas son una partida monetaria) al cierre del ejercicio se valorarán aplicando el tipo de cambio de cierre, entendido como el tipo de cambio medio de contado, existente en esa fecha.

Las diferencias de cambio, tanto positivas como negativas, que se originen en este proceso, así como las que se produzcan al liquidar dichos elementos patrimoniales, se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en el que surjan.

Valor contable de la deuda .....	624.800
Valor al tipo de cambio de cierre [(280.000 \$ + 250.000 \$) × 1,18] .....	625.400
Incremento de la deuda .....	600

El tratamiento general de esta diferencia sería llevarla a resultados mediante el siguiente asiento:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
668	Diferencias negativas de cambio .....	600	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito .....		600

Sin embargo, en este caso, al cumplirse las condiciones establecidas por la resolución:

- Diferencia generada por deudas utilizadas inequívocamente para la producción del inmovilizado.
- Periodo de construcción del inmovilizado superior a 12 meses.
- La variación se ha producido antes de la entrada en funcionamiento del inmovilizado.

.../...

.../...

Se integrarán como valor del mismo por lo que el asiento a realizar será:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso .....	600	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito .....		600

## 11. MÉTODOS DE VALORACIÓN DE LAS EXISTENCIAS

El coste de las existencias de productos que no sean habitualmente intercambiables entre sí, y el de los bienes y servicios producidos para proyectos específicos, se determinará a través del método de identificación específica de sus costes individuales.

### EJEMPLO 24

La empresa Maquinista, SA dedicada a la compraventa de maquinaria ha adquirido durante el último ejercicio las siguientes máquinas: máquina modelo A por 2.500 u.m.; máquina modelo B por 3.000 u.m. y máquina modelo C por 4.000 u.m. y que ha sido vendida por 5.500 u.m. El valor de las existencias iniciales era de 4.280 u.m. y también han sido vendidas durante el ejercicio.

### **Solución**

Al cierre del ejercicio, los asientos en relación con las existencias son los siguientes:

Por la eliminación de las existencias iniciales:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías .....	4.280	
300	Mercaderías .....		4.280

.../...

.../...

Las existencias finales están formadas por unidades perfectamente identificables: las máquinas A y B cuyos costes fueron 2.500 y 3.000 respectivamente, por lo que el valor total es de 5.500 u.m.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías .....	5.500	
610	Variación de existencias de mercaderías .....		5.500

Cuando se trate de asignar valor a bienes concretos que forman parte de un inventario de bienes intercambiables entre sí, se adoptará:

- Con carácter general el método del precio medio o coste medio ponderado.
- El método FIFO es aceptable y puede adoptarse si la empresa lo considerase más aceptable para su gestión.

### 11.1. MÉTODO DEL COSTE MEDIO PONDERADO

El método del coste medio ponderado determina el coste de cada unidad de producto a partir del promedio ponderado del coste de los productos similares, poseídos al principio del periodo, y del coste de los mismos artículos comprados o producidos durante el periodo.

#### EJEMPLO 25

Durante el ejercicio 20X1 Tomys, SA ha efectuado las siguientes transacciones, relativas a un determinado tipo de neumáticos que a efectos de valoración se consideran existencias no identificables:

1. Al comienzo del periodo, cuenta con 100 unidades valoradas a 100 u.m./unidad.
2. En febrero, compra 100 unidades a 100 u.m./unidad, con unos gastos de transporte y almacén que ascienden a 2 u.m./unidad.
3. En marzo, vende 150 unidades a 170 u.m./unidad.

.../...

.../...

4. En julio, compra 200 unidades a 103 u.m./unidad.
5. En septiembre, vende 100 unidades a 190 u.m./unidad.
6. En diciembre, compra 200 unidades a 105 u.m./unidad, ya incluidos los gastos de transporte.

### Solución

En estos casos al ser existencias no identificables la valoración se hace por el método del coste medio ponderado (por defecto es el recomendado del PGC) o por FIFO.

$$\text{Valor existencias finales} = \text{Número de unidades} \times \text{PMP}$$

Número de unidades:

$$\text{Iniciales} + \text{Compras netas} = \text{Vendidas (netas)} + \text{Finales}$$

$$100 + (100 + 200 + 200) = (150 + 100) + \text{Finales}$$

$$\text{Finales} = 350 \text{ unidades físicas}$$

Precio medio ponderado (PMP)

$$\frac{100 \times 100 + 100 \times 102 + 200 \times 103 + 200 \times 105}{100 + 100 + 200 + 200} = 103$$

$$\text{Valor} = 350 \text{ u.f.} \times 103 \text{ u.m./u.f.} = 36.050$$

Los registros contables al cierre del ejercicio son los siguientes:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías .....	10.000	
300	Mercaderías .....		10.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías .....	36.050	
610	Variación de existencias de mercaderías .....		36.050

## 11.2. FIFO (PRIMERA ENTRADA, PRIMERA SALIDA)

El método FIFO asume que los productos en inventarios comprados o producidos antes serán vendidos en primer lugar y, consecuentemente, que los productos que queden en las existencias finales serán los producidos o comprados más recientemente.

### EJEMPLO 26

Con los datos del ejemplo anterior determínese el valor de las existencias finales por el método FIFO.

#### Solución

El cuadro para reflejar el movimiento de las existencias es el siguiente:

Conceptos/Precios	100	102	103	105
Existencias iniciales .....	100			
Compra 1 .....		100		
<b>Existencias</b> .....	<b>100</b>	<b>100</b>		
Ventas de marzo .....	-100	-50		
<b>Existencias</b> .....	<b>0</b>	<b>50</b>		
Compra de julio .....			200	
<b>Existencias</b> .....	<b>0</b>	<b>50</b>	<b>200</b>	
Venta de septiembre .....		-50	-50	
<b>Existencias</b> .....	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>150</b>	
Compra de diciembre .....				200
<b>Finales</b> .....	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>150</b>	<b>200</b>

$$\text{Valor de las existencias finales} = 150 \times 103 + 200 \times 105 = 36.450$$

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías .....	10.000	
300	Mercaderías .....		10.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías .....	36.450	
610	Variación de existencias de mercaderías .....		36.450

### 11.3. APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS

Con carácter general, la aplicación de los métodos indicados se realizará, durante el ejercicio económico, en cada momento en que tengan lugar las correspondientes entradas y salidas de existencias. No obstante, se admitirá la aplicación de dichos métodos cada cierto periodo de tiempo, siempre que resulte necesario para la gestión propia de la empresa y de tal forma que el final del último periodo considerado coincida con la fecha de cierre del ejercicio. En cualquier caso, se deberán aplicar de forma sistemática y uniforme al conjunto de existencias de la empresa.

A efectos de la valoración de existencias, las devoluciones de compras se imputarán como menor valor de las existencias objeto de devolución; en el caso de que no fuera viable identificar las existencias devueltas se imputarán como menor valor de las existencias que correspondan de acuerdo con el método de ordenación de entradas y salidas de existencias utilizado por la empresa.

A efectos de la valoración de existencias, las procedentes de devoluciones de ventas se incorporarán por el precio de adquisición o coste de producción que les correspondió de acuerdo con el método de ordenación de entradas y salidas de existencias utilizado.

Los *rappels* por compras, es decir, descuentos y similares que se basen en haber alcanzado un determinado volumen de pedidos, así como otros descuentos originados, entre otras causas, por incumplimiento de las condiciones del pedido que sean posteriores a la recepción de la factura, se imputarán directamente como menor valor de las existencias que los causaron; si una parte de esas existencias no se pudiera identificar, los *rappels* y otros descuentos y similares se imputarán como menor valor de las existencias identificadas en proporción al descuento que les sea imputable; el resto de los *rappels* por compras y otros descuentos y similares se contabilizarán como un menor consumo minorando las compras del ejercicio.

**EJEMPLO 27**

La empresa Yoisa trabaja con existencias de tipo no identificable usando para la valoración de los almacenes el método FIFO y ha realizado en el año 20X1 su primer ejercicio económico las siguientes operaciones de compraventa:

- Compra 1: 1.000 unidades al precio unitario de 10 u.m. con unos gastos de compra unitario de 1 u.m.
- Venta 1: 800 unidades.
- Compra 2: 1.500 unidades al precio unitario de 12.
- Devolución de 100 unidades de la compra 2.
- Venta 2: 1.000 unidades.
- Devolución de la venta 2: 100 unidades.
- Al cierre del ejercicio se obtiene un *rappel* del 10 % sobre los precio de compra.

**Solución**

Conceptos/Precios	$10 \times 90\% + 1 = 10$	$12 \times 90\% = 10,8$
Compra 1 .....	1.000	
Venta 1 .....	-800	
Existencias .....	200	
Compra 2 .....		1.500
Existencias .....	200	1.500
Devolución de compras .....		-100
Existencias .....	200	1.400
Ventas .....	-200	-800
Existencias .....	0	600
Devolución de ventas .....		100
Existencias .....	0	700

.../...

.../...

En el cuadro anterior puede observarse:

- El precio inicial de la primera compra, que primeramente es de 10 más gastos de 1 se modifica como consecuencia del *rappel* del 10 % sobre el precio que se obtiene al final del ejercicio. El mismo proceso hace que el precio de la segunda compra quede en  $12 \times 90 \% = 10,8$  u.m.
- La devolución de la compra 1 es perfectamente identificable y supone una disminución del número de unidades del segundo precio que fue donde se produjo su entrada.
- La devolución de venta de 100 unidades supone una entrada de 100 unidades de existencias en el almacén. La venta en la que se originó supuso una salida de ambas columnas de precios por lo que *a priori* podrían reintegrarse en cualquiera de las columnas de los precios. En esta situación la norma indica que se incorporan en consonancia con el método de valoración utilizado y, en el caso de FIFO, entrarán en la columna del precio más reciente, es decir, la segunda.

De acuerdo con el principio de uniformidad contenido en la Primera Parte del PGC, una vez adoptado un método de valoración de existencias deberá mantenerse uniformemente en el tiempo y aplicarse para el conjunto de existencias de la empresa que presenten similares características o naturaleza. No obstante, con carácter excepcional, se podrá cambiar el método de valoración de las existencias siempre que se haya producido una modificación de las circunstancias que exija el cambio de criterio para conseguir un mejor reflejo de la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa, que debe suministrar las cuentas anuales.

En este sentido, en los cambios de criterios contables en la valoración de existencias habrá que tener en cuenta la norma de registro y valoración sobre cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables del PGC.

### EJEMPLO 28

La empresa Albatros, SA ha iniciado sus actividades el 1 de enero de 20X12, y dadas las características del tipo de existencias con la que trabaja decide utilizar el criterio FIFO. En su primer año ha realizado las siguientes operaciones:

.../...

.../...

Fecha	Operación	Unidades	Precio unitario	Gasto unitario transporte
15 de enero	Compra .....	1.000	12	0,20
31 de enero	Venta .....	800	18	
3 de abril	Compra .....	1.200	14,5	0,50
15 de abril	Devolución de la compra 3 de abril	200		
30 de junio	Venta .....	850	18	
15 de julio	Devolución venta de 30 de junio ...	50		
30 de octubre	Compra .....	900	13,00	0,00
30 de noviembre	Venta .....	1.000	18,50	

En el año 20X13 se realizan las siguientes operaciones de compraventa de mercaderías:

Fecha	Operación	Unidades	Precio unitario	Gasto unitario transporte
30 de enero	Venta .....	200	10	
1 de marzo	Compra .....	1.300	11,80	0,20
31 de marzo	Venta .....	500	18	
3 de junio	Compra .....	1.800	11,50	0,50
15 de junio	Devolución de la compra 3 de junio	300		
30 de octubre	Venta .....	1.200	19	
30 de noviembre	Compra .....	1.100	13,00	0,00
30 de diciembre	Venta .....	800	20	

El 31 de diciembre de 20X13 se decide adoptar el método de valoración a coste medio ponderado, por considerarlo más adecuado a la naturaleza de los productos de la empresa.

*Se pide:*

Contabilizar los importes de las existencias a 31 de diciembre de 20X12 y 20X13 así como el ajuste que se realizará por el cambio de criterio en la valoración de las existencias.

.../...

.../...

**Solución**

Año 20X12

La valoración de las existencias finales por FIFO para este ejercicio se obtiene de la siguiente forma:

Conceptos/Precios	12,20	15,00	13,00
Compra 15 de enero .....	1.000		
Venta 31 de enero.....	-800		
Existencias .....	200		
Compra 3 de abril .....		1.200	
Existencias .....	200	1.200	
Devolución de compra .....		-200	
Existencias .....	200	1.000	
Venta 30 de junio .....	-200	-650	
Existencias .....	0	350	
Devolución de venta .....		50	
Existencias .....	0	400	
Compra 30 de octubre .....			900
Existencias .....	0	400	900
Venta .....	0	-400	-600
Existencias finales .....	0	0	300

Valor de las existencias finales 31 de diciembre de 20X12 por método FIFO = 3.900

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías .....	3.900	
610	Variación de existencias de mercaderías .....		3.900

.../...

.../...

Año 20X13

En este año se produce un cambio de criterio en la valoración de las existencias que pasa de FIFO a PMP con efectos retroactivos por lo que el valor de las existencias al 31 de diciembre de 20X12, que también son las que hay el 1 de enero de 20X13 debe calcularse con PMP.

La valoración según PMP es la siguiente:

$$\text{PMP} = \frac{1.000 \times 12,2 + 1.200 \times 15 - 200 \times 14,5 + 900 \times 13}{1.000 + 1.200 - 200 + 900} = 13,44827586$$

Valor de las existencias 1 de enero de 20X13 por PMP =  $300 \times 13,44827586 = 4.034,48$

Con fecha 31 de diciembre de 20X13, que es en la que se ha decidido el cambio de criterio, se hará por el ajuste de las existencias iniciales que se incorporaron con un valor de 3.900.

Valor contable .....	3.900,00
Valor con el nuevo método .....	4.034,48
Incremento .....	134,48

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías .....	134,48	
113	Reservas voluntarias .....		134,48

En este sentido, la NRV 22.<sup>a</sup> del PGC señala:

«Cuando se produzca un cambio de criterio contable, que solo procederá de acuerdo con lo establecido en el principio de uniformidad, se aplicará de forma retroactiva y su efecto se calculará desde el ejercicio más antiguo para el que se disponga de información. El ingreso o gasto correspondiente a ejercicios anteriores que se derive de dicha aplicación motivará, en el ejercicio en que se produce el cambio de criterio, el correspondiente ajuste por el efecto acumulado de las variaciones de los activos y pasivos, el cual se imputará directamente en el patrimonio neto, en concreto, en una partida de reservas salvo que afectara a un gasto o un ingreso que se imputó en los ejercicios previos directamente en otra partida del patrimonio neto».

.../...

.../...

La valoración del inventario a 31 de diciembre de 20X13 por el PMP será:

$$\text{PMP} = \frac{300 \times 13,44827586 + 1.300 \times 12 + 1.800 \times 12 - 300 \times 11,50 + 1.100 \times 13}{300 + 1.300 + 1.800 - 300 + 1.100} = 12,40$$

$$\text{Valor existencias finales} = 1.500 \text{ unidades} \times 12,40 = 18.600$$

Por el reflejo de las existencias finales y la eliminación de las finales:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías .....	18.600	
610	Variación de existencias de mercaderías .....		18.600

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías .....	4.034,48	
300	Mercaderías .....		4.034,48

## 12. COSTE DE LAS EXISTENCIAS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El apartado 3 de la NRV 14.<sup>a</sup> del PGC señala como norma general que los ingresos por prestación de servicios se **reconocerán cuando el resultado de la transacción pueda ser estimado con fiabilidad**, considerando para ello el porcentaje de realización del servicio en la fecha de cierre del ejercicio. En consecuencia, solo se contabilizarán los ingresos procedentes de prestación de servicios cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

- El importe de los ingresos puede valorarse con fiabilidad.
- Es probable que la empresa reciba los beneficios o rendimientos económicos derivados de la transacción.
- El grado de realización de la transacción, en la fecha de cierre del ejercicio, puede ser valorado con fiabilidad.
- Los costes ya incurridos en la prestación, así como los que quedan por incurrir hasta completarla, pueden ser valorados con fiabilidad. La empresa revisará y, si es necesario, modificará las estimaciones del ingreso por recibir, a medida que el servicio

se va prestando. La necesidad de tales revisiones no indica, necesariamente, que el desenlace o resultado de la operación de prestación de servicios no pueda ser estimado con fiabilidad. Cuando el resultado de una transacción que implique la prestación de servicios no pueda ser estimado de forma fiable, se reconocerán ingresos, solo en la cuantía en que los gastos reconocidos se consideren recuperables.

Ahora bien, si estas condiciones no se cumplen, se contabilizarán como existencias en curso y la resolución objeto de estudio, en consonancia con lo establecido en la NRV 10.<sup>a</sup> del PGC «Existencias», señala que los criterios indicados en las normas anteriores resultarán aplicables para determinar el **coste de las existencias de los servicios**. Las existencias incluirán el **coste de producción de los servicios, en tanto no se haya reconocido el correspondiente ingreso** conforme a lo establecido en la NRV sobre ingresos por ventas y prestación de servicios del PGC.

Estos costes se componen fundamentalmente de mano de obra y otros costes de personal directamente involucrado en la prestación del servicio, incluyendo personal de supervisión y otros costes indirectos distribuibles.

La mano de obra y los demás costes relacionados con las ventas y con el personal de administración general no se incluirán en el coste de las existencias. Los costes de las existencias por prestación de servicios tampoco incluirán márgenes de ganancias ni costes indirectos no distribuibles que, a menudo, se tienen en cuenta en los precios facturados.

### EJEMPLO 29

El 1 de octubre de 20X20 la empresa Hacemoscosas firma un contrato para prestar un servicio de ingeniería cuya duración es de un año, con un precio cerrado de 500.000 u.m.

Al cierre del año 20X20 los costes incurridos son:

- 120.000 de mano de obra.
- 40.000 de servicios exteriores.

En ese mismo momento se estima que los costes pendientes de incurrir ascienden a 240.000 u.m.

Durante el año 20X21 los costes incurridos han sido:

- 120.000 de mano de obra.
- 80.000 de servicios exteriores.

El servicio es terminado en la fecha prevista.

.../...

.../...

Se pide:

Contabilizar las operaciones anteriores según el grado de avance.

### Solución

Año 20X20

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios .....	120.000	
62	Servicios exteriores .....	40.000	
57	Tesorería .....		160.000

Al cierre del ejercicio se imputa el ingreso (se conoce que son 500.000 en total) en función del porcentaje de realización:

$$\text{Porcentaje de realización} = \frac{\text{Costes incurridos}}{\text{Costes incurridos} + \text{Costes pendientes previstos}}$$

$$\text{Porcentaje} = \frac{160.000}{160.000 + 240.000} \times 100 = 40 \%$$

$$\text{Ingreso a contabilizar en el 20X20} = 500.000 \times 40 \% = 200.000$$

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Clientes .....	200.000	
705	Prestaciones de servicios .....		200.000

$$\text{Resultado del año 20X20} = 200.000 - 160.000 = 40.000$$

Año 20X21

Por los gastos incurridos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios .....	120.000	

.../...

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
62	Servicios exteriores .....	80.000	
57	Tesorería .....		200.000

Por la facturación de este año (no es necesario calcular el grado de avance porque ya se acaba el servicio):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Clientes .....	300.000	
705	Prestaciones de servicios (500.000 - 200.000) .....		300.000

$$\text{Resultado de 20X21} = 300.000 - 200.000 = 100.000$$

### EJEMPLO 30

Supongamos los mismos datos que en el ejemplo anterior pero al cierre del ejercicio 20X20 no es posible determinar el grado de avance.

#### Solución

Si en una prestación de servicios al cierre del ejercicio no se pueden estimar los costes pendientes con fiabilidad o no se pueden estimar los ingresos futuros (por ejemplo porque no se conoce el precio), **el importe de los costes incurridos se activan como existencias en curso.**

Año 20X20

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios .....	120.000	
62	Servicios exteriores .....	40.000	
57	Tesorería .....		160.000

.../...

.../...

Al cierre del ejercicio los servicios incurridos se registran como existencias por el coste incurrido:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
335	Productos en curso .....	160.000	
710	Variación de existencias de productos en curso .....		160.000

$$\text{Resultado del año 20X20} = 160.000 - 160.000 = 0$$

Año 20X21

Por los gastos incurridos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios .....	120.000	
62	Servicios exteriores .....	80.000	
57	Tesorería .....		200.000

Por la entrega del servicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Clientes .....	500.000	
705	Prestaciones de servicios .....		500.000

Al cierre del ejercicio por la eliminación de la existencia inicial de la cuenta 330.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
710	Variación de existencias de productos en curso .....	160.000	
330	Productos en curso .....		160.000

$$\text{Resultado de 20X21} = 500.000 - 360.000 = 140.000$$

# PRIMER EJERCICIO RESUELTO EN LA OPOSICIÓN PARA TÉCNICOS DE HACIENDA DEL GOBIERNO DE NAVARRA (II)

**Fernando Vallejo Torrecilla**

*Licenciado en Ciencias Empresariales*

(Supuestos propuestos en la Oposición para Técnicos de Hacienda del Gobierno de Navarra. Convocatoria de 4 de septiembre de 2014).

---

## Sumario

- Caso 4. Contabilidad financiera y de sociedades.** Análisis de empresa exportadora.
- Caso 5. Contabilidad financiera y de sociedades.** Fusión de dos sociedades.
- Caso 6. Matemáticas financieras.** Préstamos y empréstitos.

## CASO PRÁCTICO NÚM. 4

### Contabilidad financiera y de sociedades

#### ANÁLISIS EMPRESA EXPORTADORA

Iberfood, SA, empresa constituida en 1998 y con sede en Salamanca, es una de las pocas compañías dedicadas a la introducción de productos típicos de la gastronomía española en el mercado japonés. Iberfood se ve obligada a facturar a la mayor parte de sus clientes en yenes. Del depósito de cuentas de Iberfood correspondiente al ejercicio 2013 se ha obtenido la siguiente información:

#### Balance de situación final (Importes en miles de euros)

Activo	2013	2012	Patrimonio neto y pasivo	2013	2012
<b>A) Activo no corriente</b>			<b>A) Patrimonio neto</b>		
I. Inmovilizado intangible .	100	80	A-1) Fondos propios		
II. Inmovilizado material ...	2.410	2.100	I. Capital suscrito .....	1.600	1.600
IV. Inversiones financieras en empresas del grupo	1.100	900	III. Reservas .....	230	80
<b>B) Activo corriente</b>			VII. Resultado del ejercicio	195	298
II. Existencias .....	540	500	A-3) Subvenciones oficiales de capital .....	49	56
III. Deudores .....	800	620	<b>B) Pasivo no corriente</b>		
VII. Efectivo y otros .....	296	38	II. Proveedores inmovilizado	590	0
			IV. Pasivo por impuesto diferido .....	21	24
			<b>C) Pasivo corriente</b>		
			III. Deudas entidades crédito	1.788	1.260
			V. Acreedores comerciales .	700	800
			6. Hacienda Pública, acreedora impuesto sobre beneficios	73	120
<b>Total .....</b>	<b>5.246</b>	<b>4.238</b>	<b>Total .....</b>	<b>5.246</b>	<b>4.238</b>

## Cuenta de pérdidas y ganancias (Importes en miles de euros)

	Año 2013	Año 2012
1. Importe neto de la cifra de negocios (1) .....	7.728	8.000
3. Trabajos realizados para el inmovilizado intangible .....	20	20
4. Aprovisionamientos (1) .....	(4.956)	(5.000)
6. Gastos de personal .....	(1.072)	(1.072)
7. Otros gastos de explotación .....	(1.268)	(1.268)
8. Amortizaciones .....	(200)	(200)
9. Subvención capital transferida al resultado ejercicio .....	10	10
11. Resultado por enajenación del inmovilizado .....	20	0
<b>A.1) Resultado de explotación .....</b>	<b>282</b>	<b>490</b>
13. Gastos financieros .....	(204)	(64)
16. Deterioro cartera control .....	200	0
<b>A.2) Resultado financiero .....</b>	<b>(4)</b>	<b>(64)</b>
<b>A.3) Resultado antes de impuestos .....</b>	<b>278</b>	<b>426</b>
17. Impuesto sobre beneficios .....	(83)	(128)
<b>A.5) Resultado del ejercicio .....</b>	<b>195</b>	<b>298</b>

(1) 42.000 unidades físicas en 2013 y 40.000 en 2012.

## Estado de flujos de efectivo (Importes en miles de euros)

	Año 2013
<b>A) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN</b>	
1. Resultado del ejercicio antes de impuestos .....	278
2. Ajustes del resultado	
a) Amortización del inmovilizado .....	200
	.../...

	Año 2013
.../...	
b) Correcciones valorativas por deterioro .....	(200)
d) Imputación de subvenciones .....	(10)
e) Resultados por bajas y enajenaciones del inmovilizado .....	(20)
h) Gastos financieros .....	204
3. Cambios en el capital corriente	
a) Existencias .....	(40)
b) Deudores y otras cuentas a cobrar .....	(180)
d) Acreedores y otras cuentas a pagar .....	(100)
4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación	
d) Pagos por impuesto sobre beneficios .....	(130)
5. Flujos de efectivo de las actividades de explotación (1 + 2 + 3 + 4) .....	2
<b>B) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVERSIÓN</b>	
6. Pagos por inversiones	
b) Inmovilizado intangible .....	(20)
c) Inmovilizado material .....	(30)
7. Cobros por desinversiones	
c) Inmovilizado material .....	110
8. Flujos de efectivo de las actividades de inversión (6 + 7) .....	60
<b>C) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN</b>	
10. Cobros y pagos por instrumentos de pasivo financiero	
a) Emisión	
2. Deudas con entidades de crédito .....	344
11. Pagos por dividendos	
	.../...

	Año 2013
.../...	
a) Dividendos .....	(148)
12. Flujos de efectivo de las actividades de financiación (10 + 11) .....	196
<b>D) EFECTO DE LAS VARIACIONES DE LOS TIPOS DE CAMBIO .....</b>	<b>-</b>
<b>E) AUMENTO NETO DEL EFECTIVO O EQUIVALENTES .....</b>	<b>258</b>
Efectivo o equivalentes al comienzo del ejercicio .....	38
Efectivo o equivalentes al final del ejercicio .....	296

De la memoria se extrae la siguiente información:

- El inmovilizado financiero recoge el 100% de las acciones de Inmobal, SA, empresa inmobiliaria adquirida en 2007 como consecuencia de la estrategia de diversificación de negocio de Iberfood. Dichas acciones fueron suscritas por un precio de adquisición de 1.100.000 euros, incluidos los gastos de adquisición, y fueron posteriormente corregidas por deterioro como consecuencia de la crisis inmobiliaria. Al cierre de 2013 Iberfood ha encargado a Valonda, SA un estudio de tasación basado en la estimación de flujos de caja futuros que ha dado como resultado un valor en uso de entre 1.200 y 1.300 miles de euros. Deloitte, auditor de Iberfood, SA, ha puesto un párrafo de énfasis en su informe de auditoría con respecto de dicho estudio.
- El capital social de Iberfood, SA está muy diversificado ya que la empresa cotiza en Bolsa.
- El único pasivo bancario que tiene la empresa se corresponde con una línea de crédito a corto plazo con el BBVA, de renovación anual, y cuyos intereses se liquidan cargándose en esa misma cuenta de crédito cada 31 de diciembre. El BBVA ha empezado a poner retenciones a la renovación debido a los valores que está tomando el fondo de rotación de la empresa.

Del informe de gestión se extraen los siguientes titulares:

- «Las medidas de política adoptadas en Japón para reactivar el crecimiento económico son bastante peligrosas».
- «Los precios de venta (expresados en yenes) se han mantenido estables entre 2012 y 2013».
- «Iberfood ha venido negociando mejores precios con sus proveedores conforme avanzaba el año 2013».

- «El mercado japonés muestra un creciente interés por los productos típicos de la gastronomía española».

### *Trabajo a realizar:*

Aplice la metodología de descomposición de la rentabilidad-riesgo (teniendo en cuenta el efecto impositivo) y redacte un informe sobre las razones que justifican la evolución de la rentabilidad financiera de la compañía entre 2012 y 2013.

Su informe deberá estructurarse en los siguientes apartados:

1. Evolución de la rentabilidad financiera y descomposición de primer nivel (rentabilidad económica y efecto apalancamiento financiero).
2. Rentabilidad económica funcional y extrafuncional.
3. Descomposición de la rentabilidad económica funcional.
4. Análisis por descomposición del fondo de rotación.
5. Interpretación del estado de flujos de efectivo y su relación con la evolución de la rentabilidad/riesgo.

(**Nota importante:** Ante la falta de datos para años anteriores a 2012, deberá usted tomar los datos del balance a valores finales en lugar de valores medios).

## **SOLUCIÓN**

### **ANÁLISIS DE EMPRESA EXPORTADORA**

Antes de proceder a desarrollar una posible resolución, hay que tener en cuenta que el análisis que se presenta a continuación tiene un enfoque puramente contable, ya que se obtiene a partir de los estados financieros externos presentados por la entidad. No hay datos sobre otras empresas del sector ni sobre las políticas y objetivos de la empresa, de forma que se puedan comparar datos tomando como referencia otros. Otro aspecto a tener en cuenta es que, salvo en aspectos concretos o en determinadas ratios cuyo uso está ya muy extendido (podiera decirse, incluso, que «normalizado»), algunos aspectos son susceptibles de diversos enfoques. Basta con ver cualquier manual sobre la materia para constatar la diversidad que hay. Cabe añadir, por último, que dado

que la información es limitada, hay que establecer una serie de presunciones y la clasificación de determinadas partidas en epígrafes concretos puede ser discutible, o cuando menos variable, en función del objetivo que se persiga con el análisis realizado.

## 1. EVOLUCIÓN DE LA RENTABILIDAD FINANCIERA Y DESCOMPOSICIÓN DE PRIMER NIVEL (RENTABILIDAD ECONÓMICA Y EFECTO APALANCAMIENTO FINANCIERO)

A efectos de análisis, es necesario modificar la presentación de los estados financieros.

El balance se puede sintetizar así (en miles de euros):

Activo	2013	2012	Patrimonio neto y pasivo	2013	2012
Activo funcional .....	4.146	3.338	Patrimonio neto .....	2.074	2.034
Activo extrafuncional .....	1.100	900	Pasivo no corriente .....	611	24
			Pasivo corriente .....	2.561	2.180
Total .....	5.246	4.238	Total .....	5.246	4.238

- En el activo no operativo se han incluido las inversiones financieras en empresas del grupo, ya que la actividad de la sociedad Inmobal es el negocio inmobiliario, no teniendo nada que ver, por tanto, con los ingresos de las operaciones de Iberfood.
- Las subvenciones de capital se han incluido en el patrimonio neto, aunque también cabe la posibilidad de descontarlas del activo subvencionado, a efectos del análisis financiero.

En cuanto a la cuenta de resultados, de cara al análisis financiero, se presenta con algunos cambios sobre el modelo oficial, ya que determinados conceptos de gasto o ingreso deben ser re-clasificados para el análisis de las rentabilidades económica y financiera.

Así, por ejemplo, las subvenciones traspasadas al resultado son, en realidad, una compensación de la amortización del bien subvencionado y, en este mismo sentido, los trabajos realizados para el inmovilizado suponen una neutralización de los gastos por naturaleza en los que se ha incurrido para la obtención del elemento elaborado por la propia empresa. También se presentan aparte los gastos e ingresos que no son estrictamente de las operaciones, como los procedentes del inmovilizado (aunque en este caso, al ser de importe reducido, también podían haberse presentado entre los gastos de la operación) y la reversión del deterioro de la cartera, que se asocia con los activos extrafuncionales.

Conceptos	2013	% s/ingresos	2012	% s/ingresos	% Variación 2013/2012
Ingresos netos de operación (ventas) ....	7.728	100,00	8.000	100,00	-3,40
- Coste de ventas .....	(4.956)	64,13	(5.000)	62,50	-0,88
<b>Margen bruto .....</b>	<b>2.772</b>	<b>35,87</b>	<b>3.000</b>	<b>37,50</b>	<b>-7,60</b>
- Gastos de operación (1) .....	(2.510)	32,48	(2.510)	31,38	0,00
<b>Margen de operación .....</b>	<b>262</b>	<b>3,39</b>	<b>490</b>	<b>6,12</b>	<b>-46,53</b>
+ Otros ingresos (2) .....	220	2,85	0	0,00	-
<b>BAIT .....</b>	<b>482</b>	<b>6,24</b>	<b>490</b>	<b>6,12</b>	<b>-1,63</b>
- Gastos financieros .....	(204)	2,64	(64)	0,80	+218,75
<b>BAT .....</b>	<b>278</b>	<b>3,60</b>	<b>426</b>	<b>5,32</b>	<b>-34,74</b>
- Impuesto sobre el beneficio .....	(83)	-	(128)	-	-
<b>Beneficio neto .....</b>	<b>195</b>	<b>2,52</b>	<b>298</b>	<b>3,73</b>	<b>-34,56</b>

(1) Gastos de personal + Otros de explotación + Amortizaciones - Subvenciones traspasadas - Trabajos realizados para el inmovilizado intangible.  
 (2) Resultado por enajenación del inmovilizado + Reversión del deterioro en la cartera.

En el cuadro anterior es destacable el descenso acusado del margen de operación, como consecuencia del descenso de los ingresos por ventas, pues aunque las unidades vendidas han aumentado (de 40.000 a 42.000), el ingreso unitario ha disminuido (suponemos que todas las unidades vendidas son iguales con un precio de venta y coste unitario idéntico), seguramente debido a un tipo de cambio más desfavorable entre el euro y el yen, ya que el enunciado indica que el precio de venta en yenes se ha mantenido estable. Por otra parte, el coste unitario de los productos vendidos ha disminuido (pasa de 125 euros a 118 según se comprueba fácilmente), debido al mejor precio conseguido de los proveedores como señala el enunciado, pero este ahorro en costes no ha compensado el descenso de los ingresos. También es destacable el aumento de los gastos financieros, cuya incidencia se verá más adelante, en el cálculo del apalancamiento.

La rentabilidad económica (o de las inversiones) se puede calcular antes o después de impuestos. En este apartado la calcularemos de la forma habitual, antes de impuestos:

Rentabilidad económica	2013	2012
$\frac{\text{Beneficios antes de intereses e impuestos}}{\text{Activo total}}$	$\frac{482}{5.246} = 9,1879 \%$	$\frac{490}{4.238} = 11,5621 \%$

La rentabilidad económica también ha disminuido como consecuencia de la fuerte disminución del margen de operación.

En cuanto a la rentabilidad financiera, esta parte siempre del resultado neto, esto es, después de intereses e impuestos. Se puede calcular también antes de impuestos, pero no tiene sentido práctico.

La calcularemos sobre los valores finales del balance, tal y como indica el enunciado los valores medios solo es posible determinarlos para el ejercicio 2013, pero no para el 2012 (al no disponerse de datos para 2011).

Surge un problema a la hora de incluir en los fondos propios el resultado del ejercicio, ya que se ha generado a lo largo del año y sería más correcto tomar su valor medio. No obstante, por sencillez, incluiremos en los fondos propios el resultado del propio ejercicio.

Rentabilidad financiera	2013	2012
$\frac{\text{Beneficios neto}}{\text{Patrimonio neto}}$	$\frac{195}{2.074} = 9,4021\%$	$\frac{298}{2.034} = 14,6509\%$

Las cifras muestran un descenso muy acusado de la rentabilidad de los fondos propios.

El apalancamiento financiero mide el efecto (favorable o desfavorable) que produce el empleo de fondos ajenos (con coste efectivo) sobre la rentabilidad financiera, a partir de la rentabilidad económica, ya que ambas rentabilidades y el coste efectivo de la financiación ajena están interrelacionados.

Hay varias formulaciones para el efecto de palanca que introduce el coste de la deuda en la rentabilidad de los fondos propios. Se presenta aquí una de ellas, ya clásica (debida a Alan Zakon, del Boston Consulting Group, de finales de los años sesenta), que es la siguiente<sup>1</sup>:

$$RF = [RE + (FA/FP)(RE - i)](1 - t)$$

Donde  $i$  es el coste medio de la deuda = Gastos financieros/Deuda remunerada;  $FA/FP$  es la ratio<sup>2</sup> de endeudamiento, fondos ajenos entre fondos propios y  $t$  es el tipo impositivo medio (se

<sup>1</sup> Hay fórmulas similares que se obtienen con sencillas manipulaciones algebraicas, mediante las cuales se puede poner de manifiesto la idea y los efectos del apalancamiento financiero. No se presentan aquí por no alargar en exceso la resolución.

<sup>2</sup> Aunque en la mayoría de los textos sigue figurando el término el ratio, en el sentido de número o cociente, hay que tener presente que es más adecuado utilizar la ratio, en femenino, ya que proviene del latín *ratio*, que significa razón,

puede apreciar que es casi del 30%, pero hay que tomar cifras exactas, como se puede ver más abajo, a fin de que los cálculos sean lo más correctos posibles).

Endeudamiento	2013	2012
$\frac{\text{Fondos ajenos}}{\text{Fondos propios}}$	$\frac{3.172}{2.074} = 1,52941$	$\frac{2.204}{2.034} = 1,08357$

Coste medio de la deuda	2013	2012
$\frac{\text{Gastos financieros}}{\text{Fondos ajenos}}$	$\frac{204}{3.172} = 6,4313 \%$	$\frac{64}{2.204} = 2,9038 \%$

Tipo impositivo medio	2013	2012
$\frac{\text{Gastos por impuesto sobre el beneficio}}{\text{Beneficio antes de impuestos}}$	$\frac{83}{278} = 29,8561 \%$	$\frac{128}{426} = 30,0469 \%$

Sustituyendo estos valores en la expresión del apalancamiento financiero anteriormente expuesta, tendremos, para 2012:

$$14,6509 = [11,5621 + 1,08357 (11,5621 - 2,9038)] (1 - 0,300469)$$

Y para 2013:

$$9,4021 = [9,1879 + 1,529412 (9,1879 - 6,4313)] (1 - 0,298561)$$

El efecto del apalancamiento es positivo en ambos años, ya que la diferencia entre la rentabilidad económica y el coste medio de la deuda lo es también, por lo cual el empleo de deuda «apalanca» hacia arriba la rentabilidad financiera. Esto se puede apreciar de forma más nítida si se calcula la rentabilidad económica después de impuestos (REDI). Para ello, se presentan, a modo ilustrativo, los cálculos siguientes (para el ejercicio 2013 únicamente):

$$\text{REDI} = \text{RE} (1 - 0,298561) = 9,1879 \times 0,701439 = 6,4448 \%$$

---

entendiendo por razón, el cociente de dos números. Curiosamente, en los textos jurídicos se le sigue denominando en femenino, que es lo correcto.

Otra forma de cálculo es:

$$\text{REDI} = \frac{\text{BN} + \text{GF} (1 - t)}{\text{FA} + \text{FP}} = \frac{195 + 204 \times 0,701439}{5.246} = 6,4448\%$$

Si a esta rentabilidad después de impuestos se le añade el efecto del apalancamiento, neto de impuestos también, teniendo en cuenta que el coste medio efectivo de la financiación ajena es:  $6,4313\% (1 - 0,298561) = 4,5112\%$  (ya que los gastos financieros son deducibles de los impuestos), tendremos finalmente:

- REDI: 6,4448%.
- Efecto apalancamiento neto de impuestos:  $1,52941 (6,4448 - 4,5112) = 2,9573\%$ .
- Rentabilidad financiera:  $6,4448\% + 2,9573\% = 9,4021\%$ .

No obstante lo anterior, y como último comentario, cabe añadir que lo correcto sería considerar en los fondos ajenos únicamente la deuda *con coste efectivo*, porque en el pasivo corriente las deudas que lo integran suelen ser deudas sin coste (la denominada financiación espontánea, recursos no negociados). El coste de la deuda supondría un importe diferente si se dividen los gastos financieros entre el pasivo con coste, pero en este caso no hay datos para ello. El pasivo corriente también se podría haber presentado descontado del activo corriente, a fin de dejar en el activo el no corriente y el fondo de maniobra, y en el pasivo los fondos propios y los ajenos con coste.

## 2. RENTABILIDAD ECONÓMICA FUNCIONAL Y EXTRAFUNCIONAL

La rentabilidad económica funcional se genera mediante el uso de los activos afectos a las operaciones (explotación) y la extrafuncional por las inversiones no afectas a la explotación (las inversiones financieras en este caso).

En cuanto a los resultados por venta de inmovilizado, al ser su importe reducido, se pueden incluir en cualquiera de las dos. Hay que tener en cuenta que si el importe fuera considerable, requeriría un análisis más detallado ya que no pueden considerarse como un ingreso corriente, pero tampoco son, estrictamente hablando, un ingreso procedente de inversiones extrafuncionales, ya que proceden de activos funcionales. También se podría argumentar que el resultado en la venta supone reconocer implícitamente que las amortizaciones hasta ese momento no se han calculado correctamente (de lo contrario no se producirían tales resultados) y razonamientos en la misma línea, como los que pueden encontrarse en textos clásicos sobre Teoría de la Contabilidad.

En este apartado de la resolución, y a efectos prácticos, los incluiremos entre los ingresos de operación.

Rentabilidad económica funcional	2013	2012
$RE_F = \frac{\text{Margen de operación}}{\text{Activo funcional}}$	$\frac{262 + 20}{4.146} = 6,8017 \%$	$\frac{490}{3.338} = 14,6794 \%$

La extrafuncional está formada por los resultados producidos por los activos extrafuncionales. Al no haber dividendos percibidos, el único ingreso es el aumento de valor de la empresa participada, puesto de manifiesto contablemente, y hasta donde la normativa permite, por la reversión del deterioro, reflejo de la revalorización experimentada por la empresa, tal y como enfatiza el informe de auditoría apoyándose en el estudio de tasación realizado que menciona el enunciado.

Rentabilidad económica extrafuncional	2013	2012
$RE_{EF} = \frac{\text{Reversión deterioro cartera}}{\text{Activo extrafuncional}}$	$\frac{200}{1.100} = 18,1818\%$	$\frac{0}{900} = 0,0000 \%$

A efectos de comprobación, se puede obtener la rentabilidad económica (total) a partir de la funcional y la extrafuncional, mediante el cálculo de una simple media ponderada, siendo los coeficientes de ponderación los pesos de los activos funcionales y extrafuncionales con respecto del total del activo.

$$\text{Para 2013: } 6,8017 \times \frac{4.146}{5.246} + 18,1818 \times \frac{1.100}{5.246} = 9,1879 \%$$

$$\text{Para 2012: } 14,6794 \times \frac{3.338}{4.238} + 0,0000 \times \frac{900}{4.238} = 11,5621 \%$$

### 3. DESCOMPOSICIÓN DE LA RENTABILIDAD ECONÓMICA FUNCIONAL

La descomposición se realiza mediante el producto de una serie de factores. Hay varias posibilidades, según cuántos se utilicen. Una de las más utilizadas y sencillas es la siguiente:

Para 2013:

$$\begin{aligned}
 RE_F &= \underbrace{\frac{\text{Margen de operación}}{\text{Ventas netas}}}_{\text{Margen comercial}} \times \underbrace{\frac{\text{Ventas netas}}{\text{Activo funcional}}}_{\text{Rotación}} = \\
 &= \frac{282}{7.728} \times \frac{7.728}{4.146} = 3,6490 \% \times 1,863965 \text{ veces} = 6,8017 \%
 \end{aligned}$$

Para 2012:

$$RE_F = \underbrace{\frac{\text{Margen de operación}}{\text{Ventas netas}}}_{\text{Margen comercial}} \times \underbrace{\frac{\text{Ventas netas}}{\text{Activo funcional}}}_{\text{Rotación}} =$$

$$= \frac{490}{8.000} \times \frac{8.000}{3.338} = 6,1250\% \times 2,3966 \text{ veces} = 14,6794\%$$

El primer factor es el margen comercial antes de impuestos y el segundo es la rotación de los activos, calculada sobre valores finales.

Puede observarse el descenso del margen comercial y la disminución también de la rotación, aunque en menor proporción, lo que ha supuesto una reducción muy acusada en la rentabilidad económica funcional.

#### 4. ANÁLISIS POR DESCOMPOSICIÓN DEL FONDO DE ROTACIÓN

El fondo de rotación está relacionado con la liquidez y la solvencia a corto plazo de la empresa.

Su descomposición se puede realizar de varias formas. Una de las más útiles es descomponerlo, al igual que se ha hecho con la rentabilidad económica, en operativo y no operativo, introduciendo el concepto de *necesidades operativas de fondos* (NOF), tal y como se expone a continuación.

Las NOF se obtienen por simple diferencia entre el activo corriente operativo y el pasivo corriente operativo.

	2013	2012
<b>Activo corriente operativo .....</b>	<b>1.636</b>	<b>1.158</b>
Existencias .....	540	500
Deudores .....	800	620
Efectivo y otros .....	296	38
		.../...

	2013	2012
.../...		
<b>Pasivo corriente operativo</b> .....	<b>773</b>	<b>920</b>
Acreedores comerciales .....	700	800
Hacienda Pública, acreedora .....	73	120
<b>Necesidades operativas de fondos</b> .....	<b>863</b>	<b>238</b>

Su lectura es la siguiente: al ser las NOF positivas en ambos ejercicios, quiere decir que el pasivo que se genera en las operaciones (explotación) no financia en su totalidad el activo corriente operativo, por lo cual este déficit de financiación deberá ser cubierto por otras fuentes. En este caso, la financiación proviene de la deuda con entidades de crédito, que al ser su importe muy superior a las NOF, el exceso financia el activo no corriente, lo que se traduce en un fondo de maniobra negativo, tal y como se expone a continuación.

En cuanto al fondo de rotación (o fondo de maniobra), se tiene:  $FR = \text{Patrimonio neto} + \text{Pasivo no corriente} - \text{Activo no corriente}$ . También se obtiene el mismo resultado restando del activo corriente el pasivo corriente.

	2013	2012
<b>Activo corriente</b> .....	<b>1.636</b>	<b>1.158</b>
Existencias .....	540	500
Deudores .....	800	620
Efectivo y otros .....	296	38
<b>Pasivo corriente</b> .....	<b>2.561</b>	<b>2.180</b>
Deudas entidades de crédito .....	1.788	1.260
Acreedores comerciales .....	700	800
Hacienda Pública, acreedora .....	73	120
<b>Fondo de maniobra</b> .....	<b>-925</b>	<b>-1.022</b>

El fondo de maniobra es negativo en ambos ejercicios. Al ser las NOF positivas y el fondo de maniobra negativo, quiere decir que este no tiene capacidad para financiar las operaciones y debe recurrirse a deuda bancaria a corto, como atestigua su elevado importe en el balance, situación que

se agrava de un año para otro, pues aunque el fondo de maniobra ha mejorado ligeramente, las NOF se han visto casi cuadruplicadas y la deuda a corto también se ha incrementado casi un 50%.

Otro indicador también útil es el denominado *coeficiente básico de financiación*.

Coeficiente básico de financiación	2013	2012
$\frac{\text{Patrimonio neto} + \text{Pasivo no corriente}}{\text{Activo no corriente} + \text{NOF}}$	$\frac{2.074 + 611}{3.610 + 863} = 0,60$	$\frac{2.034 + 24}{3.080 + 238} = 0,62$

Aunque las cifras anteriores no han variado apenas, ponen de manifiesto, en ambos años, que la financiación permanente no cubre las inversiones necesarias en inmovilizado (y otras inversiones a largo) más las NOF, por lo que la empresa tiene que recurrir a deuda a corto plazo para cubrir la diferencia, siendo comprensible la reticencia del BBVA ante la renovación del crédito, pues no puede considerarse (salvo casos concretos y en el muy corto plazo) como una práctica financiera adecuada (o, cuando menos, ortodoxa) la financiación de inversiones a largo con deuda a corto, pues ello generará tensiones de liquidez y deterioro de la solvencia y, como consecuencia, perjudicará la reputación crediticia de la empresa ante los proveedores de recursos financieros.

## 5. INTERPRETACIÓN DEL ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO Y SU RELACIÓN CON LA EVOLUCIÓN RENTABILIDAD/RIESGO

En realidad, el estado de flujos de efectivo no está relacionado de forma inmediata con la rentabilidad sino con la liquidez. Hay empresas poco rentables con gran liquidez (no es lo usual) y empresas rentables con problemas de liquidez (más habitual que lo anterior) y el caso más frecuente, empresas con rentabilidad reducida y problemas de liquidez.

Para la empresa Iberfood, se puede apreciar claramente que la principal fuente de liquidez en 2013 ha sido el recurso a la deuda a corto, ya que las operaciones (flujos de explotación) apenas han generado liquidez, pese a que el resultado de explotación es positivo y los gastos financieros no se han abonado, sino que se han acumulado al saldo de la línea de crédito, tal y como explica el enunciado (se puede ver el ajuste positivo en el estado de flujos, por 204 euros, como consecuencia de esta circunstancia).

Para poder analizar con cierto alcance el riesgo económico de la empresa, es necesario conocer muchos aspectos significativos de la misma, los cuales, en la mayoría de los casos, no son proporcionados por los estados financieros: calidad del equipo directivo, tecnología utilizada, clima laboral, ciclo de vida del producto, vulnerabilidad ante las variaciones en los tipos de cambio, cuota de mercado, cartera y grado de fidelidad de clientes, características de los mercados en los que opera, riesgos específicos del sector, etc.

En lo que respecta al riesgo financiero, la empresa ha aumentado de forma ostensible su endeudamiento a corto y el gasto financiero ha aumentado de forma más que proporcional, exigido por la entidad que financia (BBVA en este caso) como consecuencia de la evolución desfavorable en algunas magnitudes que presenta la empresa. Este aumento en el coste de la financiación ajena implica un mayor riesgo financiero.

Los gastos financieros es de suponer que se refieren a la línea de crédito, porque no hay datos sobre posibles diferencias de cambio. En cuanto al riesgo de tipo de cambio, tampoco hay datos concretos que permitan un análisis, a fin de enjuiciar la política seguida por la empresa (cobertura deficiente o ausencia de ella) en esta área.

Por último, es importante resaltar el hecho de que la disminución de la rentabilidad económica supone en sí misma un aumento del riesgo, pues se trasladará, antes o después, a un incremento del coste de capital, como consecuencia de una menor retribución a los accionistas.

## CASO PRÁCTICO NÚM. 5

### Contabilidad financiera y de sociedades

## FUSIÓN

### EMPRESA TENAR

Tenar, SA, empresa con domicilio social en Bilbao, es una compañía dedicada al desarrollo y comercialización de tecnología visual para aparatos electrónicos. Presenta a 31 de diciembre de 2013 el siguiente balance de situación:

Balance de situación de Tenar

Activo	31-12-2013	Patrimonio neto y pasivo	31-12-2013
<b>A) Activo no corriente</b>		<b>A) Patrimonio neto</b>	
II. Inmovilizado material		A-1) Fondos propios	
1. Terrenos e instalaciones .....	462.000	I. Capital social	
			.../...

Activo	31-12-2013	Patrimonio neto y pasivo	31-12-2013
.../...			
V. Inversiones financieras a largo plazo (1)	160.000	Escriturado .....	1.200.000
<b>B) Activo corriente</b>		No exigido (2) .....	(100.000)
II. Existencias .....	952.600	III. Reservas	
III. Clientes .....	682.000	Reserva legal .....	240.000
V. Inversiones financieras a corto plazo	80.000	Reserva para acciones propias .....	120.000
VII. Tesorería .....	43.400	Reserva voluntaria .....	552.000
		IV. Acciones propias (3) .....	(120.000)
		VII. Resultado del ejercicio .....	126.000
		<b>B) Pasivo no corriente</b>	
		III. Deudas a largo plazo entida- des crédito .....	100.000
		<b>C) Pasivo corriente</b>	
		III. Deudas a corto plazo entidades crédito .....	62.000
		V. Acreedores comerciales .....	150.000
		6. Administraciones públicas .....	50.000
<b>Total .....</b>	<b>2.380.000</b>	<b>Total .....</b>	<b>2.380.000</b>
<p>(1) 4.000 acciones de la sociedad Conar de la serie A.</p> <p>(2) Corresponde al 25 % del nominal de las acciones de Tenar de la serie B.</p> <p>(3) 6.000 acciones de la sociedad Tenar de la serie A.</p>			

El capital social de Tenar está compuesto por 40.000 acciones de la serie A de 20 euros de valor nominal y 40.000 acciones de la serie B de 10 euros de valor nominal.

Con fecha 2 de marzo de 2014, los directivos de la sociedad Tenar presentan una oferta de fusión por absorción de la sociedad Conar, que es finalmente aprobada por los gerentes de ambas

sociedades el 31 de marzo de 2014. Las transacciones llevadas a cabo por la sociedad Tenar desde el cierre del ejercicio 2013 hasta la fecha de aprobación del proyecto de fusión son las siguientes (en orden cronológico):

*15 de enero de 2014*

Repartió su resultado de 2013, destinando a la reserva legal la parte necesaria según se establece en el artículo 274 del TRLSC. Pagó dividendos por 53.460 euros (cantidad neta después de practicar una retención del 19%), y el resto lo destinó a reservas voluntarias.

*3 de febrero de 2014*

Amplió capital emitiendo acciones de 20 euros de valor nominal cada una en cuya contraprestación recibió una nave industrial tasada en la escritura de ampliación por 800.000 euros. El valor de emisión de las acciones supera en 2 euros al valor teórico de cada acción de Tenar en ese momento. Con carácter previo a la ampliación, y con la finalidad de no incumplir el artículo 299 del TRLSC, Tenar se asegura de que ninguna serie previa quede pendiente de desembolso.

*12 de febrero de 2014*

Recibe dividendos por las acciones que posee de Conar.

A efectos de la fusión se reconocen diferencias entre valores contables y valores razonables en los siguientes activos de Tenar:

	Valor contable	Valor razonable
Terrenos e instalaciones técnicas .....	462.000	480.000
Existencias .....	952.600	962.600

También se le reconoce un fondo de comercio valorado en 104.000 euros.

**EMPRESA CONAR**

El balance de situación de la sociedad Conar, SA a 31 de diciembre de 2013 es el siguiente:

## Balance de situación de Conar

Activo	31-12-2013	Patrimonio neto y pasivo	31-12-2013
<b>A) Activo no corriente</b>		<b>A) Patrimonio neto</b>	
II. Inmovilizado material		A-1) Fondos propios	
1. Terrenos y construcciones .....	220.000	I. Capital social	
V. Inversiones financieras a largo plazo (1) .....	160.000	Escriturado .....	500.000
<b>B) Activo corriente</b>		No exigido (2) .....	(50.000)
II. Existencias .....	180.000	III. Reservas	
III. Clientes .....	280.000	Reserva legal .....	100.000
VII. Tesorería .....	81.400	Reserva voluntaria .....	143.400
		V. Resultados negativos ejemplos anteriores .....	(25.000)
		VII. Resultado del ejercicio .....	90.000
		<b>B) Pasivo no corriente</b>	
		II. Obligaciones convertibles (3) .....	100.000
		<b>C) Pasivo corriente</b>	
		III. Intereses a corto plazo empréstitos .....	3.000
		V. Acreedores comerciales .....	50.000
		6. Administraciones públicas .....	10.000
<b>Total</b> .....	921.400	<b>Total</b> .....	921.400
(1) Acciones de sociedades distintas de Tenar.			
(2) Corresponde al 50 % del nominal de las acciones de Conar de la serie B.			
(3) 5.000 obligaciones convertibles de 20 euros de valor nominal cada una.			

El capital social de Conar está compuesto por 20.000 acciones de la serie A de 20 euros de valor nominal y 5.000 acciones de la serie B de 20 euros de valor nominal.

Las transacciones llevadas a cabo por la sociedad Conar desde el cierre del ejercicio 2013 hasta la fecha de aprobación del proyecto de fusión son las siguientes (en orden cronológico):

*12 de febrero de 2014*

Paga la totalidad de su beneficio a sus accionistas previa retención del 19%.

*15 de febrero de 2014*

Realiza una reducción del capital social, mediante reducción del nominal, por condonación de los dividendos pasivos pendientes de las acciones de la serie B.

*1 de marzo de 2014*

Lleva a cabo una ampliación de capital por conversión de obligaciones en acciones siendo el tipo de canje de 3 acciones por 5 obligaciones, valorándose a dichos efectos las obligaciones por su valor nominal más los intereses explícitos devengados no vencidos hasta la fecha de la conversión. Las obligaciones, que fueron emitidas a la par, producen un interés explícito del 12% anual pagadero cada 30 de septiembre. Las nuevas acciones, de 20 euros de valor nominal, se emiten por el valor necesario para llevar a cabo la conversión sin que surja ningún tipo de diferencias a liquidar.

A efectos de la fusión se reconocen diferencias entre valores contables y valores razonables en los siguientes activos de Conar:

	Valor contable	Valor razonable
Terrenos y construcciones .....	220.000	250.000
Existencias .....	180.000	206.600

Asimismo, y también a efectos de los acuerdos de fusión, a Conar se le reconoce la existencia de marcas comerciales no contabilizadas (por haberse generado internamente) por un total de 20.000 euros y de contingencias por 83.000 euros relacionadas con indemnizaciones a empleados cuyo despido entra en los planes de reestructuración posteriores a la fusión.

Para ejecutar la fusión, Tenar ampliará capital en la cuantía necesaria para pagar a los accionistas de Conar, teniendo en cuenta que utilizará asimismo su autocartera para hacer frente a dicho pago. Las nuevas acciones se emitirán con un valor nominal de 20 euros.

*Trabajo a realizar:*

1. Registro contable de las operaciones previas a la fusión en ambas sociedades.
2. Cálculo de los valores teóricos de fusión para ambas sociedades.
3. Contabilización del proceso de fusión en ambas sociedades.

## **SOLUCIÓN**

### **FUSIÓN**

*Normativa aplicada*

- TRLSC (RDLeg. 1/2010, de 2 de julio), artículos 273, 274, 299 y 317.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, artículos 22 a 48.
- PGC: NRV 19.<sup>a</sup>.
- PGC: Memoria, epígrafe 19.

*Cálculos justificativos y contabilización*

Desde una perspectiva contable, se trata de la valoración de dos sociedades, a fin de determinar los valores razonables de los patrimonios de ambas y, a partir de estos, los valores teóricos (a efectos de fusión) de sus acciones, para establecer la relación (o relaciones, para cuando haya acciones de distinto nominal, como en este caso) de canje entre ellas.

Por valor razonable del patrimonio debemos entender el patrimonio *ajustado* a efectos de fusión, es decir, una vez considerado el efecto de los posibles ajustes en la valoración de los diferentes elementos patrimoniales que intervienen, ajustes que surgen como consecuencia del proceso negociador entre los accionistas de ambas sociedades y de los criterios de valoración contables y fiscales aplicables a este tipo de operaciones societarias.

#### **1. REGISTRO CONTABLE DE LAS OPERACIONES PREVIAS A LA FUSIÓN EN AMBAS SOCIEDADES**

Se usarán, en la medida de lo posible, las mismas denominaciones que las de los epígrafes de los balances, ya que en algunos casos no hay información sobre las cuentas individuales que los componen.

## Sociedad Tenar

15 de enero de 2014

Por la aplicación del resultado del ejercicio 2013 y puesto que el dividendo líquido asciende a 53.460 euros, su importe íntegro será:  $53.460 / (1 - 0,19) = 66.000$  euros.

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio .....	126.000	
113	Reservas voluntarias .....		60.000
526	Dividendo activo a pagar .....		66.000

No es necesario dotar la reserva legal pues antes de la aplicación del resultado su importe ya alcanza el 20% de la cifra de capital social, tal y como establece el artículo 274 del TRLSC.

Y por el pago del dividendo líquido:

Código	Cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar .....	66.000	
47	Administraciones públicas (retención a cuenta del 19 %) .....		12.540
572	Bancos .....		53.460

3 de febrero de 2014

Aunque el enunciado menciona la necesidad de cumplir con lo estipulado en el artículo 299 del TRLSC, hay que señalar que aquí en modo alguno se incumple si no se desembolsan los dividendos pasivos pendientes, pues en este caso el contravalor consiste en *aportaciones no dinerarias*, y el citado artículo establece textualmente:

«Artículo 299. *Aumento con cargo a aportaciones dinerarias.*

1. En las sociedades anónimas, para todo aumento del capital cuyo contravalor consista en nuevas aportaciones dinerarias al patrimonio social, será requisito previo, salvo para las entidades aseguradoras, el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas».

En cualquier caso, como el enunciado indica que ninguna serie previa queda pendiente de desembolso, se exigirán los dividendos pasivos a los accionistas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
558	Socios, por desembolsos exigidos .....	100.000	
103	Socios, por desembolsos no exigidos .....		100.000

Y supuesto el desembolso en metálico:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos .....	100.000	
558	Socios, por desembolsos exigidos .....		100.000

Patrimonio neto tras las operaciones anteriores:

• Capital social .....	1.200.000
• Reserva legal .....	240.000
• Reservas voluntarias .....	612.000
• Reserva acciones propias .....	120.000
• Acciones propias .....	(120.000)
• <b>Total</b> .....	<b>2.052.000</b>
• Capital nominal en circulación .....	1.080.000
• Valor teórico por cada euro de nominal (2.052.000/1.080.000) .....	1,9 euros

El nominal en circulación es el capital escriturado menos el nominal de las 6.000 acciones propias de la serie A, es decir:  $1.200.000 - (6.000 \times 20) = 1.080.000$  euros.

Al haber dos clases de acciones con distinto nominal, para calcular su valor teórico se puede hacer de dos formas: homogeneizando el nominal de las acciones o mediante la relación anterior, que es más sencillo.

Por lo tanto, el valor teórico de las acciones será:

Serie A (20 × 1,9) .....	38 euros
Serie B (10 × 1,9) .....	19 euros

La otra forma de operar, más habitual (y más complicada, sobre todo si hay más de dos tipos de acciones con diferente valor nominal), es la siguiente:

$$\frac{\text{Patrimonio neto}}{\text{Equivalente de acciones en circulación de 20 euros}} = \frac{2.052.000}{(40.000 - 6.000) + 0,5 \times 40.000} = 38$$

Y el precio de emisión de las acciones será de:  $38 + 2 = 40$  euros.

Por tanto, el número de acciones que hay que *entregar* como contravalor de la aportación no dineraria será de:  $800.000 \text{ euros} / 40 = 20.000$  acciones.

Puesto que el enunciado no hace referencia a la entrega de las 6.000 acciones propias como pago parcial de la ampliación, entonces se hace necesario *emitir* 20.000 acciones nuevas, que son las que hay que entregar.

Por la ampliación de capital, pendiente de inscripción en el Registro Mercantil:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1900	Acciones emitidas .....	800.000	
1940	Capital emitido pendiente de inscripción (20.000 × 40) .....		800.000

Por el desembolso de la aportación y entrega de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones .....	800.000	
1900	Acciones emitidas .....		800.000

Y por la inscripción en el Registro, que la suponemos ya realizada:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1940	Capital emitido pendiente de inscripción .....	800.000	
100	Capital social (20.000 × 20) .....		400.000
110	Prima de emisión de acciones (20.000 × 20) .....		400.000

En la práctica, no tiene ningún sentido utilizar las cuentas transitorias con lo de «pendiente de inscripción» en su denominación, a menos que se tenga intención de presentar un balance de situación y en la fecha de dicho balance aún no figure la inscripción.

12 de febrero de 2014

Por el dividendo percibido de Conar:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos .....	12.960	
47	Administraciones públicas (retención a cuenta del 19%) .....	3.040	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio .....		16.000

El importe de los dividendos se justifica un poco más adelante, en la contabilidad de la sociedad Conar.

## Sociedad Conar

12 de febrero de 2014

Por la aplicación del resultado del ejercicio 2013, teniendo en cuenta que tampoco en esta sociedad es necesario dotar la reserva legal pues antes de la aplicación del resultado su importe ya alcanza el 20% de la cifra de capital social, tal y como establece el artículo 274 del TRLSC.

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio .....	90.000	
526	Dividendo activo a pagar .....		90.000

Y por el abono y la retención practicada:

Código	Cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar .....	90.000	
47	Administraciones públicas (retención a cuenta del 19%) .....		17.100
572	Bancos .....		72.900

En cuanto al dividendo por acción, al haber acciones de distinto nominal y estar la serie B desembolsada en su 50%, se tendrá:

$$\frac{\text{Beneficio repartible}}{\text{N.º equivalente de acciones totalmente desembolsadas}} = \frac{90.000}{20.000 + 5.000 \times 0,5} = 4 \text{ euros}$$

En el planteamiento anterior se ha tenido en cuenta que el artículo 275 del TRLSC establece que los dividendos se repartirán a las acciones *ordinarias* en función del *capital desembolsado* y puesto que no hay ninguna indicación en el enunciado en el sentido de que las acciones que componen el capital de Conar no sean ordinarias, se tendrá que el dividendo por acción será:

- Serie A: 4 euros ( $4 \times 20.000$  acciones = 80.000 € en total).
- Serie B: 4 euros  $\times$  0,50 = 2 € ( $2 \times 5.000$  acciones = 10.000 € en total).

15 de febrero de 2014

Por la reducción del capital social por la condonación de dividendos pasivos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social .....	50.000	
103	Socios, por desembolsos no exigidos .....		50.000

Como consecuencia de esta reducción de capital vía nominal, las acciones de la serie B pasan de tener un nominal de 20 euros a uno de 10 euros.

No se ha dotado la reserva por capital amortizado pues su dotación solo tiene sentido para evitar la oposición de los acreedores a la reducción. En cualquier caso hay reservas disponibles para dotarla.

1 de marzo de 2014

**Valoración de las obligaciones a efectos de su conversión en acciones**

- Valor nominal de la obligación: 20.
- Cupón hasta el cierre:  $3/12$  del 12% de 20 = 0,6 euros (figura en balance).
- Cupón hasta la fecha de conversión:  $2/12$  del 12% de 20 = 0,4 euros.
- Valor a efectos de conversión:  $20 + 0,6 + 0,4 = 21$  euros.
- Deuda a convertir:  $5.000$  obligaciones  $\times$  21 euros = 105.000 euros.
- Acciones a entregar según relación de canje:  $5.000 \times 3/5 = 3.000$  acciones.
- Precio de emisión de las acciones:  $105.000/3.000 = 35$  euros (20 € nominales).

Por los intereses devengados hasta la fecha de conversión pendientes de contabilización:  $0,4 \times 5.000$  obligaciones = 2.000.

Código	Cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos .....	2.000	
506	Intereses a corto plazo de empréstitos .....		2.000

Por la emisión de las acciones necesarias para la conversión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1900	Acciones emitidas .....	105.000	
1940	Capital emitido pendiente de inscripción (3.000 × 35) .....		105.000

Por la conversión mediante la entrega de las acciones emitidas al efecto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
501	Obligaciones y bonos convertibles a corto plazo .....	100.000	
5091	Obligaciones y bonos convertibles amortizados .....		100.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
5091	Obligaciones y bonos convertibles amortizados .....	100.000	
506	Intereses a corto plazo de empréstitos .....	5.000	
1900	Acciones emitidas .....		105.000

Y por la inscripción en el Registro, que la suponemos ya realizada:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1940	Capital emitido pendiente de inscripción .....	105.000	
100	Capital social (3.000 × 20) .....		60.000
110	Prima de emisión de acciones (3.000 × 15) .....		45.000

## 2. VALORES TEÓRICOS DE FUSIÓN DE LAS ACCIONES DE AMBAS SOCIEDADES

Teniendo en cuenta las operaciones anteriores y los datos del enunciado, se tendrá:

	Tenar	Conar
<b>Neto patrimonial según libros</b>		
Capital social .....	1.600.000	510.000
Prima de emisión .....	400.000	45.000
Resultados hasta fecha de fusión (dividendos e intereses) .....	16.000	(2.000)
Reserva legal .....	240.000	100.000
Reserva acciones propias .....	120.000	-
Reserva voluntaria .....	612.000	143.400
Acciones propias .....	(120.000)	-
Resultados negativos ejercicios anteriores .....	-	(25.000)
<b>Patrimonio antes de ajustes .....</b>	<b>2.868.000</b>	<b>771.400</b>
<b>Ajustes por valor razonable .....</b>	<b>-</b>	<b>-</b>
Terrenos .....	18.000	30.000
Provisión indemnizaciones .....	-	(83.000)
Existencias .....	10.000	26.600
Ajuste participación en Conar (2) .....	(40.000)	-
Marca comercial .....	-	20.000
Fondo de comercio .....	104.000	-
<b>Neto patrimonial a valor razonable .....</b>	<b>2.960.000</b>	<b>765.000</b>
Capital nominal en circulación (3) .....	1.480.000	510.000
<b>Ratio Valor patrimonial/Valor nominal (1) .....</b>	<b>2,00</b>	<b>1,50</b>

Se ha prescindido del efecto fiscal en los ajustes a valor razonable, ya que el enunciado no lo menciona ni facilita información al respecto.

**Notas:**

(1) Para calcular el valor teórico, tal y como se expuso anteriormente, en este caso no se puede dividir por el número de acciones porque tienen distinto valor nominal. Es más sencillo

calcular la relación que hay entre el valor teórico y el valor nominal y aplicar esta ratio al nominal de las acciones.

Valor teórico de las acciones de Conar:

- Acciones serie A: 20 euros de valor nominal  $\times$  1,5 = 30 euros
- Acciones serie B: 10 euros de valor nominal  $\times$  1,5 = 15 euros

(2) De acuerdo con esto, el valor razonable de las acciones de la serie A que Tenar posee de Conar es de  $4.000 \times 30 = 120.000$ . Al ser su valor contable de 160.000 euros, se ha producido una pérdida de valor definitiva (no cabe, por tanto, reflejar deterioro) de 40.000 euros.

(3) El nominal en circulación en la sociedad Tenar son 1.600.000 euros menos los 120.000 euros nominales de las acciones propias ( $6.000 \times 20$ ).

En cuanto al valor teórico de las acciones de Tenar, se tendrá:

- Acciones serie A: 20 euros de valor nominal  $\times$  2 = 40 euros
- Acciones serie B: 10 euros de valor nominal  $\times$  2 = 20 euros

Aunque el enunciado no lo pide explícitamente, se calculan a continuación las relaciones de canje, con la peculiaridad de que en este caso hay dos: una para las acciones de Conar de 20 euros nominales y otra para las de 10 euros nominales. Estas relaciones de canje son necesarias para determinar el número de acciones a emitir por Tenar, de 20 euros nominales y 40 efectivos.

La relación de canje, lo más reducida posible, en términos de números enteros, para las acciones de Conar de la serie A, de 20 euros nominales y 30 efectivos, es:

3 acciones de Tenar de 40 €/acción = 120 €, por 4 de Conar de 30 €/acción

Y la relación de canje, lo más reducida posible, en términos de números enteros, para las acciones de Conar de la serie B, de 10 euros nominales (el nominal se redujo de 20 a 10) y 15 efectivos, es:

3 acciones de Tenar de 40 €/acción = 120 €, por 8 de Conar de 15 €/acción

El cálculo de las relaciones anteriores se hace por tanteo, al ser fácil encontrar en ambos casos el mínimo común múltiplo de los números que intervienen.

No se hace necesaria una compensación en efectivo (que la normativa permite, con un límite, según establece el art. 25 de la ley de modificaciones estructurales), ya que resultan proporciones de canje exactas, algo que en la realidad nunca sucede, salvo que se manipule la valoración de las acciones para que la proporción sea exacta, práctica habitual en nuestro país años atrás.

### Número de acciones a emitir por la sociedad adquirente Tenar

Se calcula, a partir de las relaciones de canje anteriores, como sigue:

Sociedad absorbida Conar	Acciones serie A (nominal 20)	Acciones serie B (nominal 10)
Acciones que componen su capital social .....	23.000	5.000
– Acciones propias .....	–	–
= Acciones en circulación .....	23.000	5.000
– Acciones que ya posee Tenar de Conar .....	(4.000)	–
= Acciones a canjear de Conar .....	19.000	5.000
Acciones a entregar según las relaciones de canje calculadas anteriormente .....	$(19.000/4) \times 3 = 14.250$	$(5.000/8) \times 3 = 1.875$
– Acciones propias de Tenar .....	(6.000)	–
<b>= Total acciones a emitir por Tenar .....</b>	<b>8.250</b>	<b>1.875</b>

La sociedad Tenar tendrá que emitir un total de:  $8.250 + 1.875 = 10.125$  acciones de 40 euros efectivos y 20 euros nominales cada una para entregar a los accionistas de Conar.

A esta misma cifra se llega, en este caso, por el método de cálculo que pudiéramos denominar «tradicional» y que es prácticamente el que se utiliza en todos los libros y manuales de contabilidad en los que se trata este tema de las fusiones, pese a que es, en la mayoría de los casos, incorrecto.

El planteamiento habitual, que se expone a continuación, únicamente es correcto cuando haya un único accionista propietario de la sociedad absorbida, ya que en ese caso todas las acciones emitidas se le entregan a él (a cambio de todas las suyas) y no es necesario establecer ninguna relación de canje, por razones obvias.

Pero desde el momento en que haya más de un accionista, que es lo habitual, hay que establecer una relación de canje en términos lo más reducidos posibles, estableciendo lo que se denomina un método de «picos» o «residuos» a fin de mantener en unos límites aceptables la

operatividad del canje (en la práctica ocurre algo similar con los derechos de suscripción cuando no se dispone del número necesario para suscribir las acciones que se desean: se pueden vender los que sobran o adquirir los que faltan, según convenga).

$$\frac{\text{Patrimonio ajustado que hay que adquirir de Conar}}{\text{Valor teórico de las acciones de Tenar a entregar}} = \frac{765.000 - 4.000 \times 30}{40} = 16.125 \text{ acciones}$$

En el numerador se ha descontado el valor de las 4.000 acciones que ya posee Tenar de Conar y que, por tanto, no hay que adquirir.

Y por último, de la cifra anterior (acciones a entregar), hay que descontar las acciones propias, por lo que el número final de acciones a emitir será:  $16.125 - 6.000 = 10.125$  acciones, la misma cifra obtenida anteriormente.

### 3. CONTABILIZACIÓN EN LOS LIBROS DE AMBAS SOCIEDADES

#### Libros de Tenar (adquirente)

Por la emisión de las acciones necesarias para entregar a los accionistas de Conar:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1900	Acciones emitidas .....	405.000	
1940	Capital emitido pendiente de inscripción (10.125 × 40) .....		405.000

Es importante observar que no se va a contabilizar ningún ajuste de fusión en la sociedad Tenar (adquirente). La NRV 19.<sup>a</sup> lo prohíbe expresamente. Es decir, el fondo de comercio propio (que lo hay) o las plusvalías en elementos de activo no deben ser registrados. Sí deben ser tenidos en cuenta a la hora de fijar el valor teórico de las acciones para el canje, para que este sea equitativo para el accionariado de ambas sociedades, pero esto no exige que los ajustes deban contabilizarse.

Hay que tener presente que la sociedad adquirente no se extingue y, por lo tanto, sus elementos patrimoniales deben continuar siendo valorados bajo la perspectiva del principio de empresa en funcionamiento. Otra cuestión sería el caso de errores, omisiones, elementos que carecen de valor, deterioros, etc., que se hayan puesto de manifiesto como consecuencia de la valoración realizada en el proceso de fusión y que sí deben ser registrados.

Por el ajuste de la cartera de Conar para valorarla por su valor razonable, teniendo en cuenta que no se trata de una pérdida reversible sino de una pérdida definitiva, con baja en cuentas de la inversión (por lo que no procede utilizar una corrección valorativa por deterioro):

Código	Cuenta	Debe	Haber
673	Pérdidas procedentes de participaciones a largo plazo en partes vinculadas (participación en Conar) .....	40.000	
240	Inversiones financieras a largo plazo (acciones de Conar) .....		40.000

Por la incorporación del patrimonio de Conar, a valor razonable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
21	Terrenos y construcciones .....	250.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo .....	160.000	
3	Existencias .....	206.600	
430	Clientes .....	280.000	
572	Bancos .....	8.500	
2040	Marcas comerciales .....	20.000	
146	Provisión para reestructuraciones .....		83.000
40	Acreedores comerciales .....		50.000
47	Administraciones públicas .....		27.100
5530	Socios de sociedad disuelta		645.000
240	Inversiones financieras a largo plazo (acciones de Conar) .....		120.000

Y por la entrega de los títulos emitidos, incluyendo las acciones propias, teniendo en cuenta que se produce un beneficio con estas, ya que ahora se valoran por su valor razonable y este es superior al coste de adquisición (fueron adquiridas a 20 € cada una y a efectos de fusión se valoran a 40):

Código	Cuenta	Debe	Haber
5530	Socios de sociedad disuelta .....	645.000	
1900	Acciones emitidas .....		405.000
108	Acciones propias .....		120.000
113	Reservas voluntarias (beneficio con acciones propias: 6.000 × 20) .....		120.000

Y por la anulación de la reserva por acciones propias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1144	Reserva por acciones propias .....	120.000	
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
...	...		
113	Reservas voluntarias .....		120.000

Y por la inscripción de la ampliación en el Registro:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1940	Capital emitido pendiente de inscripción .....	405.000	
100	Capital social (10.125 × 20) .....		202.500
110	Prima de emisión de acciones (10.125 × 20) .....		202.500

### Libros de Conar (adquirida)

Por la regularización previa de las cuentas de gestión surgidas desde el principio del ejercicio hasta la fecha de fusión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio .....	2.000	
661	Intereses de obligaciones y bonos .....		2.000

Por la cesión del activo y del pasivo (ambos por sus valores contables), debitando la cuenta de los socios por el valor razonable por el que ha sido valorada la sociedad (765.000) y reconociendo un resultado de fusión por la diferencia (que se corresponde con las plusvalías en los activos más las marcas menos la contingencia por indemnizaciones):

Código	Cuenta	Debe	Haber
5531	Socios, cuenta de fusión .....	765.000	
40	Acreedores comerciales .....	50.000	
47	Administraciones públicas .....	27.100	
1295	Resultados de fusión .....	6.400	
21	Terrenos y construcciones .....		220.000
250	Inversiones financieras a largo plazo .....		160.000
3	Existencias .....		180.000
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
430	Clientes .....		280.000
572	Bancos .....		8.500

Y por la cancelación del neto patrimonial, reconociendo la deuda con los socios *actuales*:

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social .....	510.000	
112	Reserva legal .....	100.000	
110	Prima de emisión .....	45.000	
113	Reservas voluntarias .....	143.400	
129	Resultado del ejercicio .....		2.000
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores .....		25.000
1290	Resultados de fusión .....		6.400
5531	Socios, cuenta de fusión .....		765.000

Con este último asiento, todas las cuentas de Conar quedan saldadas y su contabilidad cerrada.

### Algunos comentarios adicionales sobre diversos aspectos del enunciado

Con respecto a la sociedad Conar, cabe comentar que en su balance al 31 de diciembre de 2014 el patrimonio neto asciende a 808.400 euros sin descontar el capital sin desembolsar. Si dividimos este importe por los 500.000 euros de capital nominal se obtiene una ratio de 1,6168 euros teóricos por cada euro nominal, con lo cual las acciones de 20 euros tendrán un valor contable aproximado de  $20 \times 1,6168 = 32,336$  euros.

Aun suponiendo que las plusvalías de fusión que se ponen de manifiesto unos meses después, en el proceso de fusión, estuvieran en la fecha de cierre e ignorando la contingencia por el proceso de reestructuración (no cabe hablar de ella al cierre, pues surge posteriormente), el valor teórico de la acción de Conar está por debajo del importe pagado por Tenar por las 4.000 acciones de Conar que posee ( $160.000/4.000 = 40$  por acción), por lo que Tenar debería haber previsto el deterioro en la cartera, de acuerdo con lo establecido en la NRV 9.<sup>a</sup>, epígrafe 2.5, «Inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas», en donde se indica, textualmente, que:

«**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**, que correspondan a elementos identificables en el balance de la participada».

Habrá que suponer que hay una mejor evidencia del valor de Conar (flujos de efectivo futuros, etc.) que la proporcionada por su balance.

Otro punto destacable en el enunciado es que en él se indica, textualmente, que: «los directivos de Tenar presentan una oferta de fusión por absorción de la sociedad Conar que es finalmente aprobada por los gerentes de ambas sociedades...»

Cabe comentar que *son los socios de las sociedades que intervienen en el proceso los que aprueban, en la correspondiente junta, el proyecto de fusión*, no los gerentes ni los directivos, ni los administradores, aunque estos últimos están obligados a preparar un informe detallado para someterlo a la aprobación de la junta, tal y como preceptúan los artículos 33 y 40 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

## CASO PRÁCTICO NÚM. 6

### Matemáticas financieras

#### ENUNCIADO 1

La empresa WWW, SA est  valorando la formalización de un préstamo con las siguientes condiciones:

Nominal: 150.000 euros; Comisión de apertura: 0,1 % del nominal; Corretaje: 0,3 % del nominal; Duración total de la operación: 6 años; Tipo de interés: 3 % nominal anual para el primer año y euribor + 2 % para el resto. Carencia de amortización durante el primer año, pagando los intereses mensualmente.

La amortización de la deuda puede realizarse mediante dos alternativas:

- a) Mensualidades constantes.
- b) Trimestralidades crecientes anualmente, al 2 % acumulativo.

*Se pide:*

1. Mensualidad constante correspondiente a la modalidad a).
2. Asumiendo la modalidad a), si el tipo de interés euribor a aplicar en el segundo año es del 1,5 %.  Cu l será la **cuota de amortización** de la primera mensualidad correspondiente a dicho año?
3. La primera trimestralidad correspondiente a la modalidad b).

4. Asumiendo la modalidad b), transcurrido el segundo año (el primero de amortización, ya que el anterior era de carencia), decide novar su préstamo, sin coste adicional alguno, por otro cuyo nominal sea igual al capital pendiente y con duración idéntica al tiempo pendiente en la operación primitiva (modalidad b).

El nuevo préstamo se amortiza mediante semestralidades crecientes anualmente en progresión geométrica del 2%, siendo el tipo de interés nominal del 4% durante los dos primeros años y del 5% los dos últimos. Este préstamo tiene unos gastos iniciales del 0,1% y un corretaje del 0,3%, ambos sobre el nominal. ¿Cuál será la nueva semestralidad correspondiente al primer semestre del primer año?

5. Cuota de intereses correspondiente al primer semestre del penúltimo año de vida del nuevo préstamo resultante de la novación.

## ENUNCIADO 2

La empresa ZZZ, SA emitió hace tres años un empréstito (empréstito 1) con las siguientes condiciones: Número de títulos: 100.000. Nominal del título: 1.000 euros. Duración: 5 años. Amortización mediante pagos anuales con reducción constante del nominal. Cupón anual al 6% en el primer año y euríbor + 5% en el resto. Prima de emisión: 50 euros. Gastos iniciales: 10.000 euros. Gastos finales: 3.000 euros. Gastos de administración: 0,1% de las cantidades pagadas. Actualmente se dispone de la siguiente información correspondiente al euríbor aplicado en los años segundo y tercero, que fue del 1,25% y del 1,75%, respectivamente.

Además, se está considerando la posibilidad de realizar una nueva emisión de un empréstito de mayor cuantía y con cupón variable (empréstito 2). Las características previstas son las siguientes: Nominal del título: 1.000 euros. Número de títulos: 500.000. Duración 6 años. Amortización de los títulos por sorteo, mediante anualidades constantes. Prima de emisión: 50 euros. Gastos iniciales: 30.000 euros. Gastos finales: 6.000 euros. Gastos de administración: 0,1% de las cantidades pagadas. Prima de amortización: 80 euros por título durante los dos últimos años. Cupones anuales al 3% durante los dos primeros años, 4% en los dos siguientes y 5% en los dos últimos. Además, para los dos últimos años existe un lote anual total de 2.000 euros, a repartir entre 20 títulos de los que resulten amortizados en cada uno de estos dos últimos años.

*Se pide:*

### Para el empréstito 1

1. Anualidad del tercer año correspondiente al empréstito emitido hace tres años.
2. Si se supone que el euríbor aplicado en el tercer año es idéntico al que se aplicará en los dos próximos años, plantéese la ecuación matemático-financiera que permite obtener la rentabilidad del obligacionista.

## Para el empréstito 2

3. Anualidad constante que lo amortiza.
4. Cuadro de amortización.
5. Vida media de los títulos.
6. Si transcurridos cuatro años desde la emisión de este segundo empréstito, el tipo de interés de mercado es el 4%, ¿cuál es, en ese momento, el valor del título y de sus componentes?

## SOLUCIÓN

*Comentario previo:*

Todos los resultados presentados a continuación se pueden comprobar mediante hoja Excel.

Se han supuesto todos los pagos pospagables, ya que el enunciado nada indica al respecto. Todas las cifras se refieren a euros.

## EJERCICIO 1

### 1. MENSUALIDAD CONSTANTE CORRESPONDIENTE A LA MODALIDAD A

El primer año solo se pagan intereses (carencia de amortización) al tipo efectivo mensual  $i_{12} = 3\%/12 = 0,25\%$ , lo cual supone que  $A_1 = 150.000 \times 0,25\% = 375$  euros al mes.

En cuanto a los años 2.º a 5.º, ambos inclusive, la mensualidad irá cambiando, según evolucione el euríbor, pero en el origen de la operación solo es conocido el interés para el primer año. En los años siguientes hay que volver a calcular la mensualidad, con el nuevo tipo de interés aplicable, sobre el saldo pendiente del préstamo.

Para el año 2.º, se tendrá, teniendo en cuenta que el tipo aplicable efectivo mensual es ahora  $i_{12} = (2 + 1,5)\%/12 = 0,291667\%$ :

$$150.000 = A_2 \frac{1 - (1,00291667)^{-60}}{0,00291667}$$

De donde,  $A_2 = 2.728,76$

## 2. CUOTA DE AMORTIZACIÓN DE LA PRIMERA MENSUALIDAD DEL SEGUNDO AÑO EN LA MODALIDAD A

La cuota de amortización será la diferencia entre la mensualidad y la cuota de intereses:

$$M_1 = 2.728,76 - (0,00291667 \times 150.000) = \mathbf{2.291,26}$$

## 3. PRIMERA TRIMESTRALIDAD DE LA MODALIDAD B

Se trata de un préstamo con trimestralidades crecientes anualmente según una progresión geométrica de razón  $q = 1,02$ .

Al ser la razón de la progresión anual y los términos amortizativos trimestrales, lo más sencillo es convertir la renta fraccionada en entera, utilizando  $i/i_{12}$  como factor para el desplazamiento de los términos mensuales al final de cada año.

En cuanto al interés efectivo anual equivalente:  $i = 1,00291667^{12} - 1 = 0,035566957$ .

$$150.000 = A_1 \frac{i}{i_2} \times \frac{1 - q^n (1 + i)^{-n}}{1 + i - q} = \frac{3,5566957}{0,2916667} \times \frac{1 - 1,02^5 \times 1,035566957^{-5}}{1,035566957 - 1,02}$$

Y despejando,  $A_1 = \mathbf{2.625,40}$ .

## 4. NOVACIÓN DEL PRÉSTAMO. CÁLCULO DE LA PRIMERA SEMESTRALIDAD

En primer lugar, hay que calcular el saldo pendiente en el momento de la novación del préstamo anterior, es decir, al final del año 2.º:

$$R_2 = 150.000 (1,035566957) - 2.625,40 \frac{3,5566957}{0,2916667} = 123.319,91$$

Este saldo será el nominal del nuevo préstamo.

En cuanto a la primera semestralidad, hay que tener en cuenta que se trata de un préstamo con semestralidades crecientes anualmente según una progresión geométrica de razón  $q = 1,02$ , con tipo de interés variable.

Al ser la razón de la progresión anual y los términos amortizativos semestrales, lo más sencillo es convertir la renta fraccionada en entera, utilizando para el factor de agrupamiento de los términos,  $i/i_2$ , como antes.

$$123.319,91 = A_1 \frac{i}{i_2} \times \frac{1 - q^n (1 + i)^{-n}}{1 + i - q} + A_1 (1 + q)^2 \frac{i'}{i'_2} \times \frac{1 - q^n (1 + i')^{-n}}{1 + i' - q}$$

$i_2 = 4\%/2 = 2\%$  y el efectivo anual equivalente:  $i = 1,02^2 - 1 = 4,04\%$

$i'_2 = 5\%/2 = 2,5\%$  y el efectivo anual equivalente:  $i' = 1,025^2 - 1 = 5,0625\%$

Sustituyendo en la expresión anterior:

$$123.319,91 = A_1 \left[ \frac{4,04}{2} \times \frac{1 - 1,02^2 (1,0404)^{-2}}{1,0404 - 1,02} + (1,02)^2 \frac{5,0625}{2,5} \times \frac{1 - 1,02^2 (1,0050625)^{-2}}{1,050625 - 1,02} (1,0404)^{-2} \right]$$

Y despejando,  $A_1 = 16.450,97$ .

## 5. CUOTA DE INTERESES DEL PRIMER SEMESTRE DEL PENÚLTIMO AÑO DEL NUEVO PRÉSTAMO

Calcularemos el saldo pendiente a partir de las cuatro cuotas semestrales que quedan por pagar, siendo iguales entre sí la 5.<sup>a</sup> y la 6.<sup>a</sup> y la 7.<sup>a</sup> y la 8.<sup>a</sup>.

Teniendo en cuenta la ley de recurrencia que siguen:

- $A_1 = 16.450,97$
- $A_5 = A_1 (1,02)^2 = 17.115,59$
- $A_7 = A_5 (1,02) = 17.457,90$

Saldo al principio del penúltimo año:

$$R_2 = \frac{1 - 1,025^{-2}}{0,025} [17.115,59 + 17.457,90 (1,025)^{-2}] = 65.016,39$$

Y los intereses del primer semestre del penúltimo año son:  $65.016,39 \times 2,5\% = 1.621,41$ .

## EJERCICIO 2

Aunque en el enunciado solo se pide el cuadro de amortización de uno de los empréstitos (el 2.º), se presentan al final los cuadros de los dos empréstitos de que se compone este ejercicio.

### EMPRÉSTITO 1

*Datos del enunciado y notación empleada*

- $N$  = títulos emitidos = 100.000.
- $C$  = nominal de cada título = 1.000.
- $n$  = duración del empréstito = 5 años.

Amortización: por reducción constante del nominal del título.

- $M_k$  = títulos amortizados en el año  $k$ , ( $1 \leq k \leq n$ ).
- $N_k$  = títulos vivos al final del año  $k$ , ( $1 \leq k \leq n$ ).
- $i$  = interés efectivo anual:
  - Para el primer año: 6%.
  - Resto: euríbor + diferencial.
- $i_k$  = interés normalizado para la anualidad  $k$ , ( $1 \leq k \leq n$ ).
- $P_e$  = prima (descuento) de emisión = 50 por título.
- $G_o$  = gastos iniciales a cargo del emisor = 10.000.
- $G_f$  = gastos finales a cargo del emisor = 3.000.
- $g$  = gastos de administración = 0,1% del total pagado, a cargo del emisor.

#### 1. Anualidad del tercer año

- Amortización anual constante por reducción del nominal: 1.000 euros/5 años = 200 euros de reducción por año para cada título.
- Nominal vivo al comienzo del año 3.º:  $(1.000 - 2 \times 200) \times 100.000 = 60.000.000$ .
- Cupones para el año 3.º:  $6,75\% \times 60.000.000 = 4.050.000$ .

- Amortización anual constante:  $200 \times 100.000 = 20.000.000$ .
- Gastos de administración:  $0,1\%$  sobre  $24.050.000 = 24.050$ .
- Total anualidad 3.ª: **24.074.050**.

Los gastos iniciales y la prima de emisión no modifican el importe de la anualidad, ya que esta depende de los valores de reembolso.

## 2. Rentabilidad del obligacionista

La rentabilidad se obtiene igualando en un mismo momento del tiempo lo que recibe el inversor y lo que ha desembolsado.

El obligacionista desembolsa:  $1.000 - 50$  (prima de emisión) =  $950$ .

Y recibe:

Año	1	2	3	4	5
Tipo de interés .....	6	6,25	6,75	6,75	6,75
Nominal vivo .....	1.000	800	600	400	200
Cupón anual .....	60	50	40,5	27	13,5
Amortización .....	200	200	200	200	200
Total percibido .....	260	250	240,5	227	213,5

Los cupones van disminuyendo cada año en la misma proporción en la que se ve reducido el nominal del título.

La ecuación de equivalencia financiera en el origen (aunque se puede plantear en cualquier otro momento del tiempo, obteniéndose los mismos resultados, al ser un sistema estacionario la capitalización compuesta, es decir, invariante ante traslaciones del momento de valoración) es la siguiente, a partir de los datos anteriores:

$$950 = 260 (1 + r)^{-1} + 250 (1 + r)^{-2} + 240,5 (1 + r)^{-3} + 227 (1 + r)^{-4} + 213,5 (1 + r)^{-5}$$

Que, resuelta mediante hoja Excel, arroja el resultado: **r = 8,34%**.

## EMPRÉSTITO 2

### *Datos del enunciado y notación empleada*

- $N$  = títulos emitidos = 1.500.000.
- $C$  = nominal del título = 1.000.
- $n$  = duración del empréstito = 6 años (incluyendo el primero de carencia).
- $a$  = término amortizativo (anualidad) constante para los 5 años (se excluye el primero).
- $M_k$  = títulos amortizados en el año  $k$ , ( $1 \leq k \leq n$ ).
- $N_k$  = títulos vivos al final del año  $k$ , ( $1 \leq k \leq n$ ).
- Cupón anual por título:
  - $C i_1 = 30$  (años 1.º y 2.º).
  - $C i_2 = 35$  (años 3.º y 4.º).
  - $C i_3 = 50$  (años 5.º y 6.º).
- $P$  = prima de reembolso = 80 (años 5.º y 6.º).
- $L$  = lote neto = 2.000 (años 5.º y 6.º), a repartir entre 20 títulos (100 por título).
- $g$  = gastos de administración = 0,1% de las cantidades pagadas.
- $G_o$  = gastos iniciales a cargo del emisor = 30.000.
- $G_f$  = gastos finales a cargo del emisor = 6.000.

### 3. Anualidad comercial constante que amortiza el empréstito

De forma esquemática, las anualidades teóricas (sin redondear los títulos y sin considerar los gastos) tienen la siguiente estructura:

- $a = N_{k-1} C i_1 + M_k C$  (años 1.º y 2.º)
- $a = N_{k-1} C i_2 + M_k C$  (años 3.º y 4.º)
- $a = N_{k-1} C i_3 + M_k (C + P) + L$  (años 5.º y 6.º)

Los gastos se han ignorado en las anualidades, pues en este caso suponen un factor constante en todas ellas y basta con añadirlos una vez calculadas. No afectan al proceso de normalización.

Restando el lote y multiplicando los dos miembros por  $\frac{C}{C + P}$ , se tiene la anualidad normalizada para los dos últimos años:

$$(a - L) \frac{C}{C + P} = N_{k-1} C i'_3 + M_k C$$

Donde:

$$i'_3 = \frac{Ci_3}{1.080} = \frac{50}{1.080} = 0,046296$$

Una vez normalizadas las anualidades, en todas ellas el segundo miembro tiene la misma estructura, a excepción del tipo de interés que varía cada dos años.

Mediante una serie de operaciones algebraicas, el sistema de seis ecuaciones que forman las anualidades, una vez alcanzada la estructura anterior, se reduce a la ecuación usual en el origen: NC = valor actual de las anualidades que lo amortizan. Esto es:

$$NC = a \left[ \frac{1}{1 + i_1} + \frac{1}{(1 + i_1)^2} + \frac{1}{(1 + i_1)^2 (1 + i_2)} + \frac{1}{(1 + i_1)^2 (1 + i_2)^2} \right] +$$

$$+ \frac{a - L}{C + P} \left[ \frac{1}{(1 + i_1)^2 (1 + i_2)^2 (1 + i'_3)} + \frac{1}{(1 + i_1)^2 (1 + i_2)^2 (1 + i'_3)^2} \right]$$

Una vez extraído como factor común el importe de cada anualidad (para simplificar la expresión), en el primer corchete figura el valor actual de las cuatro primeras anualidades, y en el segundo, el de las dos últimas.

Sustituyendo los valores correspondientes:

$$500.000.000 = a \left[ \frac{1}{(1,03)^1} + \frac{1}{(1,03)^2} + \frac{1}{(1,03)^2 (1,04)} + \frac{1}{(1,03)^2 (1,04)^2} \right] +$$

$$+ \frac{a - 2.000}{1.080} \times 1.000 \left[ \frac{1}{(1,03)^2 (1,04)^2 (1,046296)} + \frac{1}{(1,03)^2 (1,04)^2 (1,046296)^2} \right]$$

Y despejando, se obtiene  $a = 96.161.500$ .

A este valor hay que añadirle los gastos, multiplicando por  $(1 + g)$ . Finalmente se llega a la anualidad teórica, que asciende a: **A = 96.257.661,38 euros.**

La anualidad efectiva se obtiene con los títulos redondeados y puede verse en el cuadro de amortización que se presenta al final.

Por último, hay que señalar que los gastos iniciales no modifican la anualidad, ya que esta depende de los valores de reembolso.

#### 4. Cuadro de amortización

Se presenta al final (se incluye también el del empréstito 1).

#### 5. Vida media de los títulos del empréstito

Al amortizarse los títulos por sorteo, la vida de un título determinado (el tiempo que transcurre desde que se emite hasta que es amortizado) es una variable aleatoria discreta cuyos valores están entre 1 y 6, esto es, los años que puede vivir cada título.

Por otra parte, la vida media de un título se define como el valor esperado o esperanza matemática de la variable aleatoria anterior. Se trata, simplemente, de una media aritmética ponderada o centro de gravedad, en la cual los coeficientes de ponderación son las probabilidades, calculadas en el origen, de amortización en un sorteo determinado. Puesto que todo el espacio probabilístico es de carácter discreto y simétrico (está formado por sucesos equiprobables<sup>3</sup>), la probabilidad de amortización en un sorteo determinado se obtendrá según el criterio clásico de Laplace, esto es, como cociente entre los casos favorables (los que se amortizan en el sorteo del año) y los casos posibles (el número total de títulos emitidos, al estar situados en el origen de la operación).

Vida esperada en años a partir del origen	Probabilidad de un título de ser amortizado	Total
1	$81.161/500.000 = 0,162322$	0,162322
2	$83.596/500.000 = 0,167192$	0,334384
3	$82.752/500.000 = 0,165504$	0,496512
		.../...

<sup>3</sup> Esto es así puesto que la probabilidad a priori de que un título cualquiera sea amortizado en un determinado sorteo es la misma para todos los títulos.

Vida esperada en años a partir del origen	Probabilidad de un título de ser amortizado	Total
.../...		
4	$86.062/500.000 = 0,172124$	0,688496
5	$81.332/500.000 = 0,162664$	0,813320
6	$85.097/500.000 = 0,170194$	1,021164
Suma	1,000000	3,516198

La vida media en el origen (cuando se emite el empréstito) es de **3,516198** años.

## 6. Valor del título y sus componentes, transcurridos cuatro años, al 4 % efectivo anual

Para calcular el valor del título y sus componentes tendremos en cuenta que el valor de un empréstito en un momento  $k$ , ( $0 \leq k \leq n$ ), se define como el valor actual en dicho momento de las anualidades pendientes al tanto de valoración exigido. Puesto que todos los títulos tienen, a priori, el mismo valor<sup>4</sup>, el de uno de ellos se obtendrá dividiendo el valor del empréstito por el número de títulos vivos en el momento de la valoración. Dicho valor se denomina valor medio de un título.

El valor medio en un momento dado  $k$  se compone, generalmente<sup>5</sup>, del valor medio de los intereses (usufructo) y del valor medio de las cuotas de amortización (nuda propiedad), ambos valorados al tanto de valoración del 4%:

$$\overline{V}_k = \overline{U}_k + \overline{NP}_k$$

Los anteriores valores se calculan actualizando al tanto de valoración todos los derechos no vencidos (cupones pendientes de cobro más el valor de reembolso al vencimiento) en el momento de la valoración (*comienzo* del año quinto, transcurridos cuatro sorteos) y dividiendo por el número de títulos vivos en ese momento ( $N_4$ , títulos vivos al final del cuarto año = principios del quinto).

<sup>4</sup> Podría argumentarse que los títulos agraciados con lote valen más que los que no lo reciben. Ahora bien, para el empréstito en su totalidad, esto es, globalmente considerado, no es necesario hacer esta precisión. En cuanto a la valoración de un título individual, esta no se ve afectada, ya que la probabilidad de recibir el lote en un momento  $k$  es la misma para todos los títulos que hay vivos en ese momento.

<sup>5</sup> Decimos «generalmente», porque en el caso de haber características comerciales (lotes, por ejemplo), hay que incluirlos también a la hora de calcular el valor del título y sus componentes.

La suma de ambos componentes es el total de la anualidad (sin los gastos del 0,1%, ya que estos no los percibe ninguna de las partes) y por ello el valor pleno medio del título al comienzo del quinto año, a partir de las anualidades efectivas, sin los gastos, es:

$$\bar{V}_4 = \frac{\sum_{k=5}^{k=6} a_k (1 + 0,04)^{-(k-4)}}{N_4} = \frac{\frac{96.258.172}{1,001} 1,04^{-1} + \frac{96.257.772}{1,001} 1,04^{-2}}{166.429} = 1.089,775731$$

Por otra parte, las anualidades se pueden descomponer en sus cuatro sumandos (excluidos los gastos): cupones, nominal amortizado, primas de amortización y lotes. No obstante, vamos a suponer que los lotes y las primas de reembolso son retenidas por el nudo propietario<sup>6</sup>, con lo cual tendremos únicamente dos componentes: cupones (usufructo) y valor de reembolso efectivo (nuda propiedad).

Considerando un título individual, mediante probabilidades, se obtiene para el usufructo:

$$U_4 = 50 \times \frac{81.332}{166.429} \times 1,04^{-1} + 50 \times \frac{85.097}{166.429} \times \frac{1 - 1,04^{-2}}{0,04} = 71,713717$$

El primer sumando representa el valor esperado del cupón del próximo año, teniendo en cuenta la probabilidad de que el título viva un año, y el segundo sumando la probabilidad de percibir dos cupones más, esto es, una renta de dos términos, teniendo en cuenta que para ello el título tiene que sobrevivir dos años, multiplicando por la probabilidad correspondiente.

Nuda propiedad (incluyendo prima pero sin considerar todavía el lote):

$$NP_4 = 1.080 \times \frac{81.332}{166.429} \times 1,04^{-1} + 1.080 \times \frac{85.097}{166.429} \times 1,04^{-2} = 1.018,039348$$

Así como los importes del usufructo y del cupón son ciertos, el lote, aunque su importe está perfectamente determinado, es aleatorio el obtenerlo, ya que se sortea entre los títulos amortizados y habrá que tenerlo en cuenta. La probabilidad, situados en el momento 4, de obtener un lote

<sup>6</sup> No obstante, en el contrato por el cual el cedente (nudo propietario) cede una serie de derechos no vencidos sobre los títulos vivos al cesionario (usufructuario), se estipularán los conceptos que se ceden y los que son retenidos por el nudo propietario.

No hay reglas fijas, ni es un tema a resolver mediante técnicas de matemática financiera en donde se incluye tal o cual característica comercial, ya que se trata de un aspecto contractual. Una vez determinados los derechos de cada parte, entonces se podrá proceder a los cálculos para la valoración de las diferentes componentes.

es 20/166.429. Hay que tener presente también que el lote no es una renta, sino, al igual que la nuda propiedad, un cobro único, o bien en el cuarto año o en el quinto, pero no en ambos, y suponiendo que el título lo reciba.

$$L_4 = 100 \times \frac{20}{81.332} \times \frac{81.332}{166.429} \times 1,04^{-1} + 100 \times \frac{20}{85.097} \times \frac{85.097}{166.429} \times 1,04^{-2} = 0,022665$$

Se ha tenido en cuenta tanto la probabilidad de que el título resulte amortizado en el año como la probabilidad de recibir lote entre los amortizados, de ahí el producto de fracciones, al tratarse de una probabilidad compuesta.

La suma de los tres componentes asciende a: 1.018,039348 + 71,713717 + 0,022666 = = **1.089,775731**, es decir, el mismo valor que antes.

Para terminar, cabe añadir que los anteriores valores se pueden obtener también considerando un título individualmente y utilizando la vida media al final del año cuarto como duración media esperada. La vida media en ese momento es:

Vida esperada en años a partir del 4.º	Probabilidad de un título de ser amortizado	Total
1	81.332/166.429 = 0,488689	0,488689
2	85.097/166.429 = 0,511311	1,022622
Suma	1,000000	1,511311

El valor pleno del título que se obtiene utilizando la vida media es 1.089,806518, habiendo una pequeña diferencia con los resultados anteriores.

Cuadros de amortización del ejercicio 2

EMPRESTITO 1

Años	Anualidad efectiva	Gastos 0,1 %	Cupón		Reducción del nominal			Nominal vivo
			Por título	Total	Por título	En el año	Total	
0								100.000.000
1	26.026.000	26.000	60	8.328.600	200	20.000.000	20.000.000	80.000.000
2	25.025.000	25.000	50	8.328.899	200	20.000.000	40.000.000	60.000.000
3	24.074.050	24.050	40,5	8.328.639	200	20.000.000	60.000.000	40.000.000
4	22.722.700	22.700	27	8.328.587	200	20.000.000	80.000.000	20.000.000
5	21.371.350	21.350	13,5	8.328.922	200	20.000.000	100.000.000	0

EMPÉRSTITO 2. (VALORES EFECTIVOS, CON LOS TÍTULOS AMORTIZADOS REDONDEADOS)

Años	Anualidad efectiva	Gastos de administración	Cupones		Amortización			Lote	Total títulos amortizados	Títulos vivos
			Por título	Total	Títulos	Valor de reembolso	Total			
0									500.000	
1	96.257.161	96.161	30	15.000.000	81.161	1.000	81.161.000	81.161	418.839	
2	96.257.331	96.161	30	12.565.170	83.596	1.000	83.596.000	164.758	335.243	
3	96.257.882	96.162	40	13.409.720	82.752	1.000	82.752.000	247.510	252.491	
4	96.257.802	96.162	40	10.099.640	86.062	1.000	86.062.000	333.572	166.429	
5	96.258.172	96.162	50	8.321.450	81.332	1.080	87.838.560	414.903	85.097	
6	96.257.772	96.162	50	4.254.850	85.097	1.080	91.904.760	500.000	0	